

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 11, n. 2, jul./dez. 2016. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira

Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo

O Processo Civil à luz do Direito de Família

Denise Damo Comel

Seguridad Alimentaria y el Derecho a la Alimentación Adecuada

Eduardo Bianchi, Carolina Szpak

Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica

Eduardo de Oliveira Leite

Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Elian Pregno

Apología del Genocidio

Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha

El Concepto de Guerra como Principal Recurso Contra el Terrorismo

Henry Torres Vásquez

A Coesão Social Através da Doutrina da Igreja: da *Rerum Novarum* à *Pacem in Terris*

Irene Portela, Domingos Lourenço Vieira

João Baptista Machado (1927-1989): memória e diálogo transatlântico

Paulo Ferreira da Cunha



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 11, número 2, jul./dez. 2016

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 11, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2016



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

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

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

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

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Vice-Diretor Administrativo: Prof. Edson Barbosa Andrade
Diretor de Unidade: Prof. Ms. Wanderklayson Aparecido Medeiros de Oliveira
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

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

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

Membros do Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

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

Endereço: (Address)

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

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

Publicação semestral/Published 2 times per year

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

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo Agostinho. - Vol. 11, n. 2 (2016) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2016 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

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

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

CDU – 34

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

SUMÁRIO

| | |
|------------------------|---|
| EDITORIAL | 7 |
|------------------------|---|

ABERTURA

| | |
|--|----|
| Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional <i>Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira, Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo</i> | 13 |
|--|----|

ARTIGOS

| | |
|--|----|
| O Processo Civil à luz do Direito de Família <i>Denise Damo Comel</i> | 29 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| Seguridad Alimentaria y el Derecho a la Alimentación Adecuada <i>Eduardo Bianchi, Carolina Szpak</i> | 37 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina <i>Elian Pregno</i> | 47 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| Apología del Genocidio <i>Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha</i> | 71 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| El Concepto de Guerra como Principal Recurso Contra el Terrorismo <i>Henry Torres Vásquez</i> | 89 |
|--|----|

| | |
|---|-----|
| João Baptista Machado (1927-1989): memória e diálogo transatlântico <i>Paulo Ferreira da Cunha</i> | 111 |
|---|-----|

ECOS ACADÊMICOS

Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica
Eduardo de Oliveira Leite..... 125

A Coesão Social Através da Doutrina da Igreja: da *Rerum Novarum* à
Pacem in Terris
Irene Portela, Domingos Lourenço Vieira..... 135

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO..... 145

EDITORIAL

Simbolicamente, as chaves podem muito representar. Ao servirem para fechar uma casa, indicam que se esteja prevenindo. Também podem indicar que se está em fim de jornada diária de atividades. A utilização das chaves pode indicar que se está evitando que outrem tenha a acesso a um ambiente, a um móvel, a um imóvel. Paradoxalmente, também podem indicar que se está em início de temporada de viagens. Principalmente, as chaves têm também a utilidade de abrir caminhos, permitir passagens, autorizar compartilhamento.

Uma das representações, metafóricas, das chaves é quanto ao fechamento de um veículo informativo e até mesmo de uma era, um tempo. Exatamente por estes dois sentidos, há incomensurável alegria no fechamento de mais um número da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. E, ao fechar também este ano de 2016, há a alegria de, mantendo a qualidade de cunho insuperável quanto aos artigos científicos, esta Revista científica chegar a uma quantidade elevada de textos publicados.

De fato, o volume 11, número 2 da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** vem em tom de coroamento, de júbilo, de confirmação. É com esta saborosa sensação de vitória, de láurea, que há o encerramento de mais um semestre com publicação científica no âmbito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

O próprio texto de **Abertura** vem demonstrar que, no presente número, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** quer demonstrar superioridade. O autor é o consagrado Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira, de grande expressão no Brasil e na Europa, com reconhecimento em diversos países. O tema do artigo denominado “Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional” é a questão dos crimes de lavagem de dinheiro em seus diversos aspectos. O texto, bem ao estilo europeu, contém diversas referências e fundamentações, traz explicações técnicas e práticas e, sobretudo, contém letras de quem, de fato, estudo a causa há muito tempo e é referência no assunto em todo o mundo. Autor de alguns livros em torno do tema, o autor é sempre referência, na Europa como um todo, quando se trata de crimes denominados “lavagem de dinheiro”, “colarinho branco” e outros próprios das autoridades político-administrativas. E este artigo vem atualizar os textos já publicados em livros. Extrema importância, portanto.

A seção **Artigos** traz, aos costumes, os textos na sequência determinada pela ordem alfabética dos nomes dos autores. E é por isso que o primeiro trabalho vem assinado pela Prof.^a Dr.^a Denise Damo Comel. Ela é Professora e Juíza de Direito, com doutorado em Direito, e leciona na Escola de formação de Magistrados do Paraná. O tema escolhido

para apresentar em primeiríssima mão ao Brasil é denominado “O Processo Civil à luz do Direito de Família”, e é a oportunidade de a autora mostrar diversas passagens do Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, que têm liame com o Direito das Famílias. A demonstração é de que, em outras searas do Direito, há procedimentos que se apresentariam com ar de ilegalidade e até de inconstitucionalidade, mas quando se trata de Direito das Famílias, a aplicação tem lugar, uma vez que o segmento requer especificidades não comuns a outros pontos da administração da Justiça.

Em seguida, aparece o artigo científico assinado por dois expoentes na América do Sul em termos de Economia ligada ao Direito, ou Direito Econômico. O texto é de autoria do Prof. Dr. Eduardo Bianchi e da Prof.^a Dr.^a Carolina Szpak, ambos ligados, inclusive, ao Ministério da Indústria e Comércio, Ministério da Fazenda e/ou Secretaria de Indústria e Comércio da Argentina. Escrevem sobre “Seguridad Alimentaria y el Derecho a la Alimentación Adecuada”, comprovando o Direito à Alimentação e as gestões necessárias, por parte da Administração Pública, para garantir segurança alimentar, o que poderá evitar a realidade de que a América Latina produz algumas vezes mais alimentos do que o necessário para sustentar a toda a sua população, mas, paradoxalmente, é pátria de enorme número de pessoas que passam fome. O alimento como direito natural da pessoa humana é o que demonstra o artigo científico. Os autores são argentinos.

Também argentino é o Prof. Dr. Elian Pregno. E ele escreveu o artigo científico denominado “Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”. O pesquisador não poupa conhecimento ao comentar detalhes relevantes do Código Civil e Comercial argentino. Facilmente se nota a importância do artigo quando há uma referência a um assunto, muitas vezes de uma só palavra, que o autor remete a estudos em uma infinidade de livros que abordam o tema, e os quais conhece. Há, inclusive, a necessidade de explicar que quando o autor se refere a um tomo, ou um volume, é a obra que mais diretamente cuida do assunto, mas o seu conhecimento é extensivo a toda a coleção sob aquela denominação. O artigo científico serve como indicador de como um real cientista se vê diante de um tema: busca fundamentos, procura e pesquisa em todos os meios, busca desde o desabrochar de uma discussão à mais consolidada posição acerca do assunto escolhido.

O texto denominado “Apologia del Genocidio” foi escrito pelo Prof. Dr. Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, da Universidad Libre de Bogotá, Colômbia. E extrapola o território colombiano, pois é um traço que une as normas jurídicas da Espanha e da Colômbia, além de descrever situações típicas do Direito Comparado em relação a outras localidades. A análise é quanto aos tipos penais que vinculam a apologia ao genocídio. A busca, portanto, é pela legislação positiva, escrita, definida, que tipifica como crime a tentativa ou iniciativa de alguém em incentivar o extermínio de um povo, uma raça, um assassinato em massa

quanto a um grupo de pessoas. Por se tratar de legislação que é credora de extrema clareza, muitas vezes a utilização de termos ambíguos ou de interpretação comprometida com outras possibilidades hermenêuticas carrega para o lado da inocuidade. Um tema que, sem dúvida, está cada vez mais atual a cada passar de ano.

Ainda da Colômbia, vem a poderosa colaboração do Prof. Dr. Henry Torres Vásquez, da Universidad Nacional de Colombia, Universidad Libre de Bogotá, Universidad Gran Colombia, Uptc y Santo Tomás. Desde o título, “El Concepto de Guerra como Principal Recurso Contra el Terrorismo”, o texto já fornece as pistas sobre o tema enredado. Falar sobre terrorismo, para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, é apenas uma confirmação da sua linha de publicações, já que foi o primeiro veículo científico do Brasil a publicar, sistemática e continuamente, sobre o tema e sobre o Direito Penal do Inimigo. Inovadora no mundo, esta Revista tem dedicado muitas das suas páginas ao assunto. Inclusive, quando não havia atentados em massa, quando os ataques aos civis não era comum na Europa e no Oriente Médio, como nos últimos anos. Por isso, a temática desenvolvida pelo autor do artigo científico ganha proporções elevadas, pois fala abertamente do “guerra ao terrorismo” e das diversas formas que os governantes de vários países – como Estados Unidos, França, Inglaterra, Alemanha, Espanha e praticamente todos os demais integrantes da União Europeia – estão levando a efeito em tentativa de proteger os seus cidadãos de ataques que visam aos inocentes civis, em diversos pontos de concentração de pessoas. Necessárias também palavras sobre o Direito Penal do Inimigo e sobre o Direito Humanitário.

O sexto artigo da seção é escrito pelo Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha, da Universidade do Porto e de outras muitas Universidades de diversas partes do mundo. Desta vez, o texto embarca nas considerações em torno da figura do Professor João Baptista Machado, falecido em 1989, da área da Filosofia do Direito e do Direito como um todo. Sob a denominação de “João Baptista Machado (1927-1989): memória e diálogo transatlântico”, o texto científico tem cunho filosófico e, se não puder ser classificado como artigo científico, é porque alcança um patamar acima, por se tratar de um ensaio. Isto mesmo: o autor busca pelo conhecimento próprio, sem necessidade de fundamentação em outrem, para mostrar o perfil do relembrado Mestre, em tom científico e dotado de qualidades que separam o conhecimento comum do capacitado conhecimento técnico, aliado ao bom e salutar costume de quem está sempre preparado para escrever textos que se encaixam como valorizadores da comunidade acadêmica europeia.

A seção “Ecos Acadêmicos” traz, desta vez, dois textos de importância máxima. O primeiro deles, em ordem alfabética pelo nome dos autores, é uma resenha elaborada pelo Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite, do Paraná, que analisa o livro “Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica”, livro de autoria de Verônica A. da Motta Cesar-

-Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo. O comentário é elogioso exatamente pela validade do livro, no âmbito do Direito, e por externar a visão do Psicólogo como auxiliar do Poder Judiciário para que a decisão (Sentença) seja a mais fiel correspondente da inteira Justiça. Trata-se de um livro próprio para ser utilizado nos Cursos de Direito, bem como é um necessário “livro de cabeceira” dos aplicadores do Direito, notadamente da área do Direito das Famílias, como Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados, Assistentes Sociais, Psicólogos Judiciais e até mesmo Oficiais de Justiça e Escreventes das Varas especializadas em Direito das Famílias. Por isso, a resenha em referência tem valor de grande contribuição.

O segundo texto é da lavra da Prof.^a Dr.^a Irene Portela em elevada parceria com o Prof. Dr. Domingos Lourenço Vieira. A autora é da área do Direito, enquanto que o autor é do segmento da História. A junção destes conhecimentos, aliada à qualidade dos autores em expor o conhecimento, resulta em um texto imperdível, em assunto ameno, versando sobre “A Coesão Social Através da Doutrina da Igreja: da *Rerum Novarum* à *Pacem in Terris*”. O liame com o Direito vem do Direito à Solidariedade, tema pouco pesquisado no Brasil, e explorado, aparentemente, somente pela própria **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** em dois outros números anteriores. Não há complicação para entender que compete a cada um a busca de um viver solidário, com respeito aos direitos dos semelhantes, o que resultará em mais harmonia interna e no âmbito internacional. Os autores são de Portugal e escrevem com exclusividade para este veículo.

Sem dúvida, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** fecha o seu décimo primeiro ano de vida com a absoluta certeza de que alcança, cada vez mais, a qualidade esperada quando da sua semente, mais de uma década atrás. E se sente cumpridora do papel para o qual foi concebida: divulgar textos científicos de qualidade, integrar os cientistas de todo o mundo e, por consequência, elevar o nome da Faculdade de Direito Santo Agostinho a todos os cantos.

O desejo é que sejam boas as leituras.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Branqueamento de Capitais, Fraude Fiscal e Corrupção Internacional*

Money Laundering, Tax Fraud and International Corruption

GONÇALO NICOLAU CERQUEIRA SOPAS DE MELO BANDEIRA**
PATRÍCIA DOS ANJOS OLIVEIRA NOGUEIRA DE AZEVEDO***

Resumo: a fraude fiscal é um dos crimes que pode dar origem a outro crime, o crime de branqueamento de capitais e/ou lavagem de dinheiro, como é mais conhecido, por exemplo, no Brasil. O branqueamento de capitais é apenas um dos exemplos do branqueamento de vantagens. Toda esta actividade pode ser incluída, em sentido amplo, na chamada corrupção internacional. Quanto mais internacionais forem estas actividades – fraude fiscal e branqueamento de capitais –, mais eficazes serão os seus proveitos. A fraude fiscal é um crime que pode atingir montantes mais elevados no caso de poder ser praticado em cenários internacionais. O branqueamento de capitais é também um crime que pode atingir montantes mais elevados no caso de poder ser praticado em cenários internacionais. Assim, a corrupção internacional em sentido amplo pode ser apelidada como mercado ideal para a criminalidade. Estamos também a falar de multinacionais do crime.

Palavras-chave: crime de branqueamento de capitais; fraude fiscal; corrupção internacional.

Abstract: tax fraud is a crime that can lead to another crime, the crime of money laundering. Money laundering is just one example of the whitening benefits. All this activity can be included in a broad sense, the international corruption. The more international are these activities – tax evasion and money laundering – the more effective will be the income. Tax fraud is a crime that can achieve higher amounts if it can be practiced in international scenarios. Money laundering is also a crime that can achieve higher amounts if it can be practiced in international scenarios. Thus, the international corruption in the broad sense can be dubbed as ideal market for the crime. We are talking also about transnational crime.

Keywords: money laundering; tax fraud; international corruption.

* Trabalho apresentado no I Congreso de Derecho Transnacional, Desafíos y Perspectivas en la contemporaneidade, 21 y 22 de abril 2016, Universidad de Salamanca, Espanha.

Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Professor-Adjunto da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Professor-Convocado em Mestrados da Universidade do Minho e Investigador do CIJA. **Afiliação: Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal.

***Doutoranda em Direito Público (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUP), Mestre em Ciências Jurídico-Económicas (FDUP), Licenciada em Direito (FDUP), Assistente convidada no Instituto Superior de Contabilidade e Administração (ISCAP-IPP). **Afiliação:** Instituto Politécnico do Porto (IPP), Porto, Portugal.

1 INTRODUÇÃO AO TRABALHO

O que é a Fraude Fiscal? Do ponto de vista ético, é um crime que, consumado, contribui para uma profunda injustiça económica, social, política, cultural e mental? Sim, não parece haver dúvidas. Não esquecendo, contudo, a forma paralela como os dinheiros públicos são tratados (BANDEIRA, 2015c, *passim*). Não basta pagar impostos, é preciso depois gastar de modo justo e constitucional (constitucional) os dinheiros públicos. São duas faces da mesma moeda. Só assim se podem tentar alcançar os principais fins do “Sistema fiscal” que estão, por exemplo, plasmados no art. 103º da Constituição portuguesa, assim descrita:

Art. 103º. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

Também a Constituição Federativa do Brasil não deixa dúvidas de quais os objectivos de justiça social que devem ser seguidos.¹ Mas igualmente a Constituição da Monarquia Constitucional espanhola.²

Enunciem-se agora alguns exemplos típicos de comportamentos, no contexto do ordenamento jurídico português, o qual, de resto, é bastante influenciado pelo Direito da

¹ Cfr. art.s 145º e ss. a título de exemplo, princípios do sistema tributário nacional.

² Nomeadamente no seu art. 31º: “Artículo 31 Sistema tributario 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. § 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. § 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

União Europeia, como não poderia deixar de ser face ao facto de Portugal ser um país membro³: condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo⁴ que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias.

A fraude fiscal pode ter lugar, por conseguinte, por: ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável; ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas. Para efeitos do disposto nos números anteriores, podemos considerar valores como os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.

No nosso entendimento, quanto ao bem jurídico aqui protegido, está essencialmente em causa a recepção de receitas. A sua arrecadação. A Fraude Fiscal é um crime que pode dar origem a outro crime, conhecido por branqueamento ou lavagem. Ora, qual o bem jurídico deste último? Poderá haver concurso real? Poderá ser praticado por pessoas individuais e colectivas? Quais as suas características em termos internacionais? Ambos os crimes se incluem na corrupção em sentido amplo?

2 DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS: PARTE I

Do ponto de vista técnico-jurídico existem desde logo algumas notas a ter em consideração.

No ordenamento jurídico português, o Direito Penal Tributário encontra-se regulado pelo Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, com as posteriores alterações.⁵

Este diploma classifica as infracções tributárias em crimes e contraordenações (artigo 2º/2), sendo que os primeiros são ilícitos mais graves, sancionados com penas (sanções principais), que podem ser de multa ou de prisão, e com sanções acessórias; quanto aos segundos, são ilícitos menos graves, sancionados com coimas e sanções acessórias.

³ Cfr. art. 8º da CRP-Constituição da República Portuguesa.

⁴ Regime Geral das Infracções Tributárias, v. g. art. 103º que p. e p. a Fraude Fiscal.

⁵ O RGIT está actualizado até à Lei nº 7-A/2016, de 30 de março, com início de vigência em 31 de março de 2016.

Além disso, este diploma p. e p. as diversas infracções (art.s 87º a 129º), estabelece o elenco de sanções aplicáveis (art.s 12º e ss. e 26º e ss.) e regula aspetos essenciais, quer do processo penal tributário (art.s 35º a 50º), quer do processo de contraordenação tributária (art.s 51º e ss.).

Os crimes tributários encontram-se organizados da seguinte forma: (i) crimes tributários comuns (art.s 87º a 91º), destacando-se o crime de burla tributária (art. 87º), de frustração de créditos (art. 88º), de associação criminosa (art. 89.º), de desobediência qualificada (art. 90º) e de violação de segredo (art. 91º); (ii) crimes aduaneiros (art.s 92º a 102º); (iii) crimes fiscais (art.s 103º a 105º), onde se inclui a fraude (art. 103º), a fraude qualificada (art. 104º) e o abuso de confiança (art. 105º); e, finalmente, (iv) crimes contra a segurança social (art.s 106º e 107º), a saber: fraude contra a segurança social (art. 106.) e abuso de confiança contra a segurança social (art. 107º).⁶

Por seu turno, as contraordenações tributárias podem ser aduaneiras (art.s 108º a 112º) ou fiscais (art.s 113º a 129º).

Em algumas das infracções previstas e punidas pelo RGIT, a sua delimitação entre crime e contraordenação depende de elementos quantitativos, designadamente: (a) o valor da prestação tributária em falta (por exemplo, no crime de contrabando – cfr. art. 92º); (b) a vantagem patrimonial obtida pelo agente (por exemplo, na fraude fiscal – cfr. art. 103º – e na fraude contra a segurança social – cfr. art. 106º); ou (c) o valor devido e não entregue (por exemplo, no abuso de confiança fiscal – cfr. art. 105º – e no abuso de confiança contra a segurança social – cfr. art. 107º).

Como já foi indiciado na introdução, são exemplos de operações consideradas como fraude fiscal (art. 103º): (i) ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração ou das declarações apresentadas; (ii) ocultação ou alteração de factos ou valores que deveriam ter sido comunicados à administração tributária; e (iii) celebração de negócios simulados, quer pelo seu valor, quer pela sua natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas.

No que respeita às operações consideradas como fraude qualificada (art. 104º), terá de existir a acumulação de mais do que uma das seguintes eventualidades: (i) o agente

⁶ Esta divisão não é pacífica na doutrina portuguesa. Se considerarmos que o tributário se divide entre fiscal e aduaneiro, a segurança social é outra área na qual o direito também existe. Vejamos, se num caso, numa perspectiva orgânica, temos a Fazenda Pública ou Fisco, no outro caso temos a Segurança Social. Assim, podemos falar em Direito tributário e em Direito da Segurança Social. Repare-se que a ajudar esta ideia está o facto das contraordenações contra a Segurança Social estarem fora do RGIT.

estiver em conluio com terceiros que estejam sujeitos a obrigações acessórias para efeitos de fiscalização tributária; (ii) o agente for funcionário público e tiver abusado gravemente das suas funções; (iii) o agente se tiver socorrido do auxílio do funcionário público em grave abuso das suas funções; (iv) o agente falsificar, viciar, ocultar, destruir, inutilizar ou recusar entregar, exhibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros elementos probatórios exigidos por lei; (v) o agente usar os livros, programas, ficheiros informáticos ou outros elementos probatórios sabendo-os viciados ou falsificados por terceiro; (vi) tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável; e (vii) o agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais.

Configura abuso de confiança fiscal (art. 105º) a não entrega à Administração Tributária (AT), total ou parcialmente, de prestação tributária legalmente devida, de valor superior a 7.500 euros (nº 1), tendo decorrido mais do que 90 dias sobre o termo do prazo legal para a entrega da prestação e se a prestação comunicada à AT não for paga, acrescida dos juros e do valor da coima, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito (nº 4). O abuso de confiança fiscal é, portanto, um crime omissivo (omissão de entrega, legalmente devida), que se consuma no momento em que o agente não entrega à Administração Tributária, a prestação tributária em causa.

As circunstâncias indicadas no nº 4 do art. 105º configuram condições objetivas de punibilidade, isto é, elementos que não fazem parte nem da ilicitude nem da culpa, mas que são requisitos para a punibilidade do facto. Criticável é, contudo, esta incriminação. Manuel da Costa Andrade chama-lhe “o crime mais estúpido do ordenamento jurídico português”, citamos. Porque como que configura uma “prisão por dívidas” na sua nova configuração típica. Quando outras áreas do Direito seriam suficientes para recuperar os dinheiros e/ou vantagens desviadas. Além de ser este – o processo criminal – o meio que, porventura, atinge os mais altos valores pecuniários em termos de gastos de investimento público. Vejamos, contudo, aquilo que temos.

No que concerne ao IVA⁷, p.e., as regras de exigibilidade do imposto (art. 7º/1 do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado – CIVA) não implicam o sancionamento criminal de todas as situações de incumprimento, dado o cariz residual do Direito Penal (utilizado como *ultima ratio*). Destarte, visa o art. 105º do RGIT punir as situações de violação grave e dolosa do dever de lealdade e de colaboração que impende sobre o sujeito passivo. Apesar de o disposto no art. 105º do RGIT constituir uma norma penal “em branco”, o

⁷ Imposto sobre o Valor Acrescentado, o qual tem o seu próprio código em Portugal.

legislador tributário exige o pagamento do imposto (artigo 27º/1 do CIVA), independentemente de as importâncias liquidadas terem sido efetivamente recebidas ou os montantes deduzidos terem sido pagos.

De facto, no plano estritamente tributário, o IVA opera pelo denominado “método do crédito de imposto” ou “método subtrativo indirecto”, assumindo o sujeito passivo a qualidade de devedor, perante o Estado, do montante de imposto faturado aos seus clientes em virtude das vendas efetuadas ou dos serviços prestados em determinado período (imposto liquidado – imposto a favor do Estado). Em contrapartida, o sujeito passivo é credor do Estado pelo imposto suportado nos seus *inputs* (imposto suportado – imposto a favor do sujeito passivo). A entrega do valor devido em sede de IVA nos cofres do Estado resume-se a um diferencial, sendo o consumidor final quem realmente suporta o tributo (é, por isso, o contribuinte de facto), embora o montante do imposto seja entregue ao Estado pelo sujeito passivo de IVA (que é o “verdadeiro” contribuinte – contribuinte de direito).

Assim, o quantitativo de imposto apurado e a entregar nos cofres do Estado⁸ faz parte do património do Estado e não do património do sujeito passivo, funcionando este último como depositário legal, que recebe a prestação tributária de um terceiro e terá de entregá-la posteriormente ao Estado. O património do Estado, a confiança, a autoridade pública, a lealdade e a cooperação administrativa constituiriam os bens jurídicos tutelados pelo abuso de confiança fiscal? Temos muitas dúvidas, pois em rigor aquilo que está em causa é uma ideia muito simples: a recepção das receitas dos impostos por parte do Estado e nada mais do que isso (BANDEIRA, 2015c, *passim*).

Encontramo-nos também perante uma infração de abuso de confiança fiscal (que pode ser crime ou contraordenação, consoante o valor, tal como já referimos) quando a entidade empregadora efetua uma retenção de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) aos seus trabalhadores, nos termos previstos no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), e não entrega o correspondente montante ao Estado.

A mesma lógica encontra-se subjacente ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social (Cfr. art. 107º do RGIT), que se consubstancia quando as entidades empregadoras, nos termos do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social⁹, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores

⁸ Cfr. art. 27º do CIVA.

⁹ Aprovado pela Lei nº 110/2009, de 16 de setembro com a última alteração pela Lei nº 23/2015, de 17 de março.

e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não entreguem os montantes retidos, total ou parcialmente, às instituições de Segurança Social (nº 1). Neste contexto, são aplicáveis as mesmas sanções previstas no art. 105º, a propósito do abuso de confiança fiscal, aplicando-se também a regra de classificação em crime ou contraordenação em função do valor, ou seja, quando a prestação devida, mas não entregue, seja superior a 7.500 euros, estamos perante um crime; quando seja igual ou inferior a esse valor, a conduta em causa é apenas uma contraordenação.

2.1 Discussão e Apresentação de Resultados: Parte II

Façamos umas breves notas ao crime de fraude fiscal, no contexto do ordenamento jurídico português.

Como já dissemos em relação ao bem jurídico aqui protegido, está essencialmente em consideração a recepção de receitas. A sua arrecadação. O chamado tipo objectivo deste tipo de crime prende-se, sobretudo, com as diversas alíneas já acima referidas (a, b e c) do nº 1 do art. 103º do RGIT. Vamos observar algumas situações que tanto podem acontecer a nível nacional, como internacional (TEIXEIRA; GASPAR, 2011, p. 388 e ss.).

Usar documentos falsos como facturas em três fundamentais situações: atribuídas a empresas irregularmente constituídas ou inexistentes do ponto de vista jurídico / ou imputadas a empresas, mas sem o conhecimento das mesmas / ou ainda emitidas por terceiro para o agente incorporar na sua contabilidade com o objectivo de vir a deduzir no imposto devido.

Fazer negócio simulado, declarando valor inferior ao real como acontece na compra de imóvel e dessa forma isentar ou reduzir de Imposto Municipal sobre a Transmissão Onerosa de Imóveis (IMT) por parte do comprador e até de diminuir o valor de Imposto sobre o Redimento das Pessoas Colectivas (IRC) do vendedor, se, claro, for essa a situação. Desta forma, o legislador elenca os únicos meios ou modos de acção ou omissão, digamos assim. Importante também é de referir que não se exige a obtenção duma vantagem patrimonial. Basta objectivar o não pagamento, reembolsos, liquidação, entre outras hipóteses. É, contudo, preciso que sejam susceptíveis de causar diminuição das receitas fiscais. Parece assim ser um crime de aptidão, pois o perigo insere-se no tipo como idoneidade da conduta para lesão ou para a colocação em perigo do bem jurídico. Não é necessário provar, pois, o real prejuízo das receitas tributárias.

No raciocínio que estamos a trilhar, é preciso questionar: o que é, por conseguinte, a Fraude Fiscal? Passemos agora então para outra questão. Qual é o momento da

consumação da fraude tributária, fiscal? Com a liquidação? Ou com a entrega da declaração ao fisco na autoliquidação? Ou quando há recepção da declaração por parte do fisco? Ou, por omissão, quando o prazo termina? Não parece haver dúvidas quanto ao seguinte: não pode haver crime quando somente se preenche mal a declaração, sob pena de, por absurdo, ser crime a mera detenção da declaração. Não poderia ser do ponto de vista dogmático. Não se pode dizer – por outro lado –, que é irrelevante o momento em que o contribuinte dá conhecimento (ou no termo do prazo que deveria dar) ao fisco de declaração fraudulenta, pois só nesse exacto momento temporal que está a defraudar o fisco, a Fazenda Pública. E, deste modo, criando a possibilidade de diminuição das receitas tributárias. Além do mais, como já se viu antes, temos que estar perante um valor igual ou superior a €5.000. Esse é o valor que o legislador considera no presente momento. Era, porém, mais prático, até para evitar futuras alterações da legislação, que referisse unidades de conta. Importante frisar é a ideia básica de que os valores a considerar – para consequência de ultrapassagem ou não daquele valor-limite – são os que constam ou devessem constar de “cada declaração” a apresentar à administração tributária.

Estamos, pois, a falar de cada declaração a declarar, de modo formal, junto do fisco. Discutível é saber se tal “cláusula de valor” é, ou não é, uma condição objectiva de punibilidade. Será? Tal disputa tem uma relação muito próxima com o bem jurídico que se julga estar em apreço neste na incriminação da fraude tributária, fiscal e aduaneira, portanto. É uma “condição objectiva de punibilidade” no caso de estar em causa a tutela de valores como a verdade e a transparência fiscais e também a colaboração com a administração fiscal. Não é uma “condição objectiva de punibilidade” no caso de estar em causa a protecção do património. Pois, se o comportamento alcançar o valor em causa, então o comportamento será típico, ilícito e, por sinal, doloso. No nosso entendimento está em causa, de modo muito simples, a recepção das receitas provenientes dos impostos, a sua arrecadação. Nada mais do que isso. Como já temos vindo a afirmar em diversas das nossas publicações.

Já na dimensão do tipo subjectivo, observamos a discussão entre o requerimento dos comportamentos visarem um prejuízo para as receitas fiscais ou, afinal, um benefício ilegítimo do sujeito passivo. Dias e Andrade (1996) defendem que a expressão “visem” constitui um “dolo específico” ou uma intenção. Seria, pois, um elemento subjectivo adicional ao dolo do tipo. Ou seja, tal elemento subjectivo recairia sobre o efeito ou resultado que não estaria abrangido no tipo objectivo e estimularia a catalogação do tipo penal como “crime de intenção” ou “crime de resultado cortado” ou “tendência interna transcendente”. Já outros, como Dias (1999), defendem que a expressão “que visem” significa que sejam aptas a originar a fraude tributária, fiscal, pela idoneidade, aptidão, para gerar diminuição da receita fiscal.

Defender esta tese do colega de Lisboa é ter a certeza que a aptidão é um elemento do tipo objectivo e não um elemento autónomo especial do tipo subjectivo. O que, salvo o devido respeito, nos suscita muitas dúvidas. Será mesmo? Certo é que tem que ser o Ministério Público a provar tal crime tributário e não o eventual arguido a ter que provar a sua inocência. De contrário, seria contra a Constituição (constitucional).¹⁰

2.2 Discussão e Apresentação de Resultados: Parte III

Façamos agora algumas breves notas ao crime de branqueamento de vantagens como, por exemplo, o branqueamento de capitais.

A fraude fiscal é, portanto, um dos crimes que pode dar origem ao crime de branqueamento, p. e p. no art. 368º/A do Código Penal (CP) português (BANDEIRA, 2010, *passim*; NASCIMENTO SILVA; BANDEIRA, 2009).

O crime de branqueamento, dentro do ordenamento jurídico português, é p. e p. no art. 368º/A do CP, o qual reza assim:

1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 12 anos.

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 - A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

¹⁰ Cfr. art.s 25º e 26º e ss. da Constituição da República Portuguesa (CRP).

5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.

6 - A pena prevista nos n.ºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

É, pois, um crime secundário, o qual tem por origem um crime primário. E o crime primário pode ser, como já várias vezes afirmámos, o crime de fraude fiscal.

Ora, num mundo que, apesar de se ter tornado pequeno por causa das novas tecnologias e facilidades no transporte, continua a ser muito grande, como é possível controlar a fraude fiscal e o branqueamento de capitais internacionais? Nós diríamos que é impossível. Já está, contudo, ao nosso alcance tentar atenuar os efeitos, nomeadamente prevenindo a fraude fiscal e o branqueamento de capitais a níveis que possam ser os mais baixos possíveis. Inclusive prevenindo o terrorismo.

As listas de paraísos fiscais são muito díspares e muito variadas. Mas, é precisamente na confusão da disparidade e variação que não existe sequer um consenso internacional sobre quais são os exactos limites legais em relação aos paraísos tributários e/ou fiscais.¹¹

Veja-se, aliás, o que refere o ponto n.º 1 da Directiva (EU) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Directiva 2006/70/CE da Comissão¹², o que sintetiza bem o problema:

¹¹ Esta é apenas uma das inúmeras listas que podemos encontrar na própria rede virtual: <<http://www.economias.pt/lista-de-paraísos-fiscais/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹² Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, 5/6/2015, pp. L 141/73 e ss.

Os fluxos de dinheiro ilícito podem prejudicar a integridade, a estabilidade e a reputação do setor financeiro e ameaçar o mercado interno da União e o desenvolvimento internacional. O branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e o crime organizado permanecem problemas significativos que deverão ser tratados ao nível da União. A acrescer à intensificação do desenvolvimento de uma abordagem baseada no direito penal à escala da União, a prevenção orientada e proporcionada do uso do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo é indispensável e pode produzir resultados complementares.

Ainda dentro desta directiva europeia é importante destacar o ponto n.º 32 como chamada de atenção do problema conexo da corrupção:

É nomeadamente o caso das relações estabelecidas com pessoas que exercem ou exerceram funções públicas importantes, na União ou a nível internacional, em especial quando essas pessoas forem oriundas de países em que a corrupção é generalizada. Tais relações podem expor o setor financeiro, em particular, a riscos significativos jurídicos e de reputação. Os esforços envidados a nível internacional para combater a corrupção justificam também a necessidade de dar particular atenção a essas pessoas e de aplicar medidas adequadas de diligência reforçada quanto à clientela no que diz respeito às pessoas que exercem ou exerceram funções públicas proeminentes no território nacional ou no estrangeiro, bem como aos membros de órgãos executivos de organizações internacionais.

A corrupção é, por conseguinte também, uma pedra angular de toda esta sistematização problemática.

A fraude fiscal, o branqueamento de capitais, a corrupção internacional e, claro está, o terrorismo, são partes, por conseguinte, do mesmo problema económico, social, político, cultural e, portanto, também mental e jurídico (BANDEIRA, 2015b, f. 18).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se no caso do crime de fraude fiscal estamos perante a tutela da recepção de receitas, a sua arrecadação – e nada mais do que isso –, já no caso de crime de branqueamento sobressai a protecção da confiança na origem lícita de determinadas vantagens, como, por exemplo, os capitais. Mas, também a chamada “Realização da Justiça” ou a “Paz Pública”.

Entre o crime de fraude fiscal e o crime de branqueamento de vantagens como capitais, pode, como é lógico, ocorrer um concurso real de crimes em que as penas devem ser somadas a final. Tudo depende também, não apenas dos bens jurídicos em questão – que

são diferentes –, mas também do número de resoluções interiores aos agentes. Tanto o crime de fraude fiscal como o crime de branqueamento de capitais podem ser praticados por organizações, “pessoas colectivas”. No caso da fraude fiscal, é necessário “somar” o art. 7º do RGIT com o art. 103º do RGIT. No caso do crime de branqueamento, é necessário “somar” o art. 368º/A do Código Penal português com o art. 11º do mesmo CP. O que permite concluir que é mais fácil imputar a responsabilidade pelo crime de fraude fiscal do que pelo crime de branqueamento (BANDEIRA, 2004¹³; BANDEIRA, 2011a; BANDEIRA, 2015a).

Ambos os crimes estão inclusos na corrupção em sentido amplo. E ambos têm forte repercussão internacional, mundial. Por certo, haver paraísos fiscais em Marte também, um dia!

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. A designada “Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas” no contexto do presente ordenamento jurídico luso e do “regime geral das infracções tributárias”. In: A fiscalidade como instrumento de recuperação económica, Respostas fiscais à crise no espaço europeu, Receita fiscal e garantia dos contribuintes, Impacto das “Reformas” na recuperação económica. **Centro de Investigação em Contabilidade e Fiscalidade**, Lisboa, Ed. Vida Económica, p. 316-342, 2011a.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. A “origem” e o actual crime luso de fraude fiscal: alguns problemas de direito penal. The “origin” and current portuguese crime of tax fraud: some problems of criminal law. In: **Revista Jurídica da Universidade Portucalense**, Porto, n.º 14, p. 63-80, 2011b.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. In: **Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das “pessoas colectivas”**: “tipos cumulativos” e bens jurídicos colectivos na “globalização”. 4. Ed. Lisboa: Juruá, 2015a.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. Anotação sintética, numa perspectiva de direito público, ao Acórdão n.º 63/2006, em Plenário, do Tribunal Constitucional (português), de 24 de janeiro de 2006 – qual proibição constitucional de

¹³ Confrontar a bibliografia mencionada neste livro e que está relacionada com o direito penal fiscal.

impostos retroactivos? A tese de Oliveira Salazar. In: **Revista Jurídica da Unicuritiba**, Curitiba, Brasil, v. I, n.º 30, 2013, ISSN 2316-753X, p. 5-20.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. In: NASCIMENTO SILVA, Luciano; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo (Coord.). **Branqueamento de capitais e injusto penal**: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Lisboa: Juruá, 2010. p. 555-668.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. Prevenção do terrorismo vs neoliberalismo. **Diário do Minho**, 30 jan. 2015b.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. **Responsabilidade financeira e criminal**: direitos constitucionais sociais, dinheiros públicos e recuperação de activos. Lisboa: Juruá, 2015c.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. **Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos**: à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial. Coimbra: Almedina, 2004.

CATARINO, João Ricardo; VICTORINO, Nuno. **Infracções tributárias, anotações ao regime geral**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, Cardoso da; FIGUEIRAL, Joaquim. O recurso para os tribunais judiciais da aplicação das Coimas pelas autoridades administrativas. **Ciência e Técnica Fiscal**, n. 366.

DIAS, Augusto Silva. Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: alguns aspectos dogmáticos e político-criminais. In: **Ciência e Técnica Fiscal**, n. 349, p. 46 e ss., 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário. In: **Instituto de Direito Penal e Económico Europeu (IDPEE)**, v. II, p. 411 e ss., 1996.

LEITÃO, Hélder Martins. **Regime geral das infracções tributárias**: anotado e comentado. Porto: Almeida & Leitão, 2012.

MARQUES, Paulo. **Infracções tributárias**: contra-ordenações. v. II. Lisboa: Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007a.

MARQUES, Paulo. **Infracções tributárias**. investigação criminal. v. I. Lisboa: Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007b.

NASCIMENTO SILVA, Luciano; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo (Coord.). **Lavagem de dinheiro e injusto penal**: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Curitiba: Juruá, 2009.

PAIVA, Carlos. **Das infracções fiscais à sua persecução processual**. Coimbra: Almedina, 2012.

SILVA, Germano Marques da. **Direito penal tributário**: sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2009.

SILVA, Isabel Marques da. **Regime geral das infracções tributárias**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010 (a 5.^a edição de 2015 é uma reimpressão da de 2010).

TEIXEIRA, Carlos; GASPAR, Sofia. Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, sobre o regime geral das infracções tributárias: artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º. In: ALBURQUERQUE, Paulo Pinto de; BRANCO, José (Org.) **Comentário das leis penais extravagantes**. v. 2. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2011. p. 388 e ss.

TEIXEIRA, Glória; AZEVEDO, Patrícia Anjos. **Códigos anotados & comentados**, CIVA, Lexit/O Informador Fiscal, abril de 2015.

TOLDA PINTO, António Augusto; REIS BRAVO; Jorge Manuel Almeida dos (Coord.). **Regime geral das infracções tributárias e regimes sancionatórios especiais anotados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

VALENTIM, Carlos; CARDOSO, Paulo. **Roteiro de justiça fiscal**: os poderes da administração tributária versus as garantias dos contribuintes. Porto: Vida Económica, 2011.

Submissão em: outubro de 2016.

Pareceres favoráveis em: novembro de 2016.

A R T I G O S

O Processo Civil à luz do Direito de Família*

The Civil Procedure in the view of Family Law

DENISE DAMO COMEL**

Resumo: Reflexão a respeito da aplicação das normas do processo civil nas demandas que tratam de matéria de família, considerando a natureza, a relevância e a especialidade das questões tuteladas.

Palavras-chave: processo civil; direito de família.

Abstract: Reflection about the application of rules of civil procedure lawsuits relating to family matters, considering the natures, the relevance and the expertise of subject matters.

Keywords: civil procedure; family law.

* Releitura do artigo “A Mitigação do Processo Civil no Direito de Família”, escrito pela mesma autora, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

** Doutora em Direito. Juíza de Direito da 1.ª Vara da Família e Sucessões, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Ponta Grossa. Professora na Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Especialista em Psicologia da Educação. Autora dos livros: **Do poder familiar** (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003); **Manual prático da vara dos registros públicos** (Curitiba: Juruá, 2013); **Manual prático da vara de família**: roteiros, procedimentos, despachos, sentenças e audiências (4. ed. Curitiba: Juruá, 2016).

Conforme ensina a boa doutrina, todo homem, quando nasce,

torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante toda a existência, embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito de Família (MONTEIRO, 2004, p. 1).

Entre todos os ramos do Direito Civil – proclamam Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 37) – “o Direito de Família é aquele que mais perto toca aos nossos corações e às nossas vidas.”.

Diz-se, então, que o Direito de Família é o mais sensível dos ramos do Direito Civil. Além de conter as normas que protegem a família, como base da sociedade (Constituição Federal, art. 226, *caput*), regulamenta o estado da pessoa, desde de antes do nascimento até a morte. De fato, no Direito de Família estão regulados, dentre outros, o parentesco, o casamento e o divórcio, a união estável, o poder familiar e todas as situações dele decorrentes, como guarda, visitas e alimentos aos filhos menores. É possível dizer, portanto, que seu objeto é a própria existência das pessoas, eis que dela a inserção familiar é indissociável.

Destarte, vários são os princípios constitucionais que norteiam as relações familiares, dentre os quais se destacam o da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (conforme Constituição Federal, art. 1.º, inciso III) – princípio máximo ou superprincípio, como refere Tartuce (2009), e que encontra particular efetividade justamente no Direito de Família.

Com efeito, “não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família.” (TARTUCE, 2009). Releva, ainda, o princípio da proteção especial do Estado assegurada à família (Constituição Federal, art. 226, *caput*); da proteção integral da criança e do adolescente (Constituição Federal, art. 227, *caput*); da igualdade entre homem e mulher (Constituição Federal, art. 5.º, inciso I; Constituição Federal, art. 226, § 5.º) – princípio ainda de tormentosa aplicação e com implicações que transcendem ao espaço jurídico; da igualdade entre os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6.º); como, também o princípio da entidade familiar plural (Constituição Federal, art. 226, § 3.º).

Já o processo civil é instrumento da jurisdição. Como “ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 4-5), funciona como “principal instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 4-5). E disso se extrai que existe no processo “sempre um interesse público, que é o da pacificação social e o da manutenção do império da ordem jurídica, mediante a realização da vontade concreta da lei.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 4-5) – no caso, consubstanciada no direito material.

Tem a finalidade, portanto, de assegurar o direito objetivo ao caso concreto, na eventual lesão. É um meio de proteção do direito individual.

Desta forma, afigura-se inarredável a conclusão de que, quando aplicável a questões de Direito de Família, o processo civil deve se curvar à sua relevância e singularidade, permitindo soluções ou caminhos diferenciados daqueles prescritos ao procedimento comum, e que se reputam mais adequados para as demandas do foro familiarista.

O relevo e importância do Direito de Família são tão destacados que o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, vigente, prevê um procedimento próprio para as ações de família, nos artigos 693 a 699. Referido regramento, ainda que não contenha maiores novidades técnicas no âmbito do processo em si, tem o mérito de proclamar a supremacia dos meios consensuais para se chegar à solução dos conflitos (CPC, art. 694), o que enseja assegurar à família e seus integrantes um espaço diferenciado, não jurisdicionalizado, mais adequado à reconstrução dos vínculos e/ou à reorganização das relações rompidas e dos laços afetivos violados, que consistem, no fundo e na forma, os verdadeiros conflitos das demandas do foro da família.

Sobressai, ainda, a questão da interdisciplinaridade, positivada particularmente no art. 694 do Código de Processo Civil. É o reconhecimento formal de que o sistema jurídico clássico é limitado para enfrentar os complexos litígios familiares que chegam às centenas nos Tribunais.

Muitos deles, inclusive, não passíveis de solução apenas na esfera técnico-jurídica, condicionados que estão ora a aspectos eminentemente subjetivos e particularizados desenvolvidos ora a questões sociais ou financeiras, não menos intrincadas. Dentre os aspectos particulares desenvolvidos, anunciados letras atrás, sobrelevam questões emocionais e psicológicas das famílias, traços de personalidade e idiossincrasias de seus integrantes, quadros neuróticos, de depressão, quando não quadros psiquiátricos mais graves, além de situações de drogadição e alcoolismo, dentre outros.

Não raro, para a solução da causa, há necessidade de que sejam buscadas, pelo Poder Judiciário, soluções fora do Direito, para as quais nem sempre o processo civil oferece o melhor caminho e a necessária solução. Sem dizer, da sólida formação humana e equilíbrio emocional que se exige do operador do Direito, para pautar sua conduta com a necessária imparcialidade e sensibilidade de modo a efetivamente somar para a busca da paz na família.

Neste momento, entram, especialmente, aplicações dos aprendizados de Filosofia, Sociologia, Psicologia Jurídica, Hermenêutica e outras disciplinas propedêuticas lecionadas nos Cursos de Direito e às quais nem todos os alunos dão a real importância.

A propósito, então, o poder geral de cautela do juiz, que remanesceu no art. 297, do CPC, precisa ser compreendido mais como um dever do que uma faculdade, que se estende a todos os atos do processo, impondo-se maior obrigação de atuação de ofício, até mesmo para tomar postura mais diretiva na gestão processual. Também na produção da prova, o juiz da Vara de Família deverá intervir de modo mais ativo, particularmente diante da parte hipossuficiente, da mais fragilizada, nos casos que versam sobre direitos indisponíveis, de modo, inclusive, a equilibrar os pratos da balança e assegurar às partes, efetivamente, igualdade de tratamento (CPC, art. 139, inciso I).

O advogado, indispensável à administração da Justiça, de profissional litigante na defesa intransigente dos interesses de seu constituinte, deve passar a ter uma postura de agente negociador, atuando nos interesses da família como um todo, mais do que focado apenas no êxito da pretensão de seu cliente. Destaque-se, aqui, a regra do art. 3.º do Código, quando proclama que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados também pelos advogados, inclusive no curso do processo judicial. Mesmo porque, no fundo e na forma, nos litígios de família não há vencedor ou vencido: tudo gira em torno da reconstrução da família em crise, da administração dos recursos que ela tem, dentro de suas possibilidades reais e concretas. Desempenha, assim, o advogado, relevante papel para a Justiça, inclusive em cumprimento ao princípio constitucional que assegura à família a especial proteção do Estado.

Mas, não se esgotam aí as peculiaridades do processo civil quando se volta aos conflitos em matéria de família. Muitas outras soluções diferenciadas podem ser encontradas no próprio contexto do Código de Processo, inclusive na parte geral, tudo a confirmar a conclusão da especialidade com que devem ser tratadas as questões de família.

É o caso, por exemplo, da previsão do foro privilegiado para as ações de divórcio, anulação de casamento e reconhecimento união estável (CPC, art. 53) – que são típicas ações de família (CPC, art. 693). Ainda, a prerrogativa de foro do alimentando, para a ação em que pede alimentos (CPC, art. 53, inciso II) – igualmente demanda típica, ainda que sujeita a procedimento especial (Lei n.º 5.478/68); também a prerrogativa de foro do incapaz, especificamente para as ações em que for réu (CPC, art. 50).

Mais algumas especificidades, dentre outras previstas na lei em distinção ao Direito de Família: a regra de a citação não poder ser feita pelo correio (que é o procedimento padrão, para as demais causas), mas apenas por oficial de justiça, quando se tratar de ações de estado (CPC, art. 247, inciso I); de o mandado de citação estar desacompanhado de cópia da petição inicial, contendo apenas os dados necessários ao comparecimento à audiência (CPC, art. 695, § 1.º); o segredo de justiça nas demandas que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes (CPC, art. 189), como exceção ao princípio da publicidade dos atos processuais; o efeito apenas devolutivo da apelação interposta da Sentença que condena a pagar alimentos (CPC, art. 1.012, inciso II). Esta última, hipótese excepcional, que enseja a possibilidade de imediata execução do título que constitui os alimentos, privilegiando a garantia da subsistência do alimentado em detrimento da segurança (KOZIKOSVI, 2015, p. 1.381).

Na legislação esparsa, da mesma forma são encontradas situações de quebra de paradigmas processuais. Como exemplo, o arbitramento de alimentos provisórios ainda que não haja pedido expresso (Lei n.º 5.478/68, art. 4.º) – norma que, num primeiro exame, afigura-se violação do princípio da inércia da jurisdição. Além disso, há a relativização da coisa julgada na ação de alimentos (Lei n.º 5.478/68, art. 15; Código Civil, 1.699).

Ainda, nas ações de alimentos, é francamente admitida a possibilidade de se constituir obrigação alimentar em valor superior ao pedido – o que, a rigor, consistiria em julgamento *extra petita*, por violação da norma do art. 492, do CPC, que assim dispõe:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do

que foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.¹

Tudo justificado no fato de que nas demandas de alimentos deve prevalecer o interesse do alimentado, assegurado na mais esmerada observância do princípio da adequação do valor ao trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

Acrescente-se a possibilidade de a mulher/mãe, na ação de divórcio ou declaratória de união estável, pleitear, em nome próprio, alimentos ao filho menor – proceder que viola, em tese, o princípio da ação. É o que se lê no seguinte Acórdão:

Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens. Pedido de alimentos, formulado pela ex-companheira, em nome próprio, em favor dos filhos.

Alegação de ilegitimidade. Afastamento. Ilegitimidade superveniente, decorrente da maioridade de um dos filhos atingida no curso do processo. Afastamento. Fixação da pensão alimentícia. Súmula 7/STJ.

Determinação, pelo Tribunal, de que a partilha seja feita posteriormente, mediante processo de inventário.

Adiantamento quanto aos bens que a deverão integrar. Alegação de incompatibilidade entre as decisões.

Afastamento. Pedido de revisão do montante fixado a título de meação. Súmula 7/STJ. Recurso conhecido e improvido.

- Na ação em que se pleiteiam alimentos em favor de filhos menores, é destes a legitimidade ativa, devendo o genitor assisti-los ou representá-los, conforme a idade. A formulação, porém, de pedido de alimentos pela mãe, em nome próprio, em favor dos filhos, em que pese representar má-técnica processual, consubstancia mera irregularidade, não justificando o pedido de anulação de todo o processo, se fica claro, pelo teor da inicial, que o valor solicitado se destina à manutenção da família. Ilegitimidade ativa afastada.

- A maioridade do filho menor, atingida no curso do processo, não altera a legitimidade ativa para a ação.

- O valor da pensão fixada pelo Tribunal não pode ser revisto nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ.

- A determinação, feita pelo Tribunal, de que a partilha dos bens seja promovida mediante processo futuro de inventário (art. 1.121, § 1.º do CPC) não é incompatível com a prévia indicação de quais bens deverão integrar a divisão. Adiantamento de partilha só haveria na hipótese em que o juiz determinasse, antes do inventário, a divisão individualizada do patrimônio, atribuindo bens específicos a cada um dos companheiros.

- A fixação do montante da participação da companheira na formação do matrimônio comum é providência levada a efeito pelo Tribunal mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, cuja revisão é vedada pela Súmula 7/STJ.

¹ Destaque-se que referida norma possui o mesmo comando do art. 460 do CPC/73.

Recurso conhecido e improvido.
(Superior Tribunal de Justiça. REsp 1046130/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 6-10-2009. Publicação: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 21-10-2009).

Nas ações de guarda e visitas, então, é ainda mais ampla a possibilidade de o magistrado decidir e/ou sugerir arranjos das mais diversas formas, sempre atento à individualidade do caso concreto e conforme o contexto daquela família em particular e dos seus integrantes. Como fundamento, lembra-se que o Código Civil, ao tratar da proteção da pessoa dos filhos nos casos de pais que não vivem juntos, complementa a disciplina da implementação da guarda (unilateral e compartilhada), com a seguinte regra:

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

O Código, ao conferir ao magistrado a possibilidade de decidir a guarda de forma diversa daquela que ele próprio regulamenta, conforme reclame o interesse do filho, acaba por, também, permitir ao juiz inovar com solução que eventualmente extrapole aos limites da *litiscontestatio*. Isso porque, toda e qualquer decisão a respeito de guarda de filho somente pode ser tomada mediante análise efetiva e atual da dinâmica do conflito familiar, não se admitindo soluções que apenas tangenciem a questão subjacente ao dissenso, na eventualidade de obstáculos meramente processuais, haja vista os efeitos deletérios que uma decisão dessa natureza pode ter sobre o filho e a família.

Também na ação de investigação de paternidade, destaca-se a possibilidade de relativização da coisa julgada, sob o fundamento de que

não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 363889, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 2-6-2011).

Com efeito, por aonde quer se aponte, a conclusão que se tem é de que o processo civil deve, efetivamente, ser visto com outros olhos pelo operador do Direito de Família.

A natureza, a relevância e a especialidade das questões tuteladas, todas alçadas à categoria dos direitos constitucionais fundamentais e que merecem a especial proteção do Estado,

por força de norma constitucional, autorizam, seguramente, a mitigação dos princípios gerais e regras do processo civil, sempre que houver confronto entre o formalismo, o rigor da norma processual e o direito de natureza pessoal e familiar a ser tutelado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jul. 1968.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes et al. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22637&seo=1>>. Acesso em: 9 set. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum**. v. I, 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Submissão em: outubro de 2016.
Pareceres favoráveis em: novembro de 2016.

Seguridad Alimentaria y el Derecho a la Alimentación Adecuada

EDUARDO BIANCHI*

CAROLINA SZPAK**

Resumen: El término “seguridad alimentaria” está estrechamente ligado a la historia de los intentos por eliminar el hambre y la pobreza en el mundo después de la segunda guerra mundial. El concepto ha adquirido diferentes significados a lo largo del tiempo, hasta alcanzar el que actualmente tiene. Paralelamente, se desarrolló un enfoque de derechos humanos, que puso énfasis en el “derecho a una alimentación adecuada”. El trabajo delinea la historia de ambos términos y su vínculo actual, en el que se entiende que la seguridad alimentaria es un corolario del derecho a la alimentación. Ello tiene importantes implicancias para los hacedores de políticas, ya que este derecho económico se va incorporando en varios países en sus leyes fundamentales y, por lo tanto, se convierte en un derecho judicialable.

Palabras clave: Seguridad alimentaria, derechos humanos, historia económica. Food security, Human Rights, Economic History. Segurança alimentar, direitos humanos, história econômica.

* Doctorado en Desarrollo Económico. Master of Arts en Economía (Ph.D. Candidate, Graduate School of Arts and Sciences, New York University, Estados Unidos). Licenciado en Economía (Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Buenos Aires). Investigador de la Red LATN; Co Titular de la Cátedra OMC/FLACSO, profesor de la Universidad Nacional de Quilmes. Secretario de Industria y Comercio de la Nación, Ministerio de Industria (Octubre 2009 – Marzo 2012). Subsecretario de Política y Gestión Comercial Externa de la Nación, Ministerio de Industria (Diciembre 2008 – Octubre 2009). Consultor Internacional en Defensa Comercial. Subsecretario de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de la Producción – Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (Diciembre 2005 – Diciembre 2007). Subsecretario de Gestión Comercial Externa de la Nación, Ministerio de Economía (2001). Consultor-Instructor de la Organización Mundial del Comercio (2005). Gerencia de Investigaciones y Estadísticas Económicas (1987 - 1991) del Banco Central de la República Argentina.

**Doctorado en Economía en la Universidad Católica Argentina. Magister en Bussines Administration de la Universidad Austral. Licenciada en Economía graduada de la Pontificia Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de la asignatura Microeconomía de la carrera de Administración de Empresas del Instituto Universitario Escuela Argentina de Negocios. Docente de asignaturas vinculadas con la Economía en la Pontificia Universidad Católica Argentina, la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y en la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Autora de varias publicaciones en el área. Subsecretaria de Comercio Exterior y Promoción Industrial del Municipio de Quilmes. Co-Directora del proyecto de investigación “Inserción Internacional a través de las cadenas globales de Valor: oportunidades para sectores productivos argentinos” en el Instituto Universitario Escuela Argentina de Negocios. Se desempeñó como Asesora en la Comisión de Industria del Cuerpo de Diputados del Congreso de la Nación y de la Subsecretaría de Industria del Ministerio de Producción de la Provincia de Buenos Aires. Secretaria de la Unión Industrial de Quilmes. Directora de Economía Regionales del Ministerio de Hacienda (Argentina).

1 INTRODUCCIÓN

El término “seguridad alimentaria” está estrechamente ligado a la historia de los intentos por eliminar el hambre y la pobreza en el mundo después de la segunda guerra mundial. El concepto ha adquirido diferentes significados a lo largo del tiempo; se ha estimado que en la literatura existen aproximadamente 200 definiciones y 450 indicadores de seguridad alimentaria (TOMA-BIANOV; SARAMET, 2012). La preocupación inicial por la oferta mundial de alimentos se transformó gradualmente en un debate sobre una oferta de alimentos suficiente y adecuadamente distribuida para satisfacer las necesidades humanas. Desde una perspectiva estrecha, el significado de seguridad alimentaria fue evolucionando, tanto por eventos históricos como por la investigación académica, hasta alcanzar una definición multidimensional.

En forma paralela a este desarrollo conceptual, fue creciendo la preocupación por ampliar el alcance de los derechos humanos, a fin de poner en pie de igualdad los derechos económicos –entre ellos, el derecho a la alimentación– con los derechos civiles. La separación entre los derechos civiles, por un lado, y los derechos económicos, por el otro, se basaba en el argumento que los dos conjuntos de derechos eran de diferente naturaleza. Los derechos civiles eran considerados “absolutos” e “inmediatos”, mientras que los derechos económicos eran esencialmente programáticos y se realizaban gradualmente. Asimismo, se argumentaba que los derechos civiles eran “judiciables”, mientras que los derechos económicos eran esencialmente “aspiracionales”.

Desde los años ochenta empezó a trabajarse en un vínculo entre seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación. El proceso de traducir la seguridad alimentaria en políticas concretas, demandaba una identificación de las responsabilidades y las acciones del estado y de otros actores. La noción de una relación entre “tenedores de derechos” y “portadores

de deberes” resultó atractiva como un camino para alcanzar la seguridad alimentaria, esto es, llegar a ella ejerciendo legalmente el “derecho a la alimentación adecuada”.

En la próxima sección, delineamos el desarrollo del concepto de seguridad alimentaria, mientras que en la siguiente esbozamos la historia del derecho a una alimentación adecuada.

En la última sección abordamos el vínculo entre ambos conceptos, concluyendo con algunas reflexiones finales.

2 EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE SEGURIDAD ALIMENTARIA

La segunda guerra mundial afectó la cadena de suministro de alimentos, por lo que varios países realizaron esfuerzos por aumentar su propia producción, a fin de reducir su dependencia del exterior. Después de la guerra, a ambos lados del Atlántico, los gobiernos decidieron apoyar su producción agrícola con el objeto de reforzar el autoabastecimiento y asegurar que no habría nuevamente una falta de alimentos. Estas políticas fueron tan exitosas que rápidamente la producción de alimentos excedió al consumo, creándose excedentes significativos hasta fines de los años 60.

A principios de los 70, las extremadamente malas condiciones climáticas que se registraron en varias regiones del mundo, resultaron en una reducción muy importante de la producción de alimentos, principalmente los cereales. Ello llevó a varios países a convertirse en importadores de alimentos, en un contexto de aumentos significativos de sus precios. En vistas de esta crisis alimentaria internacional, la Organización de las Naciones Unidas organizó una Conferencia Mundial sobre la Alimentación, que tuvo lugar en 1974 y en la que se aprobó un conjunto de recomendaciones relacionadas con lo que se llamó “seguridad alimentaria”, reconociéndola como una preocupación común. Esta primera conferencia mundial se concentró en los problemas de la producción, el comercio y las existencias globales, esto es, en la oferta adecuada de alimentos y en la estabilidad de dicha oferta a través de las reservas de alimentos.

En línea con la imagen de un mundo que se estaba moviendo hacia la escasez global de alimentos, esta cumbre definió seguridad alimentaria como la “disponibilidad, en todo momento, de provisiones mundiales adecuadas de alimentos para sostener una expansión continua del consumo y contrarrestar las fluctuaciones en la producción y los precios”. La seguridad alimentaria era entonces percibida principalmente como la disponibilidad de una oferta adecuada de alimentos en todo momento. Por lo tanto, todos los esfuerzos debían estar concentrados en aumentar la producción de alimentos y en asegurar su disponibilidad física, más allá de si las personas tenían acceso a ellos o no. En la práctica,

ello implicó que los esfuerzos en esta materia se centraran principalmente en la producción de alimentos y en los mecanismos de almacenamiento, a fin de compensar las fluctuaciones de la oferta global y asegurar la posibilidad de importar alimentos cuando fuera necesario.

El foco en la disponibilidad física de los alimentos comenzó a cambiar en los años 80, principalmente a partir del trabajo de Amartya Sen sobre la pobreza y las hambrunas, que mostraba cómo éstas se desarrollaban aún sin una disminución en la disponibilidad de alimentos (SEN, 1981). Alejado del concepto de seguridad alimentaria que se centraba en la oferta de alimentos, el trabajo de Sen puso el énfasis en el consumo y el derecho, dirigiendo la atención a la propiedad y el intercambio. Sen argumentó que durante las hambrunas, el principal problema no era la falta de alimentos, sino la imposibilidad de las personas pobres de acceder a ellos. Explicó que la mayoría de los casos de hambrunas no resultaba de personas que habían sido privadas de lo que tenían derecho, sino de personas que no tenían derecho a medios adecuados de supervivencia. De esta manera, el enfoque de Sen introdujo la dimensión del “acceso” en el debate sobre “seguridad alimentaria”.

En esta línea, una reformulación del término se produjo en 1983, en ocasión de la 22^o Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), donde se planteó que el objetivo último de la seguridad alimentaria debería ser “asegurar que todas las personas tienen, en todo momento, un acceso tanto físico como económico a los alimentos básicos que necesitan”. Así, la seguridad alimentaria debería tener tres objetivos específicos: asegurar una producción adecuada de alimentos; maximizar la estabilidad de la oferta y asegurar el acceso a la oferta disponible por parte de quienes lo necesitaran. De esta manera, el concepto de seguridad alimentaria fue oficialmente extendido a fin de incluir el “acceso económico”, acercándolo a la agenda de reducción de la pobreza. Por su parte, en 1986 el Banco Mundial incorporó la noción de “alimentos adecuados”, al definir seguridad alimentaria como “el acceso de todas las personas, en todo momento, a suficientes alimentos para una vida activa y saludable” (BANCO MUNDIAL, 1986).

A pesar de estas reformulaciones, otras preocupaciones comenzaron a manifestarse, tales como la consideración de alimentos “seguros”, de un balance nutricional adecuado para una vida activa y saludable y del vínculo con las “preferencias” alimentarias, determinadas social o culturalmente. Comenzó también a reconocerse el rol de los micronutrientes y el de la utilización de los alimentos, entendiendo por esto último, temas como la higiene y la calidad del agua para cocinar.

Finalmente, en la Cumbre Mundial sobre Alimentación de 1996, considerada un hito en la historia de la seguridad alimentaria, se adoptó una nueva definición a nivel global, que es

actualmente la más aceptada y que es considerado como uno de los importantes logros de la cumbre. Reconociendo un enfoque multidisciplinario, se acordó que seguridad alimentaria existe “cuando todas las personas tienen acceso en todo momento, ya sea físico, social, y económico, a alimentos suficientes, seguros y nutritivos para cubrir sus necesidades nutricionales y las preferencias culturales para una vida sana y activa”.

Definida de esta manera, la seguridad alimentaria involucra cuatro “dimensiones o pilares”. La primera de ellas es la “disponibilidad”, esto es, la cantidad de alimentos que están presentes en un país, área, ciudad o familia, a partir de la producción interna, las importaciones, las existencias o la ayuda alimentaria. La segunda dimensión es el “acceso” o la habilidad de una familia para adquirir una cantidad adecuada de alimentos en forma regular, a través de compras, trueque, préstamos o asistencia alimentaria. Hay tres elementos en el acceso a los alimentos: el físico, el social y el económico. El aspecto físico es un tema logístico, por ejemplo, cuando la falta de transporte o su limitación entre dos regiones, impide el normal flujo de alimentos entre ellas. El aspecto social se refiere al hecho que, aún cuando los alimentos estén disponibles y haya recursos para adquirirlos, algunos grupos de la población tienen un acceso limitado por razones sociales, por ejemplo, por motivos de género. El aspecto económico se refiere a cuando los alimentos están disponibles y las familias tienen los recursos financieros para adquirirlos regularmente; aspecto determinado, entre otros factores, por el ingreso disponible, el precio de los alimentos y la provisión o el acceso a los programas de asistencia social.

La tercera dimensión de la seguridad alimentaria es la “utilización”. No es suficiente que los alimentos estén disponibles y sean accesibles a las familias para asegurar una dieta nutritiva y segura. Hay personas que, aún teniendo acceso a los alimentos, sufren de malnutrición, principalmente debido a una utilización incorrecta de los alimentos. Así, la utilización de los alimentos está relacionada con su preparación y conservación. Finalmente, la cuarta dimensión es la “estabilidad”, es decir, la seguridad alimentaria es una situación que debe ocurrir en forma permanente y ser sostenible. Esta dimensión permite distinguir, por un lado, entre inseguridad alimentaria crónica (una situación de largo plazo o persistente) y, por el otro, aquella transitoria (de corto plazo o temporaria).

3 EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA

En forma paralela al desarrollo del concepto de seguridad alimentaria, se fue gestando una perspectiva de derechos humanos en aspectos relacionados al alivio del hambre y el acceso a una alimentación y nutrición adecuadas. La historia del derecho a una alimentación adecuada puede remontarse al discurso del Presidente Roosevelt ante el Congreso de Estados Unidos en 1941, cuando señaló las cuatro libertades básicas de la humanidad:

libertad de expresión, libertad de culto, libertad de vivir sin penuria y libertad de vivir sin miedo. Luego de la segunda guerra mundial, muchos países adhirieron a estas cuatro libertades, las que fueron incluidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y cuyo Artículo 25 establece que “toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure a sí mismo como a su familia la salud, el bienestar, incluyendo la alimentación...”.

El siguiente paso en la historia del derecho a una alimentación adecuada fue su incorporación en tratados internacionales jurídicamente vinculantes, lo que ocurrió en 1966 cuando fue adoptado por el Pacto Internacional en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El Artículo 11 del Pacto reconoce el “derecho de todas las personas a un adecuado nivel de vida, incluyendo una alimentación adecuada” y el “derecho fundamental de cada persona a estar protegida del hambre”. El proceso de ratificación del PIDESC por parte de los países comenzó en 1976, momento a partir del cual el estado que lo suscribe es denominado “Estado parte con obligaciones legalmente vinculantes”. El trabajo académico brindó cierto entendimiento sobre el significado de las obligaciones de los estados que ratificaron el Pacto, planteando la existencia de tres niveles de obligaciones con respecto a los derechos especificados: respetarlos, protegerlos y cumplirlos.

En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996, donde se reelaboró la definición de seguridad alimentaria, se planteó que “...el derecho de todo persona a tener acceso a una alimentación segura y nutritiva, es consistente con el derecho a una alimentación adecuada...”. Una serie de eventos que tuvieron lugar luego de esta cumbre, condujeron a la Observación General 12, que interpreta el Artículo 11 del PIDESC respecto del derecho a una alimentación adecuada de la siguiente manera:

El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre [...].

En 2002, durante la Cumbre Mundial sobre la Alimentación: Cinco Años Después, se alcanzó un acuerdo para elaborar unas “directrices voluntarias para la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada, dentro del contexto de la seguridad alimentaria nacional”. Ello llevó a la creación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental

para elaborar dichas directrices, que fue considerado como el primer antecedente de un debate sustantivo y detallado sobre el derecho a una alimentación adecuada entre los gobiernos y la FAO, siendo también la primera vez que los gobiernos se pusieron de acuerdo en el significado del derecho a una alimentación adecuada.

Las Directrices Voluntarias fueron aprobadas durante la sesión 127° de la FAO en noviembre de 2004 y actúan de manera voluntaria, no siendo jurídicamente vinculantes, aunque se apoyan sobre el derecho internacional y proveen una guía sobre la implementación de las obligaciones existentes. La adopción de estas directrices, a 10 años de su lanzamiento, es considerada un logro histórico y de considerable interés para los defensores de los derechos humanos, ya que fue la primera vez que se acordó en el significado real de un derecho económico y sobre las recomendaciones de las acciones a llevar a cabo para su realización.

4 EL VÍNCULO ENTRE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y EL DERECHOS A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA

La relación entre la seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación es fácilmente resumida por las Naciones Unidas cuando plantea que el corolario del derecho a la alimentación es la seguridad alimentaria, es decir, la seguridad alimentaria se desprende del derecho a la alimentación. A su vez, FAO señala que el derecho a la alimentación significa alcanzar la seguridad alimentaria. Así, el derecho a una alimentación adecuada es un objetivo práctico, además de moral, y también una obligación legal. El derecho reconoce una obligación imperativa a actuar, es decir, implica que otros tienen obligaciones específicas para asegurar su realización, específicamente los gobiernos. El derecho para una alimentación adecuada no conlleva la provisión de alimentos por parte del gobierno, excepto bajo ciertas circunstancias y en desastres naturales; el derecho a la alimentación puede ser visto como un “derecho a políticas” o como “un derecho a derechos”.

Es interesante notar que, aunque la seguridad alimentaria fue siempre considerada una preocupación global, las reglas internacionales reconocen al “país” como el actor individual, aunque luego se convoque a la coordinación a nivel global. En este contexto, el concepto del derecho a la alimentación requiere que los gobiernos cumplan con sus obligaciones sobre los derechos humanos, siendo este requerimiento consistente con la afirmación que la seguridad alimentaria es una responsabilidad de cada país y que cualquier plan para encarar la seguridad alimentaria es un desafío que debe ser articulado, diseñado y dirigido a nivel nacional. Estas obligaciones emanan de instrumentos internacionales como el PIDESC. Por tanto, a nivel nacional, alcanzar la seguridad alimentaria es el resultado de la realización de los derechos existentes, es decir, el derecho a la alimentación.

En este contexto, las obligaciones de los gobiernos implican el establecimiento de acciones institucionales concretas para asegurar la integración de este derecho en la legislación nacional, como puede ser en la constitución o en una ley marco. Este camino ha sido recorrido ya por numerosos países, como por ejemplo Sudáfrica, que en 1994 incluyó el derecho a la alimentación en el artículo 27 de su constitución. Del mismo modo, la constitución de Kenia, aprobada por referéndum en 2010, estableció el derecho a que toda persona “esté libre de hambre y tenga una adecuada alimentación de calidad aceptable”. Un estudio realizado en 2011 identificó 24 estados en donde el derecho a la alimentación era explícitamente reconocido, pese a que en la mitad de ellos era sólo el beneficio de un segmento de la población en particular (NACIONES UNIDAS, 2013).

Se considera que Brasil ha desarrollado una estructura institucional y legislativa comprehensiva para la realización del derecho a una alimentación adecuada, incluyendo además el objetivo explícito de avanzar en la realización de este derecho, enfatizando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y señalando que una adecuada alimentación es un derecho humano básico, inherente a la dignidad humana. Adicionalmente a Brasil, otros países como Bolivia, la República Democrática del Congo, República Dominicana, Ecuador, Kenia, Maldivas y Nigeria, han explicitado la garantía al derecho a una adecuada alimentación en sus constituciones nacionales de Leyes Básicas.

Es importante señalar que, una vez que el derecho a la alimentación es incorporado en la legislación nacional, pueda ser reclamado por mecanismos judiciales, extrajudiciales o administrativos. De esta manera, pueden generarse hechos como por ejemplo en la India, donde desde 2001 la Corte Suprema de Delhi ha venido tratando litigios de interés público respecto del derecho a la alimentación. Otro ejemplo puede encontrarse en Guatemala, donde en 2013 la Corte ordenó que el estado debía implementar medidas específicas para tratar los obstáculos estructurales que enfrentan los sujetos de derecho, especialmente los niños afectados por una crónica malnutrición y asegurar el disfrute de sus derechos, particularmente, el de una alimentación adecuada.

5 CONCLUSIÓN

Actualmente, la seguridad alimentaria es el centro de preocupaciones nacionales y globales, cuya solución parece necesitar un enfoque holístico. Esta serie de preocupaciones incluyen cuestiones locales, como los servicios básicos, y también cuestiones globales, como el desarrollo ambientalmente sostenible, los recursos naturales, como el agua, el comercio mundial, el cambio climático y la trayectoria actual de la globalización. La consideración de todos estos aspectos podría requerir ampliar el concepto actual de seguridad alimentaria por uno más multifacético.

Por otro lado, el argumento a favor de un esquema de derechos humanos es que los objetivos políticos se modifican con los cambios de gobierno y las numerosas declaraciones de intentos de terminar con el hambre mundial y la pobreza no son legalmente vinculantes. Frente a ello, el imperativo de los derechos humanos basados en la dignidad humana, en cambio, presenta una consecuente obligación legal. A través de este enfoque, la eliminación de la pobreza pasa a ser una obligación internacional de los gobiernos. Así, visualizar a todos los seres humanos como poseedores de derechos económicos, puede ser el modo más efectivo de avanzar contra la pobreza. Pese ello, los derechos económicos continúan estando menos articulados conceptualmente que los derechos civiles.

Finalmente, es importante considerar que los gobiernos no son los únicos actores involucrados en solucionar el hambre y el acceso a los alimentos. Por ejemplo, cada segmento del sistema global de alimentación está crecientemente dominado por enormes corporaciones transnacionales, que monopolizan la cadena de valor de los alimentos, desde la producción, comercio y procesamiento hasta el marketing y venta minorista, reduciendo los márgenes de elección de productores agropecuarios y consumidores. Es por tanto necesario tratar también las responsabilidades éticas y de derechos humanos de estas grandes corporaciones multinacionales.

REFERENCIAS

BANCO MUNDIAL. Poverty and hunger. **Issues and Options for Food Security in Developing Countries**, World Bank Policy Study, Febrero, 1986.

NACIONES UNIDAS. The right to food, report by the special rapporteur on the right to food. Commission on Human Rights, A/68/288, **Economic and Social Council**, Agosto, 2013.

SEN, Amartya. **Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation**. Oxford: Oxford University Press, 1981.

TOMA-BIANOV, Anamaria; SARAMET, Oana. The Concepts of food security and the right to safe food from the international and european perspective. En: **Bulletin of the Transilvania University of Brasov**, v. 5, n. 54, n.1, 2012, Series VII: Social Sciences and Law.

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

Apostillas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

ELIAN PREGNO*

Resumen: Este trabajo presenta una serie de reflexiones en torno al reciente proceso codificador que ha seguido el Derecho Privado en la Argentina. La tradición jurídica milenaria vive en el Derecho Privado, cuya amplitud material es enorme. Por eso, tomar razón de la magnitud de las intervenciones reglamentarias formales en tan caro filamento de la cultura es más que suficiente para extremar recaudos a la hora de impulsar modificaciones. Además, entendemos que la obra de Vélez Sarsfield constituye un paradigma no agotado todavía. Por otro lado, es posible que la unificación civil y comercial resulte extemporánea ante el planteo neoconstitucional.

Palabras clave: Derecho Privado – Codificación – Neoconstitucionalismo.

Abstract: This paper presents a series of reflections on the recent encoder process followed by the Private Law in Argentina. The ancient legal tradition lives in the Private Law, whose material amplitude is huge. Therefore, to acknowledge the extent of formal regulation interventions in such an expensive filament of culture is more than enough to take extra precautions when implementing modifications. Furthermore, we understand that the work of Velez Sarsfield is a paradigm not exhausted yet. On the other hand, it is possible that civil and commercial unification may result extemporaneous in front of the neoconstitutional pose.

Key words: Private Law – Coding – Neoconstitutionalism.

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

I INTROITO

1. Con entusiasmo, compromiso y gratitud –en idénticas proporciones–, respondemos a la invitación de Revista Brasileira de Estudos Jurídicos para verter, tan ordenadamente como nos resulta posible, una serie de reflexiones en torno al reciente proceso codificador que ha seguido el Derecho Privado en la Argentina.

2. Los acápites que estructuran el escrito condensan el núcleo duro de la anotación que en cada uno de ellos se intenta, de modo que *ab initio* se convida al lector con la conclusión y por eso mismo se prescinde de un apartado final que las ofrezca, como es de estilo.

Son tres las cuestiones tratadas. Ningunas de ellas guardan intencionada conexión entre sí, mas todas se enrolan en la teoría y en la práctica de la elaboración de las normas jurídicas (BENTHAN, 2000; BULYGIN, 1991, p. 409 y ss.; CIURO CALDANI, 1991; CIURO CALDANI, 2008a; MUÑOZ QUESADA; HABA MULLER, 1996; PÉREZ BOURBON, 2007), en tanto disciplina de la teoría general y la Filosofía del Derecho. El orden en el que se exponen es arbitrario y en nada mutaría el sentido global de estas líneas si se optase por intercalarlas.

II LA TRADICIÓN JURÍDICA MILENARIA VIVE EN EL DERECHO PRIVADO

3. Se ha dicho –a nuestro juicio, con razón– que la tradición jurídica milenaria vive en el Derecho Privado; y, al límite con la insolencia, agregamos que el resto de las ramas jurídicas han imitado la metodología *iusprivatista* en lo que a estructura de razonamiento respecta, sobre todo a partir de la identificación de elementos subjetivos, objetivos, formales y volitivos.

Salvando debidamente las distancias, puede decirse que el esclarecimiento metódico se propagó a lo largo y a lo ancho del interior del mundo jurídico (CABRERA, 2001; ALTERINI, 1998; TOMÁS DE AQUINO, 1959; ARISTÓTELES, 1964; BACIGALUPO, 1999; BARCIA LOPEZ, 1951; BARCIA LOPEZ, 1950; BETTI, 1959; BOQUERA OLIVER, 1986; BORDA, 1966; BUSSO, 1949; CAPITANT, 1922; CARRETERO PÉREZ, 1958; COMPAGNUCCI DE CASO, 1978; COSSIO, 1969; DE GORTARI, 1960; DIEZ, 1961; DONNA, 1995; DRAPKIN, 1943; GORDILLO, 1969; HALPERIN, 1929; HAURIOU, 1927;

HOYOS CASTAÑEDA, 1988; HUME, David. **Tratado de la naturaleza humana**, *apud* IACCARINO, 1933; JAKOBS, 1997; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1942; KANT, 1978; KELSEN, 1945; LAJE, 1954; MAURACH; ZIPF, 1994; NINO, 1987; NUÑEZ LAGOS, 1961; PÉREZ JARA, 2007; RIPERT, 1964; RIVALTA, 1960; ROXIN, 1997; SALERNO, [S. d.]; SANCINETTI, 2008; SAYAGÜES LASO, 1963; SAYAGÜES LASO, 1974; SPOLANSKY, 1969; SOLER, 1940; TORREZ VASQUEZ, 1998; VIDELA ESACALADA, 1968; VIGO, 1983; WELZEL, 2002; ZAFFARONI, 2000, entre otros). En efecto, se replicó –con sus bemoles– en las más jerarquizadas ramificaciones del Derecho Público, principalmente en la morfología prototípica del acto administrativo y en los diseños propios de la teoría del delito. Después de todo, no se trata sino de asumir con sentido humanista problemáticas como el tiempo, el azar, la causalidad de los acontecimientos, la adjudicación o el hallazgo (según el lector se incomode menos) del sentido último de las cosas; en suma y evocando a Max Scheler, indagar el puesto del hombre en el cosmos (SCHELER, 1938).

4. La teoría general de los hechos y los actos jurídicos ha sido magistralmente expuesta en los códigos decimonónicos, especialmente en el napoleónico, y cristaliza la sabiduría forjada al calor de la experiencia romanista (BANDILEONE, 1884; BONFANTE, 1944; BUCKLAND; MCNAIR, 1994; CARAMES FERRO, 1975; CASTIGLIONE, 1996; DI PIETRO, 1996; DI PIETRO; LAPIEZA ELLI, 1982; HALPERIN, 1929; IGLESIAS-REDONDO, Von IHERING, 1891; LOUZAN DE SOLIMANO, 1983; MOMMSEN, 1999; PETIT, 1954; entre otros). Luego, al otro lado del Canal de la Mancha germinó el *common law*, mientras que hacia el continente floreció una dogmática capaz de contener los despliegues del sistema romano justiniano-germánico (CIURO CALDANI, 2000; CIURO CALDANI, [S. d.]; CIURO CALDANI, 1993; CIURO CALDANI, 1990; CIURO CALDANI, 1997; CIURO CALDANI, 2008b).

5. La amplitud material del Derecho Privado es enorme, en el sentido de que efectivamente excede a las normas, desde que (casi) la totalidad de la vida de un hombre queda bajo su órbita: la concepción, el nacimiento y la muerte; la menor edad, la vida adulta y la vejez;

el matrimonio, los hijos y la familia; las contingencias de la enfermedad, la incapacidad y la decisión por otros; la propiedad, el contrato y el intercambio de bienes y servicios; la gratuidad, los créditos y las deudas y el infortunio patrimonial; la libertad de asociarse, el respeto al elemento extranjero y la creación y la inventiva; la protección del débil, el daño y el dominio de la naturaleza; etc.

Y así podríamos enumerar tantas proyecciones vitales como individuos dispuestos a hacerlas conscientes y explicitarlas. De ahí que no sea exagerado advertir que *el derecho privado nos ataja antes de nacer y nos persigue después de muertos*.

6. Tomar razón de la magnitud de las intervenciones reglamentarias formales en tan caro filamento de la cultura es más que suficiente para extremar recaudos a la hora de impulsar modificaciones. “Tocar” el derecho privado positivo guarda un efecto equiparable al que trae consigo una reforma constitucional pero en sentido material¹, desde que impacta en la facticidad de la juridicidad.

7. Interrogarse a cerca de por qué un hombre debe obedecer a otro hombre implica escrutar relaciones interpersonales que hacen pie o en el uso de la fuerza o en la disputa por el poder.

Desde luego que no desconocemos el carácter multívoco de las palabras, pues en última instancia todo se reduce a la construcción de los términos fuerza y poder; empero, a los fines de este trabajo, reservamos la primera para las situaciones en las que se emplean medios de acción directa para modificar los hechos (por ejemplo, la guerra) y la segunda para aquellas en que la transformación de la facticidad no resulta inmediatamente de interacciones de orden físico sino de consecuencias mediatizadas por instancias discursivas (por ejemplo, la política).

8. Nos ocuparemos de estas últimas, de las relaciones de poder, donde éste puede presentarse: a) concentrado en una de las partes, perfilándose interacciones de mando-obediencia, donde prima la asimetría y la imposición; o, b) desconcentrado y prorrateado entre los actores, delineando vínculos asentados en los acuerdos, donde se jerarquizan la simetría y la cooperación.

¹ Sobre el particular, puede verse: Bidart Campos, 1969; Bidart Campos, 1996; Ciuro Caldani, 1976; Ciuro Caldani, 1982-1984; Ciuro Caldani, 1986; Goldschmidt, 1987; Goldschmidt, 1992; Lassalle, 1957.

He aquí el continente del Derecho, parcelado hacia un lado por la impronta que da la autoridad (inaugurando al Derecho Público) y hacia el otro por la idea de autonomía (privilegiando al Derecho Privado).

9. Hemos dicho ya que entendemos a “lo jurídico” como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades (Pregno, 2011, p. 75-92).

En otra oportunidad hemos afirmado que: “el Derecho se erige en un instrumento de violencia simbólica, siempre entre sujetos autointeresados aunque con finalidades no siempre exteriorizables, para la resolución pacífica de controversias a partir de la organización sistemática y monopólica de la coacción.” (PREGNO, 2014, p. 60).

El *iuspositivismo* normativista considera elemento *jurígeno* definitorio a la coacción. Tal punto de vista nos resulta reduccionista, toda vez que desconoce la fuerza juridificante de los acuerdos, ensalza la figura de los órganos estatales en desmedro del protagonismo de los particulares y siembra confusión en torno a las nociones de norma, ordenamiento y ciencia del derecho. De modo que no se trata de abandonar la base estatalista y coactivista, sino de enriquecerla a partir de la profundización de temples acuerdistas y autonómicos.

Agregamos, entonces, que la conservación de la paz no sólo depende del uso monopolizado de la coacción, sino también de la concentración de la amenaza de impartir sanciones direccionadas y –tal vez, fundamentalmente– de la salvaguarda de un sistema que privilegie los acuerdos.

Entendemos que ese horizonte de comprensión devuelve una idea más completa y acabada del Derecho, en la medida que integra los despliegues *iuspublicistas* y los *iusprivatistas*.

10. La *addenda* obedece también a la observación de la lógica ostensiblemente diversa que presentan las fuentes.

El origen y el funcionamiento del contrato o del testamento difieren en lo que a vigencia y cumplimiento de la ley y el decreto respecta. El comparamiento de los primeros se nutre de principios tales como: la *privacidad* y la *autonomía* (de los sujetos y las manifestaciones de su voluntad); la *atipicidad* (del objeto); la *informalidad* (propia del negocio); la *supletoriedad*, la *flexibilidad* y la *inelasticidad* (de las fuentes) (PREGNO, 2009); mientras que las mandas de los poderes constituidos del Estado afinan en: la *publicidad* y la *heteronomía* (de los funcionarios y los actos de gobierno), la *tipicidad* (del objeto), la *formalidad* (del proceso), la *imperatividad*, la *rigidez* y la *elasticidad* (de las fuentes) (PREGNO, 2009).

11. Finalmente, las relaciones cobijadas en el Derecho Privado canalizan la voluntad de las partes, en tanto las guarecidas en el Derecho Público expresan al orden público. De ahí que la judicialización de las primeras revele la faz patológica del Derecho, desde que la cantidad de causas que conocen los tribunales son una ínfima parte de los negocios jurídicos celebrados entre las partes; en tanto, la intervención del poder judicial en las segundas constituye el normal funcionamiento de la normativa oportunamente proyectada. Por ejemplo: un contrato no se celebra para que se trabe una cuestión litigiosa en torno a él; en cambio, “lo normal” ante un homicidio es la excitación de la jurisdicción.

III EL CÓDIGO DE VÉLEZ COMO PARADIGMA NO AGOTADO Y UN TÍPICO CASO DE FALACIA *SECUNDUM QUID*

12. Codificar o no codificar ha sido una disputa que no ha reconocido límites espaciales ni temporales. Desde la que mantuvieron Thibaut y Savigny en la Alemania decimonónica² hasta la que –sin forzar las comparaciones– por estos lares entablaron Alberdi y Vélez Sársfield en la segunda mitad del s. XIX³.

Por estos días, la discusión podría acutalizarse ya no en términos de codificar o no, sino distinguiendo a cerca de si lo que se necesitaba era un código nuevo o un código reformado; en un nivel meramente intuitivo, nos inclinamos por esta segunda opción.

13. Elaborar normas en formato código lleva ínsita la pretensión de agotar la totalidad de una materia y, amén de la observancia de ribetes eminentemente técnicos, cuadra un análisis de viabilidad de la base cultural para contener la regulación.

Siendo el Derecho un emergente de la cultura y, a la misma vez, un elemento rector de ella, corresponde escrutar los límites y las posibilidades de la realidad social como la resistencia y tolerancia de la conciencia moral.

14. En atención a ello, embarcarse en una “reforma legislativa sensible” exige escudriñar dónde “apoyar” los productos que de ella resulten.

Así, uno de los límites que debe observarse en el acto de “poner la norma” es el que distingue entre la capacidad del elemento población para “sostener” la regulación y otra

² Sobre el particular, puede verse: Savigny, 1946; Thibaut; Savigny, 1940. Además, cabe citar: Ciuro Caldani, 1979; Ciuro Caldani, 1967.

³ Sobre el particular, puede verse: Vélez Sársfield, 2015; Alberdi, 1887. Además, cabe citar: Ciuro Caldani, 2004; Ciuro Caldani, 1992; Ciuro Caldani, 1997; Ciuro Caldani, 2000a; Ciuro Caldani 2005a; Ciuro Caldani, 2005b; Cortabarría, 2015; Gnecco, 2015; Sola, 2015a; Sola, 2015b.

es la opresión del ámbito personal por el sobrepeso de la normativa. En otras palabras: la ley, que *–per definitionem–* siempre es impuesta, pero: a) si la imposición cuenta con respaldo de la base cultural, el producto normativo se traduce como el resultado de un movimiento revolucionario; mas, b) si la imposición asfixia la base cultural, la manda se revela como despótica⁴.

15. A Dalmacio Vélez Sársfield le tocó colocar las bases fundacionales del derecho privado positivo argentino, situación que no se advierte ni por asomo en la actualidad.

Según nuestro parecer, no se registran mutaciones especiales en el complejo de “lo real” (omnicomprensivo de los ámbitos espacial, temporal, personal y material) que ameriten el dictado de un nuevo código, sin perjuicio del *aggiornamento* necesario que hubiesen merecido los códigos –el civil y el comercial– sustituidos.

Fundamos la intuición en dos aceptables indicadores que permiten monitorear los despliegues del “derecho vivo”, a saber: a) la homogeneidad de una jurisprudencia relativamente estable y concienzudamente encargada del funcionamiento jurídico; y, b) la doctrina más vanguardista hallaba sosiego en una estrategia legislativa que se había encaminado decididamente por la elaboración de regulaciones especiales para ajustar los estándares normativos a una sociedad en permanente transformación.

16. Tomemos por caso las resoluciones judiciales de los tribunales con competencia en lo civil y en lo comercial, dictadas a lo largo y a lo ancho del país durante los últimos –por ejemplo– cinco años, y relevemos las tachas de inconstitucionalidad recaídas sobre el articulado del código vigente.

O, también, según lo informa la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entre 1912 y 2013 se dictaron 407 fallos plenarios en ese fuero⁵. Con reformas señeras mediante: como la que significó la Ley 17.711, o –un poco más adelante– como la que trajo consigo la Ley 23.515 y, más recientemente, la promovida por la Ley 26.618, en un siglo se hizo necesario fijar doctrina judicial en 407 oportunidades para un cuerpo normativo integrado por 4051 artículos.

⁴ Sin ánimo de polemizar, es posible advertir en la experiencia constitucional de 1949 un antecedente de ello en la historia jurídica argentina más o menos reciente (si bien la razón alegada de la derogación obedeció a vicios formales). Entrevemos que la sociedad argentina no atraviesa un momento oportuno para contener una reforma de la envergadura intentada.

⁵ Disponible en: <http://www.ccc.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=72896&CI=INDEX100>. Acceso en: 30-7-2015.

Puede afirmarse que no se detectan “situaciones límites” para la eficacia de dicho cuerpo normativo, desde que no se registran desencuentros irreconciliables en la jurisdicción. Ni declaraciones de inconstitucionalidad por doquier, ni vacíos imposibles de colmar, ni contradicciones intransigentes. Pues bien, a partir del 1º de agosto, se introducirá todo y en ese orden, sin la más absoluta necesidad de hacerlo.

17. La estrategia legislativa de incluir regulaciones especiales torna permeable al hermetismo propio del “formato código”, desde que habilita vasos comunicantes entre la norma y la realidad que facilitan la adaptabilidad al cambio social.

La fluidez entre un empréstito legislativo audaz y los segmentos del mundo que se propone reglar, se consigue a través de las leyes especiales, que operan como “válvulas de escape” del sistema.

Entendemos que la codificación exige tanta autosuficiencia como flexibilidad, pues condensar la totalidad de la materia iusprivatista en un mismo y único código demanda un diseño lo suficientemente “poroso” como para garantizar la oxigenación del proceso codificador.

18. Las *relaciones codificantes* suponen la articulación de intereses con “los codificados”.

El ámbito material y –hasta cierto punto– el temporal y el espacial pueden organizarse verticalmente. Sin embargo, advertimos que conviene horizontalizar las disposiciones que atienden el ámbito personal, toda vez que promovemos preferentemente un abstencionismo que no se pronuncie por la imposición de ningún modelo de virtud (CIURO CALDANI, 2007; NINO, 1989).

Del éxito en la recepción, contención, gestión y satisfacción de las demandas externas, dependerá la tan mentada efectividad de los derechos.

19. Ya en este punto, no podemos ocultar la extrañeza que nos genera la inversión de los procesos que supone: primero, haber pavimentado el Código Civil de legislación especial; y, después, sancionar un nuevo Código Civil. Vale decir: no alcanza a comprenderse cuál es el sentido de haber impulsado reformas e innovaciones legislativas si después estaba prevista la sanción de un nuevo Código Civil.

O bien no existía planificación alguna, o bien no se entiende qué sentido tuvieron: la modificación a la ley de trasplantes; la ley de niños, niñas y adolescentes; la ley derechos de los pacientes (y al mismo tiempo y por separado: una para celíacos, otra para diabéticos

y aguarda todavía la suya la del infarto de miocardio⁶); la ley de identidad de género; la ley de reproducción médicamente asistida; la ley de matrimonio igualitario; la ley de salud mental...

Nos inclinamos por la primera opción: es posible que no haya habido planes para sancionar un nuevo Código Civil; mas no por eso puede dejar de señalarse el sinsentido de las reformas parciales introducidas y el débito que se genera hacia adelante, pues la subrogación de la Ley 340 por la Ley 26.994 genera oquedades en torno a la normativa especial complementaria de aquélla. Esta situación debe atenderse especialmente y sin demora. Por ejemplo⁷: la Ley de Sangre n.º 22.990 conserva plena vigencia y en su Art. 44, inc. b), manda que *“los menores de DIECIOCHO (18) años deberán contar con la autorización de sus padres o de sus representantes legales”*, siendo que el nuevo Código establece en el último párrafo del art. 26 que: *“A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*. Un principio de solución lo trae el art. 963, que fija el orden de prelación normativa: *“Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”*. Ahora bien: en primer lugar, no puede obviarse que mientras el diferendo apuntado se debate en las arenas de la extrapatrimonialidad propia de los derechos personalísimos, esta previsión se encuentra inserta en el Capítulo 1, Título II, del Código Unificado; o sea: allí donde se legilan las disposiciones generales de los contratos. En segundo lugar, la respuesta parecería estar en el inc. a) del art. 963; vale decir: prevalecen las normas indisponibles de la Ley de Sangre y del Código; sin embargo, advertimos: i) la concurrencia es excluyente: o se aplica la una o se aplica el otro; ii) el hecho de citar primero a la ley especial y luego al código, ¿habilita a resolver en el entendimiento de que aquélla desplaza a éste? Si es así, en este caso, se descarta el principio general del derecho que privilegia

⁶ Aún acordando plenamente con el reconocimiento en la existencia del paciente como sujeto de derecho y validando las estrategias de empoderamiento de los colectivos sociales que reclaman por sus derechos, no nos cansaremos de decir que no es racional legislar por patología: en primer lugar, porque deberíamos pensar en millones de ellas; en segundo lugar, porque nos resulta dudosamente posible admitir que se forjen derechos a partir de enfermedades particulares. Dictar una ley para cada dolencia nos resulta irracional desde la política jurídica y, en algún sentido, sospechoso desde lo ideológico: todas las personas tienen derecho a que se les atienda la salud y no necesitan acreditar enfermedades para eso, so pena de “distinguir” entre ellas.

⁷ El autor agradece esta aguda observación a la Dra. Yolanda Hartmann, Jefa del Servicio de Hemoterapia del Hospital Provincial de Rosario, en ocasión de la “Jornada Debate Preguntas y Respuestas para los Profesionales ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil”, organizadas por el Instituto de Derecho de la Salud y Bioética del Colegio de Abogados de Rosario y desarrolladas el día 30 de julio de 2015 en el Auditorio de la Bolsa de Comercio de Rosario.

a la ley posterior por sobre la anterior y abraza al que privilegia a la ley especial por sobre la general; no obstante, cuadra preguntarse si la enumeración del inciso a) se ha propuesto desplazar a las “normas indisponibles” del Código.

20. No parece razonable que sean las leyes especiales que se dictaron las que permitan concluir sin más la necesidad de voltear la elaboración de Dalmacio Vélez Sarsfield. Más todavía, dichas mandas se sancionaron con arreglo al Código entonces vigente y con el afán de introducir determinaciones a las previsiones generales de éste.

En esa línea de pensamiento, no puede ser la reivindicación de derechos el argumento para reformar el Código Civil, cuando ha sido bajo el imperio del mismo (aunque reformado) que se logró reconocer prerrogativas a favor de colectivos recientemente aparecidos y/o devolverlas a otros tantos históricamente postergados.

Por otro lado, desde el punto de vista lógico, constituye un típico caso de falacia *secundum quid* afirmar que: dado que se necesitan ajustes parciales, se requiere un Código nuevo. Tal conclusión no se sigue de las premisas.

No nos cabe duda: la obra de Vélez, con arreglos, todavía conserva la potencia para realizar sus fines, con independencia de la fecha en que se redactó originalmente. Decimos esto para invalidar el justificativo que se esgrime con apoyo en el año de su sanción. Si tal posición se aceptase, debería reemplazarse totalmente la Constitución Nacional, que se dictó en 1853; mas no, han sido sucesivas enmiendas las que le permiten pervivir.

Con este panorama, nos animamos a calificar a la obra velezana como un paradigma no agotado todavía.

IV LA EXTEMPORANEIDAD DE LA UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL ANTE EL PLANTEO NEOCONSTITUCIONAL

21. Las relaciones entre economía y política jurídica se divisan palmariamente en los orígenes del Derecho Comercial⁸, rama iusprivatista inventada por la burguesía naciente, necesitada de una ley especial y un juzgador con competencia exclusiva que le garantizase el normal funcionamiento de los despliegues de un modelo económico específico.

En esa inteligencia, para no andar con dinero encima y exponerse al pillaje, inventaron la letra de cambio. De la misma manera, para comprender más acabadamente los justificativos

⁸ Sobre el particular, puede verse: Rehme, 1941. Además, para este acápite nos valemos en gran parte de ideas ya vertidas en nuestro: *Pregno* (en prensa).

de un instituto como la bancarrota, es necesario reparar en que dedicar la vida a una empresa suponía afectar la fortuna personal a los negocios y convenía minimizar los riesgos que pudiesen afectar el patrimonio familiar.

22. Proyectando estas ideas a un horizonte más radical, diríamos que la configuración misma del mosaico de estados-naciones –tributario de la modernidad– fue funcional al capitalismo, desde que se erigió en el dispositivo de seguridad que la economía naciente necesitaba, pues: es sabido que el capital, sin seguridad, no marcha.

Ergo, si el diagnóstico no es errado, tal vez podamos explicar por qué el Estado ha quedado descartado del elenco protagónico globalizado, jugando papeles más bien marginales. Un cambio de orden estructural como el que importa la idea de gobernanza⁹, probablemente se explique en la estrategia organizacional que debe ensayar el capitalismo post-financiero.

23. Es probable que estemos ahora ante la formación de otra entelequia, pero esta vez supraestatal y con pretensiones de armonizaciones universalizadoras; basta con reparar en los organismos internacionales no estadales que en la actualidad existen y que, a veces, tienen mayor fuerza que algunos varios países.

Así, la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos o la Unión Europea, parecen marcar el rumbo en materia de derechos humanos.

Luego, no puede soslayarse la estelaridad creciente de otros entes, tal vez más influyentes, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio o el Instituto Internacional por la Unificación del Derecho Privado, cuyas pautas, si bien se las enmarca como de *derecho débil*, puede que tengan más fuerza que las elaboradas por los parlamentos de algunos estados. Por ejemplo: el contrato de franquicia sigue las reglas de ese *derecho débil* delineado por UNIDROIT; caso contrario, es –al menos– sospechoso.

Se trata de una intentona homogeneizadora de las normas ante la atomización de la regulación en los distintos países, equiparable a la compilación de todo “el Derecho” en un solo Código al estilo justiniano. La completitud de aquel Derecho Romano codificado se fue desagregando en distintas latitudes (si bien conservando las ideas liminares), siendo quizá la primera gran estandarización normativa.

24. Así las cosas, hay que sincerar que las propuestas de unificación civil y comercial celebraron este año en nuestro país sus 89 años.

⁹ Sobre el particular, por ejemplo, puede verse: Cerrillo I Martínez, 2005.

Efectivamente, se trata de planteos que irrumpieron entre nosotros apenas concluido el primer cuarto del s. XX.

Así, huelga el reconocimiento al anteproyecto elaborado por Juan Antonio Bibiloni en 1926.

Diez años después, harían lo propio Lafaille, Martínez Paz, Repetto, Rivarola y Tobal. El Congreso jamás trató el proyecto.

En 1954 tomaría la posta Jorge Joaquín Llambías, mas su proyecto quedaría trunco con la revolución libertadora y silenciado durante casi un quinquenio.

No será sino con la recuperación definitiva de la democrática la que retomará la idea en seis oportunidades: a) el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, cuyo derrotero comenzó en 1986 y se convirtió en la Ley n.º 24.032, íntegramente vetada por el presidente Menem, mediante el Decreto n.º 2719/91 (hasta donde sabemos, se trata del único antecedente del mundo donde se manda redactar un código que luego se veta); b) el Proyecto de Unificación de 1992, que obtuvo media sanción al año siguiente, aunque el trámite parlamentario quedó trunco; c) casi en paralelo, por encargo del mismo Poder Ejecutivo que un año antes había vetado una iniciativa parecida, la Comisión Honoraria creada por Decreto n.º 468/92 preparó el Proyecto de Reformas al Código Civil; d) nuevamente, el mismo presidente –por cuarta vez durante sus dos mandatos–, creó en 1995 una comisión que redactó el denominado Proyecto de Código Civil de 1998; e) luego, la Resolución n.º 1710/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación creó una nueva comisión para que se elabore “*un proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y de Comercio*”; y, f) finalmente, la actual gestión de gobierno, convocó por segunda vez a una comisión de juristas –designada por el Decreto n.º 191/2011– para que trabaje en un nuevo Código Civil y Comercial para la República Argentina. El texto fue aprobado por la ya reiteradamente aquí mencionada Ley 26.994.

25. En la postrera cogitabunda, llamamos la atención sobre un dato que conviene no desatender: *mientras se unifica la ley aplicable se dispersa la jurisdicción.*

Nótese que la “naturaleza” de la actividad mercantil trasuntó en la constitución de tribunales mercantes diferenciados y, hasta nuestros días, permanecen separados de los civiles.

Pero hay más: aún entre los juzgados civiles subsiste la partición entre los que atienden las cuestiones extrapatrimoniales de los que se dedican a las patrimoniales.

Como si fuera poco, entre estos últimos, es posible desagregar en algunas jurisdicciones estrados tribunalicios que se ocupan exclusivamente de los daños encuadrados en la órbita extracontractual, como lo dispone la organización del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe.

Y si de especializaciones se trata, no puede obviarse la reciente creación de los tribunales (ya no arbitrales, sino jurisdiccionales) en materia de consumo ni los reiterados intentos por generar fueros exclusivos para la materia ambiental o, incluso, para el pujante Derecho de la Salud.

26. A nuestro entender, este movimiento centrípeto de la legislación puede reputarse extemporáneo si se considera que el *neoconstitucionalismo*¹⁰ ocupa el cénit de la teoría jurídica actual.

La constitucionalización pantónoma promovida, con fuerte apoyatura en el razonamiento por principios, explica la fuerza centrífuga seguida por la jurisdicción, en la medida que auspicia una jerarquización superlativa del rol de los jueces enderezada a la aplicación directa de los derechos fundamentales.

Luego, puede leerse entrelíneas la especial significación adquirida por los procesos de selección de los jueces; cuando no, vaticinarse una encendida reaparición de postulados “*exégeticos*”.

REFERENCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. El proyecto de Código Civil para la República Argentina (1868). En: ALBERDI, Juan Bautista. **Obras completas**. Tomo VII. Buenos Aires: La Tribuna Nacional, 1887.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos**. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

¹⁰ Sobre el particular, puede verse: Alexy, 1997; Alexy, 2002; Bernal Pulido, 2006; Carbonell, 2007; Carbonell, 2005; Carbonell; García Jaramillo, 2010; Comanducci, 2002; Gil Domínguez, 2005; Gil Domínguez, 2009; Häberle, 2007; Guastini, 2001; Gurutz, 2002; Peces-Barba Martínez, 1987; Pérez Luño, 1995; Pérez Luño, 1998; Santiago, 2010; Zagrebelsky, 1995, entre otros.

ALTERINI, Atilio A. **Contratos**: civiles, comerciales y de consumo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

ARISTOTELES. **Obras**. Traducción de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1964.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2. edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BANDILEONE, Francesco (Dott.). **Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del regno di Sicilia**. Turín: Bocca, 1884.

BARCIA LOPEZ, Arturo. Concepto y valor de la causa en el derecho legislativo y jurisprudencial de la Argentina. En: **Jurisprudencia Argentina**, II-33, 1951.

BARCIA LOPEZ, Arturo. La causa ilícita en el derecho de las obligaciones según el pensamiento de Vélez Sársfield, los textos del código la jurisprudencia argentina. En: **Estudios de Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield**. Córdoba, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1950.

BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Traducción de A. Martín Pérez. 2. edición. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

BENTHAM, Jeremy. **Nomografía o el arte de redactar leyes**. Traducción de Cristina Pabón. Madrid: Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. En: **Temas de Derecho Público**, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, n. 76, p. 29 y ss., 2006.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Filosofía del derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1969.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de derecho constitucional**. v. 1. Buenos Aires: Ediar, 1996.

BONFANTE, Pietro. **Historia del derecho romano**. Traducción de José Santa Cruz Tejerio. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944.

- BOQUERA OLIVER, José María. **Estudios sobre el acto administrativo**. 4. edición. Madrid: Civitas, 1986.
- BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil argentino**: obligaciones. Tomo II. Buenos Aires: Perrot, 1966.
- BUCKLAND, William; MCNAIR, Arnold. **Derecho romano y ‘common law’**: una comparación en esbozo. Traducción de Ignacio Cremades Ugarte. Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”, 1994.
- BULYGIN, Eugenio. Teoría y práctica de legislación. En: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BUSSO, Eduardo B. **Código civil anotado**. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949.
- CABRERA, Carlos. **Causalidad y normatividad**. Sevilla: MAD, 2001.
- CAPITANT, Henri. De la causa de las obligaciones. Traducción de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, 1922.
- CARAMES FERRO, José M. **Instituciones de derecho privado romano**. 3 edición. Buenos Aires: Perrot, 1975.
- CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.
- CARBONELL, Miguel (Rec.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.
- CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2010.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Causa, motivo y fin del acto administrativo. En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 58, p. 127-148, 1969.
- CASTIGLIONE, Julio César. **Las lecciones del derecho romano o el nacimiento del derecho**. Santiago del Estero: Ed. Universidad Católica de Santiago del Estero, 1996.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. **La gobernanza hoy: 10 textos de referencia**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones. En: **Dos estudios tridimensionalistas**. Rosario: [S. n.] 1967.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Aportes para la comprensión jusfilosófica del código civil de Vélez Sársfield (Bases para su “análisis cultural”). En: **Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield: bicentenario de su nacimiento (1800-2000)**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000b. p. 327 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Bases culturales del derecho argentino. En: **Investigación y Docencia, Investigación y Docencia**, Rosário, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n.º 27, p. 113-126, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Bases jusfilosóficas del derecho de la cultura**. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Concepto del derecho internacional privado. En: **Investigación y Docencia**, Rosário, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n.º 41, p. 9-29, 2008b.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Derecho y política**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El bicentenario del código civil francés (Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina). En: Suplemento de **Jurisprudencia Argentina del 18/2/2004**. Buenos Aires, 2004.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Despliegues tácticos de teoría general del derecho de la constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los códigos civiles de 1869 y 2014. En: **Investigación y Docencia**, Rosário, Ed. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, n.º 49, p. 107-139, 2005b.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El capítulo “derecho” en el código civil y comercial. En: **Investigación y Docencia**, Rosário, Ed. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, n.º 49, p. 63-94, 2005a.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El código civil argentino y las fuentes del derecho (acerca de los artículos 16 y 17 del Código Civil). En: **Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, n.º 15, p. 37-39, 1992.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Estudios de filosofía jurídica y filosofía política**. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Estudios de historia del derecho**. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000a.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Estudios jusfilosóficos**. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas. En: **Investigación y Docencia**, Rosário, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n.º 18, p. 23 y ss., 1991.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. La escisión de la conciencia jurídica y política argentina. En: **Revista de la Universidad de Buenos Aires**. v. VI, p. 21 y ss. (En homenaje al profesor Rafael Bielsa). [S. d.].

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. La teoría y la práctica de la elaboración de las normas jurídicas en la Universidad (Homenaje a François Géný en el 110º aniversario de "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo"). En: **Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Rosário, n. 31, p. 9-17, 2008a.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Metodología dialéctica**. Rosario: Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina. En: **Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Rosário, Ed. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, n. 12, p. 29 y ss., 1990.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Reflexiones sobre la ley y la costumbre. En: **Jurisprudencia Argentina**. Tomo IV, 1979, p. 788 y ss.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, México (D.F.), Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 16, p. 90-112, abril de 2002.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Hacia una caracterización del acto abstracto. En: **El Derecho**, Buenos Aires, Ed. Universidad Católica Argentina, volume 76, p. 853, 1978.

CORTABARRÍA, Jorge Juan. La polémica entre Vélez y Alberdi a propósito del código civil argentino. Disponible en (el sitio web del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes): <<http://www.camercedes.org.ar/Noticias/Noticia/199/Se-realizo-el-Painel-sobre-Temas-de-Derecho-Civil-y-Homenaje-al-Dr.-Roberto-Lasala>>. Acceso en: 24-6-2015.

COSSIO, Carlos. **La “causa” y la comprensión en el derecho**. 4. edición. Buenos Aires: Juárez, 1969.

DE GORTARI, Eli. Causalidad y determinismo. En: **Diánoia: Anuario de Filosofía**, México (DC), Ed. Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Autónoma de México, n. 6, p. 22-43, 1960.

DIEZ, Manuel María. **El acto administrativo**. Buenos Aires: TEA, 1961.

DI PIETRO, Alfredo. **Derecho privado romano**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

DI PIETRO, Alfredo; LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique. **Manual de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1982.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DRAPKIN, Abraham. **Relación de causalidad y delito**. Santiago de Chile: Cruz del Sur, 1943.

GORDILLO, Agustín. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

HALPERIN, Nicolás. **Enriquecimiento sin causa: el principio en el derecho romano**. Buenos Aires: Ed. Universidd de Buenos Aires, 1929.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif**. Paris: Recueil Sirey, 1927.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Las causas del derecho: estudio desde una consideración realista. En: **Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica**, Bogotá, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, n. 2, p. 20-45, 1988.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Neoconstitucionalismo y derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Escritos sobre neoconstitucionalismo**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

GNECCO, Emilio P. La legislación civil. Disponible en (el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires): <<http://www.academiadederecho.org.ar/pdfs/60.pdf>>. Acceso en: 24-6-2015.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GOLDSCHMIDT, Werner. La constitución cultural, componente básico de un estado. En: **Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Rosário, n. 15, p. 51-53, 1992.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México (D.F.): IJ-UNAM, 2001.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

IGLESIAS-REDONDO, Juan. **La técnica de los juristas romanos**. Madrid: Ed. Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 1987.

IACCARINO, Carlo Maria. **Studi sulla motivazione**: con speciale riguardo agli atti amministrativi. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1933.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. 2. edición. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **El criminalista**, Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 1942.

KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

KELSEN, Hans. **Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica**. Buenos Aires: Depalma, 1945.

LAJE, Eduardo Jorge. **La noción de causa en el derecho civil**. Buenos Aires: Arayu, 1954.

LASSALLE, Fernando. **¿Qué es una constitución?** Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora. **Curso de historia e instituciones del derecho romano**. Buenos Aires: Ed. Universidad de Belgrano, 1983.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. Traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7. edición. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MOMMSEN, Theodor. **Compendio del derecho público romano**. Traducción de Pedro Dorado Montero. Pamplona: Analecta, 1999.

MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso; HABA MULLER, Enrique Pedro. **Elementos de técnica legislativa**. San José: Asamblea Legislativa - Centro para la Democracia, 1996.

NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NINO, Carlos S. **Introducción a la filosofía de la acción humana**. Buenos Aires: Eudeba, 1987.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. La causa del acto administrativo. En: **Estudios en Homenaje de Jordana de Pozas**. v. III. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Derecho positivo de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1987.

PÉREZ BOURBON, Héctor. **Manual de técnica legislativa**. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

PÉREZ JARA, Javier. Determinismo y causalidad: sobre la inexistencia del libre arbitrio. En: **Thémata: Revista de Filosofía**, Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, n. 38, p. 267-284, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1998.

PETIT, Eugène. **Tratado elemental de derecho romano**. Traducción de José Fernández González. Buenos Aires: Albatros, 1954.

PREGNO, Elian. Ideas generales para la construcción de una respuesta jurídica compleja, autónoma y transversal a los procesos salud-enfermedad-atención. En: **Revista En Letra**, Año I, número extraordinario sobre Derecho de la Salud, diciembre de 2014.

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

PREGNO, Elian. Proliferación de normas en derecho de la salud: entre fenómenos inflacionarios y promesas fraudulentas. En: **Investigación y Docencia**, Rosário, Ed. Fundacion para las Investigaciones Juridicas, n.º 42, p. 111-122, 2009.

PREGNO, Elian. **Teoría general del derecho de la salud** (en prensa).

REHME, Paul. Historia universal del derecho mercantil. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.

REHME, Paul. Historia universal del derecho mercantil. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.

PREGNO, Elian. **Teoría general del derecho de la salud** (en prensa).

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil**. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, 1964.

RIVALTA, María. **La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse**. Milano: Dott. A. Giuffré, 1960.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SALERNO, Marcelo Uubano. La causa final: balance de una polémica inconclusa. En: **El Derecho**, Buenos Aires, Ed. Universidad Católica Argentina, volume 120, p. 956, [S. d.].

SANCINETTI, Marcelo. ¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal? En: GARCÍA VALDÉS, Carlos y otros (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. v. 2. Madrid: Edisofer, 2008. p. 1579-1608.

SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Disponible en: <http://ancmvp.org.ar/user/files/02n_eoconstitucionalismo.pdf>. Acceso en: 10-1-2010.

SAVIGNY, Federico Carlos de. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires, Atalaya, 1946.

SAYAGÜES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. 1. Montevideo: Bianchi Altuna, 1963.

SAYAGÜES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. 2. Montevideo: Bianchi Altuna, 1974.

SCHELER, Max. **El puesto del hombre en el cosmos**. Buenos Aires: Losada, 1938.

SPOLANSKY, Norberto. Acción y causalidad. En: BOFFI BOGGERO, Luis María y otros. **Ilicitud e indemnización**. Buenos Aires: J. Alvarez, 1969.

SOLA, Juan Vicente. Alberdi: la constitución como programa de gobierno: la polémica con Vélez Sársfield. Disponible en: <<http://www.ancmvp.org.ar/user/files/18%20Sola.pdf>>. Acceso en: 24-6-2015a.

SOLA, Juan Vicente. La constitución como programa de gobierno. Disponible en: <<http://www.bn.gov.ar/abanico/B13-03/pdf/Juan%20Vicente%20Sola%20-%20La%20Constitucion%20como....pdf>>. Acceso en: 24-6-2015b.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: El Ateneo, 1940.

THIBAUT, Anton; SAVIGNY, Friedrich Karl. **La codificación civil en Alemania: opiniones de Thibaut y Savigny, en la reforma del código civil argentino**. Buenos Aires: Sec. Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1940.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma teológica**. Traducción de Francisco Barbado Viejo e introducción de Santiago Ramírez Santiago. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1959.

TORREZ VASQUEZ, Anibal. **Acto jurídico**. Lima: San Marcos, 1998.

VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio. El folleto del Dr. Alberdi. Disponible en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-folleto-del-dr.-alberdi>>. Acceso en: 24-6-2015.

VIDELA ESACALADA, Federico. **La causa final en el derecho civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

VIGO, Rodolfo L. **Las causas del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

Von IHERING, Rudolf. **El espíritu del derecho romano**. Madrid: Bailly-Bailliere, 1891.

WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal: estudios para el sistema de derecho penal: causalidad y acción: derecho penal y filosofía**. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea. Buenos Aires–Montevideo: BdeF, 2002. (Colección Maestros del Derecho Penal, 6).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995.

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

Apología del Genocidio

GONZALO RODRIGO PAZ MAHECHA *

Resumen: Partiendo de un breve pero denso ejercicio de derecho comparado entre la normatividad española y la colombiana, este artículo analiza y pone en evidencia que los tipos penales vinculados a la apología del genocidio no se encuentran definidos de manera clara y expresa, y por lo tanto, no satisfacen el principio de estricta legalidad, impidiendo así la certeza sobre lo que se prohíbe: situación que puede ser atribuida a falencias en la técnica legislativa y a una deficiente redacción. La incorrecta tipificación de la apología del genocidio, del crimen de persecución y otros tipos destinados a prevenir o punir conductas cuyo sustrato consiste en el odio o la discriminación racial, torna inaplicables estas normas e impide la prevención del genocidio al entorpecer la función de prevención general.

Palabras clave: Apología del genocidio, principio de legalidad, prevención general

Abstract: Starting with a brief but dense exercise of comparative law between the Spanish and Colombian regulations, this article analyzes and demonstrates that the crimes linked to the advocacy of genocide are not defined clearly and explicitly, and therefore, they do not satisfy the principle of strict legality, thus preventing the certainty about what is prohibited: a situation that can be attributed to shortcomings in the legislative technique and poor writing. The incorrect characterization from advocating genocide, crime of persecution and other forms intended to prevent or punish conduct which substrate is based on hatred or racial discrimination, becomes these rules unapplied and impede genocide prevention by hindering the function of general prevention .

Keywords: Advocating genocide, principle of legality, general prevention.

Résumé: Sur la base d'une analyse de droit comparé bref mais très approfondi entre la loi colombienne et l'espagnole, ce texte étudie et expose que les qualifications pénales d'incitation au génocide ne sont pas liées directement. Comme conséquence, on conclut qu'ils ne remplissent pas le principe de légalité et par conséquent il n'y a pas de certitude sur ce qui est interdit. Situation attribuable aux défaillances inhérentes à la procédure législative et leurs problèmes d'écriture. La qualification de l'apologie du génocide, du crime de persécution et d'autres types destinés à punir les conduites qui incitent à la discrimination raciale est incorrecte . Cette situation ne fait guère justice à la lutte contre le génocide et la fonction de prévention générale.

Mots-clés: Incitation au génocide, principe de légalité, prévention générale.

* Doctor e Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá. Especialista en Derecho Penal de la misma universidad. Se desempeñó como Director de la Especialización y la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali. Abogado egresado de la Universidad Santiago de Cali.

1 INTRODUCCIÓN

En los trabajos preparatorios de la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* siempre estuvo presente la discusión sobre el papel que jugó la propaganda en la Alemania nazi. En la Sexta Comisión Legal de la ONU, por ejemplo, la delegación de la Unión Soviética insistió en que “cualquier propaganda a favor de la superioridad racial debía prohibirse” (Sesión 64). El delegado yugoslavo puntualizó que “la primera fase de esos crímenes había sido la preparación y la movilización de las masas, mediante teorías difundidas a través de propaganda, por parte de círculos que habían financiado esa propaganda” (Sesión 84). La delegación de Irán mostró preocupación porque “podría suceder que la lucha política entre partidos se interpretara como propaganda de ese tipo” (Sesión 87). Y, en igual sentido, el delegado uruguayo sostuvo que “el mismo concepto de propaganda era tan impreciso que recientemente se había solicitado prohibir la exhibición de una película, basada en una famosa novela de Dickens, porque era supuestamente antisemítica” (Sesión 87). El delegado venezolano expresó que “el caso de la propaganda escrita y hablada estaba, de esa manera, incluida en la definición de instigación. De hecho, sería difícil imaginar una propaganda que propiciara el genocidio y que no constituyera, al mismo tiempo, instigación a ese crimen” (Sesión 87). El delegado polaco fue más explícito y apuntó que “el problema era simple. El crimen más horrendo jamás conocido por el mundo se había producido predicando el odio a ciertos grupos humanos. No era necesario instigar directamente a futuros perpetradores a cometer actos de genocidio. Era suficiente jugar con la psicología de masas levantando sospechas sobre ciertos grupos, al insinuar que ellos eran responsables de dificultades económicas o de otro tipo, con el fin de crear una atmósfera favorable a la perpetración del crimen. Se necesitaba, entonces, prohibir esa forma de propaganda peligrosa, si no más que la instigación directa a la comisión del genocidio (Sesión 87).

Finalmente, no se aprobó tipificar la propaganda porque se consideró que el asunto podía enfrentarse con el castigo por la “instigación al genocidio”.

La apología del genocidio no figura entre las conductas punibles de la Convención de 1948 ni en los Estatutos de la CPI¹. El legislador colombiano, fiel a su proverbial práctica de copiar normas extranjeras, copió, a medias, del Código penal español esta conducta, con el agravante de ubicarla en el capítulo de los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal, lo que no corresponde a una verdadera sistemática, pues habría quedado mejor ubicada en el capítulo de los delitos que atentan contra el discutible bien jurídico de la seguridad pública. Pero además, el legislador se abstuvo de copiar, no se sabe por qué, la palabra “**nieguen**”.

El Código penal español, art. 607, número 2 establece:

La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

El Código penal colombiano prescribe:

Artículo 102. Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Un autor español defiende la existencia de esta norma al subrayar que:

Y además, recoge la apología del genocidio, en el apartado 2 del art. 607, lo que va más allá de la mera opinión, pues consiste en defender doctrinas justificadoras del genocidio, que lesionan derechos morales de los colectivos afectados, al tiempo que propician un clima ambiental o caldo de cultivo de acciones violentas subsiguientes.

¹ Nota do Organizador da Revista: CPI, referido no texto, é abreviatura da Corte Internacional Penal. O “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” foi aprovado em assembleia da Organização das Nações Unidas, em Roma, em 17 de julho de 1998.

La inexistencia de derechos absolutos –no lo son, desde luego, las libertades recogidas en el art. 30 CE, que la propia Carta Magna limita en el apartado 4 del artículo citado– así como el hecho de que existen bienes jurídicos dignos de protección que no tienen carácter material o físico (el honor, la dignidad, el derecho al respeto), avalan la recepción de esta modalidad delictiva que, sin ser genocidio, representa una intolerable justificación o defensa de actitudes concretas anti grupos, ideas, religiones o colectivos sociales o nacionales determinados (DE URBANO CASTRILLO, 2007, p. 3.818).

Según Cabanellas (2008) apología significa “Discurso oral o escrito en alabanza de alguien o de algo” y apología del delito “Elogio, solidaridad pública o glorificación de un hecho delictivo, o de su autor a causa de.”.

2 LA NEGACIÓN DEL EXTERMINIO JUDÍO

Aunque esta conducta no aparece tipificada en la legislación colombiana haremos una breve referencia a ella, dado que otras legislaciones sí la consagran. Dice Alicia Gil que las conductas previstas en el artículo 607.2 del Código penal español tienen su origen en un delito conocido como la *Auschwitzlüge* o mentira de Auschwitz, creado por el legislador austríaco que prohibió, en 1945, el partido nacional socialista austríaco, delito que fue incorporado al Código penal alemán en 1994, como respuesta a las acciones violentas y propagandísticas de la extrema derecha en los años ochenta.

La *Auschwitzlüge* o mentira de Auschwitz, conocida como revisionismo o negacionismo, es la negación del exterminio judío. Alicia Gil cita dos ejemplos que llevan a conocer contra qué quiere luchar el precepto y a comprender la reacción social y política de la criminalización de las conductas. El primero es una publicación que apareció en noviembre de 1987 en un periódico austríaco de ideología nazi, donde se afirmaba que un documento de la policía militar de los aliados sostenía que no se habían producido muertes por gasificación en los campos de concentración. El documento resultó ser falso. El segundo ejemplo consiste en una presunta investigación realizada por el ingeniero norteamericano Fred A. Leuchter, en 1989, y según la cual, el Ciclón B fue utilizado en Auschwitz con fines de desinfección, nunca para matar personas. Parece ser que el revisionismo o negacionismo es la respuesta de los partidos de derecha radical a la tesis de los Aliados sobre la culpa colectiva de todos los alemanes (GIL, 2016, p. 335-336).

La proliferación de episodios de violencia racista y antisemita en Europa condujo a que el legislador español tipificara la apología de genocidio (Ley Orgánica 4/1995, artículo 137 bis), la cual se ligaba a la incitación directa a cometer genocidio, norma que produjo controversia por la confrontación entre el derecho fundamental a la libre expresión y la

ilegitimidad de expresiones racistas y xenófobas. Posteriormente, se modificó hasta adquirir la redacción que actualmente posee.

La negación del genocidio y, en particular, del exterminio judío, no es delito en Colombia, debido a que el legislador no copió la expresión “nieguen” que contiene el artículo 607.2 del Código penal español. En realidad no se ve cómo la negación del genocidio pueda, al menos en Colombia, poner en riesgo la existencia de grupos humanos, aunque en determinadas circunstancias podría poner en riesgo la seguridad pública, tal como sucede en la legislación alemana que castiga esta conducta hasta con 5 años de pena privativa de la libertad a quien, públicamente o en una reunión, apruebe, niegue o banalice alguna de las acciones del tipo de las descritas en el & 220.a cometidas bajo el dominio del Nacionalsocialismo, de manera apropiada para perturbar la paz pública. Desde luego que la barbarie de los nazis y el resurgimiento de movimientos de ultraderecha explican que aquel país adoptara todas las medidas para evitar que se repita el horror. En opinión que compartimos íntegramente, Alicia Gil sostiene:

[...] hay que entender que el legislador alemán no lo considera una conducta directamente relacionada con el genocidio, sino con la “incitación del pueblo”, y tal concepción es totalmente correcta si se tiene en cuenta que la finalidad del precepto no es anticipar la protección otorgada a la existencia de los grupos humanos protegidos en el delito de genocidio, sino, según la doctrina mayoritaria, la protección de la paz pública, que se concreta, en la evitación del envenenamiento del ambiente político (*Vergiftung des politischen Klimas*), y que responde, clara y exclusivamente, a una lucha en el plano legal contra el avance de movimientos neonazis y de extrema derecha (GIL, 2016, p. 338).

¿Constituye delito la negación de hechos históricos como el genocidio? En Colombia esta conducta es atípica y se encuentra amparada por el derecho –no absoluto– a la libre expresión; pero de llegar a legislarse sobre la materia se deberá asumir que la simple negación de hechos históricos no puede constituir delito mientras la conducta no esté ligada a un discurso racista o xenófobo o constituya incitación pública y directa a la comisión del crimen, en cuyo caso, el discurso revisionista o negacionista sería un indicio de la intención del sujeto activo, bien para atentar contra la seguridad pública o bien como medio para instigar a la comisión del crimen. Al respecto Alicia Gil sostiene:

[...] el negar los crímenes del delincuente no puede nunca identificarse con una defensa o justificación de los mismos. El intentar lavar la imagen de una persona negando su condición de delincuente no puede interpretarse como una apología, incitación o justificación de los delitos cuya comisión se está negando [...] (GIL, 2016, p. 332).

Muñoz Conde, por su parte, subraya que

Ciertamente, negar hechos históricos irrefutables claramente constitutivos de genocidio (por ej. los campos de concentración en la Alemania nazi), puede suponer indirectamente que se pretenda la rehabilitación del régimen que los cometió, pero difícilmente constituir la incitación “directa” al delito que requiere el concepto de apología que se da en el art. 18.1 (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 657).

El Código penal español consagra la apología como una forma de provocación.

El artículo 102 del Código penal colombiano, rotulado como apología del genocidio, tipifica dos conductas. La primera admite dos modalidades:

- a) difundir ideas o doctrinas que **propicien, promuevan**, el genocidio o el antisemitismo; y
- b) difundir ideas o doctrinas que **justifiquen** el genocidio o el antisemitismo.

La segunda consiste en difundir ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas.

Conductas que pasamos a revisar de manera detallada a renglón seguido.

3 DIFUNDIR IDEAS O DOCTRINAS QUE PROPICIEN, PROMUEVAN, EL GENOCIDIO O EL ANTISEMITISMO

Propiciar significa favorecer, respaldar o apoyar, mientras que *promover* es sinónimo de originar, suscitar, causar, sembrar, iniciar, comenzar; por lo que los dos verbos rectores equivalen a instigar, lo que denota que la acción genocida no ha ocurrido, pero el autor se vale de ideas o doctrinas para inducir o instigar a otro u otros para que la realicen. En nuestra opinión esta conducta se aproxima más a la instigación al genocidio. Si un profesor difunde las ideas o doctrinas nazis contenidas en *Mi Lucha*, como aquella de la superioridad racial, no con fines académicos o de discusión histórica sino con el propósito de propiciar que se lleven a cabo las conductas que materializarían el genocidio, como por ejemplo, el impedir nacimientos dentro de un grupo humano determinado, se estaría frente a la instigación. El lindero entre esta conducta y la instigación es muy sutil, y lo mismo sucede si se la valora como actos de preparación. En otras palabras, la difusión de las ideas o doctrinas debe ir más allá, de tal forma que dolosamente propicien, inciten o induzcan al genocidio para ser valoradas bajo la figura de la instigación al genocidio (art. 348 del Código penal) o como determinación (art. 30 del Código penal) en caso de materializarse la conducta.

El artículo 18 del Código penal español considera que la apología sólo será delictiva como forma de provocación si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito, lo que resulta más coherente en cuanto la acción debe estar orientada no solo a exaltar o enaltecer un delito o sus responsables, sino a provocar que tales actos se repitan.

Por eso se ha sostenido que el instigador se limita a provocar en el autor la resolución delictiva determinada sin tener el dominio del hecho, lo que lo distingue del coautor, pero puede suceder que el instigador lo haga de una forma directa y pública, capaz de crear en el autor la decisión de ejecutar la conducta, lo cual puede hacerse por múltiples medios (instigación). Quizás el ejemplo clásico fue la utilización de la propaganda por el régimen alemán nazi que incitaba a la destrucción de grupos humanos. La deficiente redacción de este tipo penal produce dificultades en su interpretación y aplicación, pues dadas las circunstancias puede ubicarse como parte de los actos de preparación, como determinación en caso de materializarse el crimen o como instigación a cometer el crimen, en cuyo caso, no es necesario que este se realice.

La expresión *difundir* es sinónima de propagar, divulgar, publicar, enseñar, circular, correr, transmitir y puede hacerse por cualquier medio oral, como por ejemplo, discursos, intervenciones en público o privado, en emisoras radiales, en televisión, conferencias, intervenciones en actos o manifestaciones públicas, actos académicos, etc.; por escrito a través de periódicos, comunicados, panfletos, revistas, afiches, pancartas, volantes, comunicados y pasquines, entre otros; también por medios electrónicos como internet y redes sociales.

Volvamos a la casuística con un ejemplo que resulta paradigmático: ¿Incorre en apología del genocidio quien edita y vende *Mi Lucha*? No cabe la menor duda de que esta sería una forma clásica de difundir las ideas y doctrinas del sumo pontífice del genocidio; pero ¿esta conducta lesiona o pone en riesgo el derecho a la vida o el derecho a la existencia de grupos humanos? Creemos que no, porque resultaría afectada la libertad de expresión y de pensamiento, porque la intención del editor puede estar orientada a que los hechos no se repitan, conducta que estaría exenta de dolo; pero más allá habría que preguntarse si ¿se justifica la intervención del Derecho penal? ¿Responde, una norma como esta al principio de intervención mínima y de *última ratio*? Si la decisión del legislador o la voluntad política del Estado es que las ideas y doctrinas de Hitler no se conozcan o no se difundan sería mejor prohibir la difusión o publicación de dicho texto, imponer multas o sanciones administrativas. En otras palabras, si lo que se quiere es que estas ideas y doctrinas –que no serían las únicas que habría que prohibir– no se difundan, existen otros mecanismos, distintos al Derecho penal, para prohibir su difusión. Y serían muchísimos

los libros que tendrían que prohibirse. Bajo esta óptica resultaría admisible prohibir la publicación del *Antiguo Testamento* por contener terribles pasajes que pueden resultar punibles bajo la figura de la apología del genocidio.

Si tras la difusión o la publicación de un libro como *Mi Lucha* se logra probar que la intención del editor es incitar de manera pública y directa a cometer genocidio, tal conducta resultaría punible como instigación al genocidio, aun cuando no se materialice la conducta, según el art. 348 del Código penal.

La sola difusión –entiéndase propagar, divulgar, publicar, enseñar, circular, transmitir, etc.– de ideas o doctrinas no compromete, y menos dolosamente, a quien sólo se limita a difundir sin el propósito o la intención de atentar contra la existencia de grupos humanos determinados. No sobra advertir que en esta primera modalidad, y a pesar de que el tipo penal aparece rotulado como **apología del genocidio**, no se exige que la difusión de las ideas o doctrinas corresponda al **discurso** que se realiza en **defensa o alabanza de algo o alguien, lo cual constituye una** falta de claridad en la descripción de la conducta que compromete la exigencia de estricta tipicidad.

Según la revista *Semana* (Edición N.º 1757–1758, 10 al 17 de enero de 2016, p. 70), el Instituto de Historia Contemporánea de Múnich acaba de publicar una versión comentada de *Mi Lucha*, lo cual ha producido malestar en la comunidad judía. Sin embargo, para el director del instituto, Andreas Wirsching, el texto ofrecerá 3.500 comentarios científicos que lo convierten en un texto inútil para fines propagandísticos de grupos de extrema derecha o neonazis, e incluso insoportable para ellos. Esta es una buena muestra de un caso en el que difundir, publicar, propagar o transmitir ciertas ideas está exenta de dolo y, por el contrario, podría contribuir a que los hechos no se repitan.

En realidad no se sabe cómo esta conducta puede atentar o poner en riesgo la vida y menos la existencia de grupos humanos. Este es un tipo penal con una redacción deficiente y de dudosa estirpe constitucional en cuanto podría poner en riesgo derechos como la libertad de opinión o la libertad de cátedra, etc. En nuestra opinión, si lo que se quiere es que no se difundan ciertas ideas o doctrinas capaces de **propiciar** conductas constitutivas de genocidio, el asunto podría regularse mediante normas no penales.

Desde luego que, si la difusión de estas ideas o doctrinas se hace directa y públicamente con el propósito de instigar al genocidio y este se llegare a cometer, los implicados responderán como determinadores del crimen y la pena será la misma que la de los autores, aunque desde nuestra legislación y dado que la instigación pública y directa a cometer genocidio es un delito autónomo, es posible que se presente el concurso de

delitos sí quienes instigaron participan de la comisión del crimen. Si el genocidio no se produjere, el responsable de la incitación pública y directa responderá como instigador conforme al art. 348 del Código penal.

4 DIFUNDIR IDEAS O DOCTRINAS QUE PROPICIEN, PROMUEVAN EL ANTISEMITISMO

Según la *Enciclopedia del Holocausto*:

La palabra *antisemitismo* quiere decir prejuicio u odio a los judíos. El Holocausto, la persecución y el asesinato auspiciado por el Estado de judíos por parte del régimen nazi y sus colaboradores entre 1933 y 1945, es el ejemplo de antisemitismo más extremo de la historia. En 1879, el periodista alemán Wilhelm Marr originó el término antisemitismo, denotando el odio a los judíos, y a varias tendencias políticas liberales, cosmopolitas e internacionales corrientes en los siglos XVIII y XIX y frecuentemente asociadas con los judíos. Estas tendencias incluían la igualdad de derechos civiles, la democracia constitucional, libre cambio, socialismo, capitalismo financiero y pacifismo (LA ENCICLOPEDIA, 2015).

El antisemitismo no fue un invento de Hitler ni de los alemanes. En principio era un asunto religioso: los cristianos no aceptaban que los judíos negaran que Jesús era el “hijo de Dios”, el Mesías, y cuando el cristianismo se convirtió en la religión dominante de Europa, los judíos fueron perseguidos como ocurrió en la Edad Media durante las Cruzadas. A los judíos se les acusaba de todo, y hasta se les llegó a señalar de ser los causantes de la peste negra. Ejemplos hay muchísimos, entre ellos la expulsión de los judíos de Francia, que estuvo a cargo del rey Felipe el Hermoso en julio de 1336, o el célebre caso francés del capitán Dreyfus (1895), acusado de espionaje, y quien por ser judío, fue declarado culpable. Pero fue Hitler quien impulsado por su odio hacia los judíos retomó el antiguo antisemitismo y le agregó las falsas teorías “científicas” que demostraban la superioridad de la “raza aria”. Así lo reconoce la *Enciclopedia del Holocausto*:

[...] El odio a los judíos, sin embargo, precedió a la época moderna y la acuñación del término *antisemitismo*. Entre las más comunes manifestaciones de antisemitismo a través las épocas estuvieron los pogroms (ataques contra judíos por las poblaciones locales, frecuentemente animados por las autoridades). Pogroms eran a menudo incitados por rumores que los judíos usaban la sangre de los niños cristianos para propósitos rituales. En la época moderna, el antisemitismo desarrolló una dimensión política. En el último tercio del siglo XIX, partidos políticos antisemitas se formaron en Alemania, Francia y Austria. Publicaciones como *Los Protocolos de los Sabios de Sión* generaron o ayudaron teorías fraudulentas de una conspiración internacional judía. Un componente importante del

antisemitismo político era el nacionalismo, cuyos adheridos a menudo denunciaban falsamente a judíos como ciudadanos desleales.

El “movimiento voelkisch” xenófobo del siglo XIX —compuesto de filósofos, eruditos y artistas alemanes que veían el espíritu judío como ajeno a la cultura alemana— formó la noción del judío como “no alemán”. Teóricos de antropología racial daban apoyo científico falso. El partido nazi, fundado en 1919 y guiado por Adolf Hitler, dio una expresión política a las teorías del racismo. En parte, el partido nazi ganó popularidad con la diseminación de propaganda anti-judía. Millones compraron el libro de Hitler, *Mein Kampf* (Mi lucha), que pidió la eliminación de los judíos de Alemania.

Con la subida al poder de los nazis en 1933, el partido ordenó boicots anti-judíos, organizó quemas de libros y promulgó legislación anti-judía. En 1935, las Leyes de Nuremberg definieron los judíos por sangre y ordenaron la separación total de los “arios” y “no arios”, así legalizando una jerarquía racista. El 9 de noviembre de 1938, los nazis destrozaron sinagogas y las vidrieras de negocios de judíos por toda Alemania y Austria (un evento hoy conocido como el pogrom de Kristallnacht o Noche de Vidrios Rotos). Este evento marcó una transición a la época de destrucción, en la cual, dentro de la estructura de la Segunda Guerra Mundial, el genocidio sería el único foco del antisemitismo nazi (LA ENCICLOPEDIA, 2015).

Está bien que se tipifique y castigue la difusión de doctrinas o ideas antisemitas, aunque el antisemitismo no es la única expresión de odio racial o discriminación contra un grupo humano. Son muchos los grupos humanos sobre los cuales se predica el odio, el racismo, la discriminación, etc. En nuestra opinión, esta conducta se adecúa más al tipo penal de discriminación u hostigamiento racial que a la apología del genocidio, porque un individuo puede difundir este tipo de ideas o doctrinas que promueven el odio contra los judíos sin la intención de negar el derecho a su existencia como grupo humano o sin realizar la defensa o alabanza del genocidio o los genocidas.

La tragedia de la Segunda Guerra Mundial no puso fin al antisemitismo y han sido muchos los movimientos de ultraderecha que han blandido estas ideas o doctrinas, ocasionando incluso, que en Europa, se legislara sobre este aspecto. Un buen ejemplo de ello es el delito conocido como la mentira de Auschwitz al cual nos referimos en párrafos anteriores. Los acontecimientos de los últimos meses en Europa muestran cómo han crecido las agresiones de grupos de ultraderecha contra los judíos, las cuales incluyen profanación de tumbas y la destrucción de símbolos del judaísmo.

La Ley 1482 de 2011, además de modificar el tipo penal de la apología del genocidio, agregó dos tipos penales autónomos que, aunque insuficientes para enfrentar esta problemática, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671 de 2014:

Artículo 134 A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Es urgente que el legislador colombiano tipifique los crímenes de lesa humanidad de competencia de la Corte Penal Internacional y que se incluyan en el Código penal las conductas xenófobas, racistas o que promuevan el odio racial, religioso, político o social, de tal manera que resulten protegidos no sólo los judíos sino todos los grupos humanos que puedan resultar afectados por estos hechos.

Tipos penales claros y que respondan a la exigencia de estricta legalidad contribuirían a prevenir el crimen de genocidio, cumpliendo con su función de prevención general. Ejemplo de ello sería una correcta tipificación de la apología del genocidio, del crimen de persecución y otras conductas cuyo sustrato consista en el odio o la discriminación racial. Recuérdese cómo la propuesta legislativa de Lemkin, presentada en la V Conferencia para la Unificación del Derecho Internacional (1933) para castigar los delitos de barbarie y vandalismo partía de la siguiente premisa: “Cualquiera que, por **odio** contra una colectividad racial, religiosa o social [...]” (LEMKIN, 1933, citado en PAZ MAHECHA, 2006).

5 DIFUNDIR IDEAS O DOCTRINAS QUE JUSTIFIQUEN EL GENOCIDIO O EL ANTISEMITISMO

Para el Derecho penal la expresión *justificar* sería sinónimo de defender, exculpar, disculpar o estar conforme a Derecho y, por tanto, aceptado socialmente. En este caso, la acción genocida ya ha tenido ocurrencia, o si llegare a ocurrir, estaría exculpada, justificada, permitida o aceptada por el Derecho.

Tenemos entonces que la apología del genocidio puede identificarse como la apología del delito, es decir, el elogio público de una acción que ha sido declarada como criminal. Ejemplo: si frente al reciente ataque contra la revista francesa *Charlie Hebdo* un periodista expresa en un programa de radio o televisión que “*eso es lo que habría que hacer con*

todos los periodistas que cometen blasfemia”, este hombre de prensa podrá ser acusado de apología del delito, en caso de estar tipificado dicho tipo penal, que no lo está en la legislación colombiana. En esta segunda modalidad podría estar incurso quien utilice la doctrina y las ideas nazis para justificar la destrucción de grupos humanos que considera racialmente inferiores. La conducta puede estar orientada a justificar el genocidio del pasado o a pretender afirmar que si aquellas conductas se ejecutaran estarían justificadas, por ejemplo, por la teoría de la selección natural en su versión nazi

No obstante que la voluntad del legislador resulta loable en cuanto se trata de prevenir ciertos comportamientos que pueden desembocar en actos preparatorios o en instigación al genocidio, etc., la disposición enfrenta dificultades en su interpretación y aplicación. Recordemos los argumentos justificativos que ofrece Dionisio Byler para explicar la violencia que aparece documentada en la Biblia. Frente a la pregunta ¿Cómo se entienden los genocidios de la Biblia? este autor responde:

El genocidio contra la etnia de Amalec nace de un mandamiento de Dios. Es, sí, una venganza sobre Amalec por haber luchado contra los hebreos dos siglos antes. Pero no son los hebreos los que desean vengarse [...] Pero ahora, de repente y sin explicaciones, Dios manda que se ejecute esta venganza sobre los descendientes desprevenidos, de quienes dos siglos antes ya habían sido derrotados [...] (BYLER, 1997, p. 21).

La posibilidad de un cambio divino de Dios entre Testamento y Testamento la explica así:

Suponiendo que Dios de verdad haya cambiado hasta tal punto que aunque antes ordenaba genocidios vengativos ya es incapaz de ello, la verdad es que el cambio le ha sentado bien. Me congratulo, con toda la humanidad, de que Dios haya cambiado en dirección al perdón y la tolerancia y no al revés, hacia la inspiración de genocidios y atrocidades peores y más crueles que las anteriores (BYLER, 1997, p. 26.).

El mismo Byler agrega:

Norman Gottwald, que ha dedicado las últimas décadas a estudiar la historia de Israel desde una perspectiva sociológica, ha escrito que en la historia normal de la humanidad, la que sucede de verdad entre pueblos, tribus y naciones –que no en las leyendas y los mitos– sólo había una manera posible para que Israel existiese y nos dejara la documentación histórica que conforma el Antiguo Testamento. Era necesario recurrir a la guerra y a ciertos episodios de genocidio selectivo. Está muy bien eso de confiar ciegamente en la salvación de Dios. Pero la fe en Dios, si no se hubiese visto acompañada de las acciones bélicas exigidas por las circunstancias, sólo hubiera conducido a la desaparición de la etnia hebrea, y por tanto también de su religión (BYLER, 1997, p. 27).

Finalmente, a la pregunta ¿Cómo se entienden los genocidios en la Biblia? Byler responde: “Se entienden como una adaptación especial e irreplicable a las circunstancias históricas en que nace Israel.” (BYLER, 1997, p. 28.).

No cabe la menor duda de que la postura de estos dos autores constituye la justificación de lo que ellos mismos denominan genocidios en el *Antiguo Testamento*, y este sí es un discurso apologético que alaba y ensalza a los autores y al determinador. ¿Podría sostenerse que la conducta de estos dos autores tipifica la conducta que examinamos? ¿Si un sacerdote o predicador acoge este discurso y lo difunde en el púlpito está incurso en este delito? ¿Qué tal que estos argumentos justificativos del genocidio sean asumidos por grupos radicales para exterminar a sus vecinos palestinos!

La intención de tipificar esta conducta es plausible: la libertad de expresión no puede amparar la lesión de bienes jurídicos superiores. Cuando la libertad de expresión se convierte en un instrumento al servicio de los que atentan contra la vida, la libertad y el derecho a la existencia de grupos humanos, debe actuar el Derecho Penal. También es clara la necesidad de proteger la libertad de opinión y la libertad de prensa, pero estos derechos no son absolutos y en manera alguna podría abrigar el derecho a justificar el genocidio, porque el genocidio es injustificable.

Ahora bien, ¿quién califica determinados hechos históricos como genocidio? Muñoz Conde sostiene, con sobrada razón, que:

Por otra parte, no siempre todos los hechos históricos que algunos califican de genocidio son considerados también como tales por otros” y se pregunta: ¿Son genocidios los bombardeos con *napalm* de los pueblos vietnamitas llevados a cabo por la aviación norteamericana en la Guerra de Vietnam?, ¿lo son los bombardeos sistemáticos de los campamentos de refugiados palestinos por la aviación israelí? ¿Supone ser comunista o defender una teoría comunista de la Sociedad o del Estado, justificar los asesinatos, los “gulash” y la política exterminadora de algunos grupos étnicos, llevada a cabo por Stalin en Rusia a mediados del siglo XX? ¿Hasta qué época histórica alcanza considerar como apología de difusión de ideas de regímenes políticos que hace años cometieron hechos que pueden hoy calificarse de genocidios [...]? (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 657).

El tratamiento de estas dos modalidades exige demasiado cuidado al momento de valorarlas, porque se trata de conductas no definidas de manera clara y expresa, y por lo tanto, no satisfacen la estricta legalidad que le permite al ciudadano estar seguro de lo que se prohíbe: a esto se agrega la dudosa lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, amén de enfrentar problemas con el derecho a la libre expresión y a difundir el pensamiento

y opiniones e incluso a profesar libremente la religión o culto. Desde luego que hoy existe la preocupación por el resurgimiento de este tipo de ideas y doctrinas, especialmente en Europa, pero la pregunta es si el Derecho penal, como *ultima ratio*, está legitimado para hacer frente a estos comportamientos o si habría otros mecanismos distintos para enfrentar el fenómeno.

6 DIFUNDIR IDEAS O DOCTRINAS QUE JUSTIFIQUEN EL ANTISEMITISMO

Al igual que la conducta anterior, se trata de fomentar o promover el odio contra los judíos, y por ello estimamos que se adecúa más a los tipos penales 134 A y 134 B del Código penal que a la apología del genocidio, porque el antisemitismo *per se* no significa que quien lo profese niegue el derecho a la existencia de los judíos, promueva el genocidio o alabe o enaltezca al genocidio como tal y a quienes lo ejecutaron en contra de los judíos. Las dos conductas anteriores, atendidas las circunstancias, bien pueden ser evaluadas como indicios de la intención de destruir al grupo humano de los judíos. Ninguna idea o doctrina puede justificar el antisemitismo, que es una especie de discriminación racial en los términos del artículo 1.1 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1965).

7 DIFUNDIR IDEAS O DOCTRINAS QUE PRETENDAN LA REHABILITACIÓN DE RÉGIMENES O INSTITUCIONES QUE AMPAREN PRÁCTICAS GENERADORAS DE LAS MISMAS

Rehabilitar es sinónimo de restituir, reponer, restablecer, recuperar, redimir, restaurar, recobrar, salvar, lo que significa que la conducta debe estar orientada a “rehabilitar” regímenes o instituciones que amparen o generen prácticas genocidas. La figura remite al pasado que se quiere restaurar y por ello se utiliza el prefijo *pre*, lo que significa que habría que probar la preexistencia de aquellas instituciones o regímenes que se quieren rehabilitar.

En esta modalidad de conducta el sujeto activo pretende, intenta, trata o aspira rehabilitar o restaurar regímenes o instituciones que amparan prácticas genocidas o antisemitas. Cuando la norma habla de regímenes o instituciones ¿se refiere sólo al régimen nazi? ¿De qué medios se vale el sujeto activo para pretender la restauración de instituciones o regímenes que amparen prácticas genocidas? Hitler no ha sido el único genocida, ha habido muchísimos. En consecuencia, ¿cabe bajo esta figura la aspiración de un individuo, partido o movimiento político que quiera rehabilitar un régimen como el de Efraín Ríos Mont o Pinochet? ¿Estarán incursos en este delito los seguidores de Ríos Mont y de

Pinochet que pretenden restaurar su régimen por la vía del sufragio? ¿Es el Derecho penal, con sus características de intervención mínima y *última ratio*, la herramienta correcta para enfrentar este fenómeno? Creemos que no es el único medio y sería mejor adoptar medidas de todo orden, incluyendo una ley estatutaria como aquella “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, etc.,” que se encargue de prohibir, sancionar, multar, etc., a aquellos partidos políticos o movimientos que pretendan restaurar este tipo de regímenes o instituciones delimitando de manera muy clara a qué regímenes o instituciones se refiere.

Tampoco en esta modalidad se advierte que el tipo penal exija la exaltación, defensa o alabanza de un régimen, institución o persona que haya amparado o realizado prácticas genocidas o antisemitas, porque recuérdese que el tipo penal utiliza el término “rehabilitar”, como una expresa referencia al pasado.

En nuestra opinión, la apología del genocidio requiere de una mejor tipificación y ubicación sistemática dentro del Código penal, en razón a que por lo ya expuesto, resulta inaplicable. ¿Será apología de genocidio el que en un escenario académico, por ejemplo, se realicen discusiones sobre *Mi Lucha* o se discuta acerca de la interpretación nazi del darwinismo o se expongan las tesis que Joseph-Arthur de Gobineau planteó en el *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*? Creemos que no, por ausencia de dolo y, en consecuencia, la conducta resulta atípica.

Colombia, en cumplimiento de las obligaciones asumidas, como Estado parte, en la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)*, está obligado a tomar medidas penales y no penales para eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad que promueva la discriminación racial e inciten a ella, y prohibir la participación en tales organizaciones o en tales actividades y tipificarlas como delito. Vale la pena resaltar que en esta Convención (Artículo 1.1) se acordó que “la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, u origen nacional o étnico”. Estas medidas se podrían incluir en el Código penal y en la ley que se ocupa de definir las reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, pero con una adecuada técnica legislativa.

El artículo 4 de la citada Convención prescribe:

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de

un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) no permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Por otra parte, es posible y urgente legislar sobre la libertad religiosa, de tal manera que se penalice y se adopten medidas de todo orden que protejan este derecho fundamental y, en especial, que prohíban la difusión de discursos y doctrinas que promuevan la discriminación religiosa. Para ello, Colombia cuenta con instrumentos internacionales en lo que al desarrollo de la libertad religiosa y su contenido se refiere, como por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Declaración de 1981) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), entre otros.

Finalmente, debe recordarse que todas estas formas de odio y discriminación política, étnica, racial, religiosa, cultural, etc. son la antesala del genocidio, por lo que deben adoptarse medidas de todo orden que conduzcan a la prevención y castigo de este crimen.

8 CONCLUSIONES

El legislador colombiano, propenso a los trasplantes jurídicos, copió el artículo 607.2 del Código penal español omitiendo la expresión “nieguen”, y como consecuencia, la negación del genocidio a exterminio judío no quedó consignada en nuestro Código penal.

Se podría, en principio, conceder cierto grado de razón al legislador si se considera que muy difícilmente la negación del genocidio puede poner en riesgo la existencia de algún

grupo humano en Colombia; aun cuando no se puede desconocer que podrían presentarse casos en los cuales dicha conducta podría poner en riesgo la “seguridad pública”, tal como lo tiene contemplado la legislación alemana, en la cual, tal como lo señala la doctrina, la idea es evitar el “envenenamiento del ambiente político”, pues no se debe olvidar que todas estas formas de odio y discriminación política, étnica, racial, religiosa, cultural, etc. son la antesala del genocidio, por lo que deben adoptarse medidas de todo orden que conduzcan a la prevención y castigo de este crimen.

El artículo 102 del Código penal colombiano, rotulado como apología del genocidio, tipifica dos conductas. La primera admite dos modalidades:

- a) difundir ideas o doctrinas que **propicien, promuevan**, el genocidio o el antisemitismo; y
- b) difundir ideas o doctrinas que **justifiquen** el genocidio o el antisemitismo.

La segunda consiste en difundir ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas

REERENCIAS

BYLER, Dionisio. **Los genocidios en la biblia**. Barcelona: CLIE, 1997.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo I. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. Comentarios al art. 607. En: **Comentarios al código penal**. Tomo 5. Barcelona: Bosch, 2007.

ESPAÑA. Congreso de los Diputados. **Código penal español**: ley orgánica 10/1995.

GIL, Alicia Gil. **Derecho penal internacional**. Madrid: Tecnos, 1999.

LA ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO (smd). Disponible en: <<http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10005755>>. Acceso el: 1.º mar. 2015.

LEMKIN, Raphael. Los actos que constituyen un peligro general (interestatal) considerados como delitos contra el derecho de gentes (1933). En: PAZ MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. **Genocidio: documentos históricos**. Cali: Ed. U.S.C., 2006, p. 77 y ss. Disponible en: <www.fundaciónraoullwallenberg.org>.

MI LUCHA: ¿prohibir o investigar la obra de Hitler? En: **Revista Semana**, Bogotá, n.º. 1757-1758, p. 70, 10 al 17 de enero de 2016 (smd). Disponible también en: <<http://www.semana.com/mundo/articulo/mi-lucha-historiadores-planean-publicar-una-edicion-critica/368696-3>>.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

El Concepto de Guerra como Principal Recurso Contra el Terrorismo*

The Concept of War Appeal as Home Against Terrorism

HENRY TORRES VÁSQUEZ**

Resumen: Este artículo expone que el terrorismo y su persecución han estado saturados de eufemismos, en ellos predomina el de “guerra contra el terrorismo” auspiciada por los Estados Unidos y sus aliados, esta denominación ha sido diligente y esmerada tanto en el plano del derecho penal interno, al igual que en el derecho penal internacional. En ese sentido, la instrumentalización del concepto de guerra aplicada al terrorismo, conlleva a un recrudecimiento de las acciones violentas cuando hay conflictos armados internos o internacionales, lo cual ha degenerado en algunos países en terrorismo de Estado. Además los Estados para castigar a los terroristas utilizan el derecho penal convencional o el penal internacional o bien recurren al Derecho Internacional Humanitario, lo cual conlleva consecuencias jurídico-penales no solamente muy importantes, sino diferentes.

Palabras clave: Guerra contra el terrorismo, conflictos armados, derecho penal internacional.

* Artículo que hace parte de la investigación en curso: El terrorismo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, Bogotá, D. C.

** Doctor en Sistema penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral: análisis del terrorismo de Estado, máxima calificación cum laude por unanimidad, 2008. Posdoctorado Universidad de Valencia España. Profesor de las maestrías en Derecho Penal de las universidades: Nacional de Colombia, Militar, Libre, Gran Colombia, Uptc y Santo Tomás. Par académico de Saces del Ministerio de Educación. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en Derecho en España. Par académico e investigador Asociado (1) de Colciencias. Docente investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, Bogotá, D. C. Director del grupo de investigación “Derecho Penal y Procesal Penal”, categoría C, de Colciencias.

1 EL CONTEXTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El concepto de guerra ha sido tradicionalmente objeto de ironías, de utilización por parte de las potencias, este vocablo adquiere más importancia cuando se trata de la utilización del concepto de guerra en medio de los conflictos armados y específicamente cuando se denomina como guerra a una lucha contra el terrorismo. En verdad, es incuestionable que en medio de los conflictos armados se ejecuten acciones de terrorismo en las cuales hay lugar a aplicar normas establecidas en el *derecho internacional humanitario* (DIH) y por supuesto también en el derecho internacional de los derechos humanos (DDHH); igualmente, cuando se habla en la agenda política internacional de terrorismo y de las acciones antiterroristas necesarias para erradicar esa forma de violencia, se da por sentado que existe una amenaza real que proviene de grupos terroristas, este aspecto no es siempre claro, así es que se utilizan, por ejemplo, supuestas amenazas a la seguridad colectiva mundial cuando en efecto no existen. Junto a esto también se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de los tipos penales de terrorismo en el que frecuentemente se utilizan términos vaporosos y ambiguos que permiten una interpretación laxa en contra del otro, lo que facilita su persecución y eliminación, incluso desbordando la legalidad, con el perjuicio de la legitimación de esas acciones por parte de la comunidad.

La principal muestra de lo dicho lo fue Irak y la invasión norteamericana de que fuera objeto todo con el fin de “destruir armas masivas y de eliminar el patrocinio al terrorismo internacional”. La guerra en Irak, e inclusive la invasión a Afganistán, tenían como fin establecer un dominio absoluto sobre esos países ricos en petróleo, pero bajo el sofisma de la guerra contra el terrorismo fueron objeto de coaliciones en las que participaron países que legitimaron los ataques y las invasiones.

En la persecución al terrorismo se han unido tres problemas el terrorismo, las drogas y la inmigración ilegal. Estas tres dificultades son disímiles, aun así los enfrentan con una sola clase de normas, las dirigidas contra el terrorismo internacional.

Aunque las guerras actuales son mucho más globales, lo cierto es que los conflictos armados no internacionales están presentes en varios continentes, y suelen llamarse nuevas guerras con ese término reconocen que son conflictos que trascienden más allá del Estado donde se producen, además de muchas otras características. En este sentido, la persecución al terrorismo va unida al concepto de guerra dada la facilidad de hacer uso del miedo a la guerra y se une a otro asunto de fácil manejo mediático como es el miedo al terror o más concretamente al terrorismo.

En esa dirección, las potencias, con el fin de lograr eficacia contra el terrorismo o el narcotráfico se han valido de instrumentos jurídicos que tipifican severas penas a estos delincuentes. Fundamentalmente en la aplicación de tratados de extradición¹ en los que los criminales narcotraficantes o terroristas o la simbiosis de estos, son conducidos hacia los EE.UU. para ser juzgados allí y de ser posible cumplir condena en ese país. En esa dirección, no importa, dejar impune el delito de terrorismo local, ya que castigan únicamente el delito de narcotráfico y sus conexos, pero no el terrorismo que no los afecte directamente.

Los EE.UU., para brindar los recursos necesarios para que muchos países pongan en marcha acciones en contra del terrorismo han creado una coalición mundial de Estados contra el Terrorismo, consideran las drogas como una fuente de la cual se pueden favorecer los terroristas y crean una base sólida de información e intercambio de la misma, con el fin de asegurar la prevención en contra del terrorismo político habitual. A pesar de las víctimas de los atentados terroristas ocurridos en el territorio de su país, en cualquier caso los EE.UU. han obtenido los frutos de su intervención terrorista; de esa manera han tenido un aumento en las utilidades económicas que provienen de las acciones que se encaminan a combatir el azote del terrorismo. Las ganancias se obtienen por todos lados; el terrorismo ha llegado a tal punto que hoy es un negocio tan rentable para el Estado que ha sido hasta privatizado² para que sea más rentable; además este país ha aumentado su poder de potencia mundial creando a su vez un aumento de países que son sus aliados.

En tercer lugar la inmigración, en torno a la cual dentro de la política criminal de países europeos o de los EE.UU. se incluye en la legislación antiterrorista, a los inmigrantes

¹ Sólo hay una opción extraditar o juzgar. En cuanto hace referencia a este tema: Gómez Benítez, 2000, p. 251.

² “Varias de las atribuciones consideradas hasta hace poco como privativas de la responsabilidad de los Estados han sido privatizadas (por ejemplo, en el terreno de la seguridad, las prisiones, a veces incluso las militares).” (SANE, 1999, p. 359 y 360).

legales o ilegales; estos son tratados con severas medidas que teóricamente tienden a proteger la seguridad, es decir el inmigrante pasa a ser objeto de medidas anti-inmigración y antiterroristas, las cuales como dice Torres son una inevitable diada ente estas legislaciones³.

De conformidad con lo expresado surge el siguiente interrogante: ¿Es legal utilizar el concepto de guerra como principal recurso contra el terrorismo en el derecho internacional?

2 METODOLOGÍA

Es una investigación sociojurídica, en la que se ha contado con el apoyo axial del derecho internacional y a través del método comparativo se explica el concepto de guerra como principal recurso contra el terrorismo.

Se consultó abundante material bibliográfico, y se utilizó el método analítico deductivo con el fin de lograr resultados a profundidad respecto al problema planteado.

3 INTRODUCCIÓN

La guerra es definida como irracional, para San Agustín “la guerra es efusión de sangre, ruina de edificios, robos, incendios, lamentos y aflicción”. Este significado unido al etéreo concepto de terrorismo, asiente en el eufemismo “guerra” y se le agrega contra el terrorismo, lo cual es una clara instrumentalización del concepto utilizado de terrorismo y de grupo terrorista, escenario que se da tanto en el plano del derecho penal interno como en el derecho penal internacional. Llegando al punto de que hoy se habla de guerras de carácter universal para la persecución a terroristas, hay quienes aluden a una Guerra Global Contra el Terrorismo (GGCT), lo cual plantea una “guerra” de proporciones colosales.

Este aspecto ha tenido repercusiones en el incremento de la violencia en los conflictos armados, debido a que se destinan importantes recursos humanos y materiales en la persecución al terrorismo provocado por alguna de las partes dentro de un conflicto armado, en el caso de los conflictos armado no internacionales, es decir aquellos que “tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre tales grupos”, en estos conflictos, contrario a lo que puede parecer, se encuentran masivas campañas de terror y amenazas, y muy a pesar de las incalculables pérdidas de todo tipo, lo cierto es

³ En extenso, véase: Torres Vásquez, 2008.

que la fuerza militar no ha podido erradicar el terrorismo. Si eso ocurre en los conflictos internos donde no se esperaría tanta crueldad, en los conflictos armados internacionales, en el que se enfrentan Estados, es decir “cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento, la supuesta guerra contra el terrorismo cualquiera de los dos casos señalados, las normas pertinentes del DIH pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas. En definitiva se puede argumentar válidamente que en conflictos armados la “guerra contra el terrorismo” no ha mostrado resultados meritorios; casos como los de Irak o Afganistán, o conflictos internos como el de Colombia, demuestran que esa denominada guerra, no acaba con el terrorismo. Ahora bien, existen conflictos armados internacionalizados, que son aquellos que afectan a terceros países ajenos al conflicto, si se da intervención de este tercero se produce la internacionalización. También se dice que esta internacionalización se da cuando Estados diferentes apoyan o patrocinan a una de las partes en un conflicto armado no internacional, en estos casos la “guerra” tampoco ha arrojado buenos resultados, un caso es el de Siria en el que se irradia un problema a varios otros países o bien intervienen otros en su conflicto lo que conlleva una clara discusión sobre el régimen jurídico aplicable, esto es, como conflicto armado interno o internacional.

Si bien conflicto armado y guerra no son sinónimos, el término conflicto armado es más extenso mientras que el de guerra se entiende por una mayor violencia y por la participación de varios Estados. La guerra o los conflictos armados como *modus vivendi* originan que los civiles sean los más afectados⁴.

En cualquiera de estos tres señalados casos de tipos de guerra se combinan conceptos de guerra propiamente dichos con concepto de persecución al terrorismo, para unir en uno solo dos aspectos totalmente diferentes guerra y terrorismo en “guerra contra el terrorismo”.

De acuerdo a lo dicho, los Estados para castigar terroristas se enfrentan a la utilización del derecho penal interno convencional o al derecho penal internacional o bien al Derecho Internacional Humanitario, lo cual conlleva consecuencias jurídico-penales diferentes.

⁴ “Los conflictos armados internos se caracterizan por que en su desarrollo los perdedores son todos los ciudadanos y dejan consecuencias nefastas y dañinas que duran muchos años en resolverse. A su lado se erige la guerra como *modus vivendi*, pero viven como lapas el tráfico y porte de armas, la producción y el tráfico de drogas, y otra suerte de delitos que permiten la eternización del conflicto. Por supuesto que las ideas o ideologías que justifican la razón de ser de la guerra y de la violencia que lleva explícita e implícita imperan de tal modo que siguen imperando las causas del conflicto.” (TORRES VÁSQUEZ, 2015, p. 113).

Si bien organizaciones terroristas como Al Qaeda o ISIS tienen la posibilidad de atentar contra cualquier país del mundo, esto no significa que se pueda hablar de enfrentarlos en una guerra. Como bien señala Sánchez “no siendo Al Qaeda un Estado, no podrían resultar de aplicación unos Convenios de Ginebra en los cuales, por definición, sólo los Estados pueden ser partes.” (SÁNCHEZ LEGIDO, 2006, p. 4).

Una guerra es entre Estados y estos grupos no lo son. Por lo tanto, no son parte en el conflicto, diferente es el caso de las guerrillas colombianas que si son parte en el conflicto armado no internacional que allí sucede. En este evento es todavía más discutible, poder diferenciar entre combatientes o no, entre partes o no dentro un conflicto armado. En todo caso, el asunto es que no es adecuado hablar de guerra contra el terrorismo. A las guerrillas y en general a los llamados movimientos de liberación nacional el derecho internacional humanitario les prohíbe ejercer tales actos y los constriñe a que deben ser respetuosos plenamente del DIH. Y los obliga por ser movimientos de liberación en el sentido del artículo 1, párrafo 4, y del artículo 96, párrafo 3, del Convenios de Ginebra de 1949, donde se tiene prohibido cometer actos terroristas, en el marco de las guerras de liberación nacional; esto significa que los actos de terrorismo cometidos en un conflicto no internacional pueden constituir infracciones graves tal y como se definen en los Convenios de Ginebra de 1949. En estos casos, son aplicables las mismas normas relativas a la jurisdicción de los Estados o de la Corte Penal Internacional (CPI).

Para comprender mejor esta situación el presente artículo se divide en una crítica al concepto de guerra contra el terrorismo, se alude a las normas antiterroristas y la consecuente violación a derechos humanos, se analiza como los Estados Unidos han patrocinado al terrorismo de Estado y se destaca como en esa persecución sin límites al terrorista se le considera “no persona”, llegando a unas conclusiones científicas.

4 EL EUFEMISMO “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO”

La ambigüedad en los términos utilizados respecto a todo lo que concierne al terrorismo parte desde el mismo concepto de terrorismo, señalamos que “la indefinición del terrorismo, conlleva una macro utilización de un término como es terrorismo, que se amolda a cualquier circunstancia de facto.” (TORRES VÁSQUEZ, 2010, p. 78). Esta realidad no es, desde luego, exclusiva del terrorismo concretamente cuando para combatir a los terroristas convencionales se usa la guerra. A pesar de aparentes buenos resultados como los señalados en Irak o Afganistán o más recientemente en Siria, la guerra ha demostrado no ser muy efectiva cuando se trata de combatir el terrorismo. Siendo mucho menos positiva cuando de combatir a quienes no son terroristas, considerándolos como criminales terroristas, tal como sucede cuando en un Estado se combate con acciones de terror o de terrorismo que se enmarcan dentro del terrorismo de Estado. Paradójicamente, el Estado

cuando comete acciones terroristas, es decir cuando hay terrorismo de Estado, ha mostrado un alto grado de efectividad, si se analiza desde el punto de vista del temor hacia el gobierno, y de la eliminación física y sin bemoles de los terroristas y especialmente cuando logra aumentar sus privilegios y anquilosamiento en el poder.

El asunto adquiere un grado de complejidad mayor cuando se trata de superar los graves y violentos antecedentes en materia de persecución al terrorismo basados en una supuesta “guerra” en la que se ha utilizado el terror y el terrorismo como parte de los instrumentos bélicos. En este sentido, hablar de guerra contra el terrorismo es *per se* hablar de violación a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

Respecto al narcotráfico, los Estados de corte neoliberal y con el apoyo norteamericano y en general de sus aliados ha intensificado las operaciones militares, esa prioridad se lo militar frente al combate a las causas del mismo. En esa dirección, el concepto de guerra contra el terrorismo se ha llegado a fusionar con el tráfico de estupefacientes, en la guerra contra el narcotráfico, también se ha hablado de guerra, que:

en los delitos relativos al tráfico de estupefacientes y en los de terrorismo. En estos delitos es fácil comprobar que bajo el argumento de que es precisa una fuerte intervención represiva acaban siendo despreciados los principios penales básicos (ultima ratio, carácter fragmentario, ofensivita, necesidad de la pena), y también categorías penales esenciales de la teoría del delito (diferencia entre autoría y complicidad, entre complicidad y conducta irrelevante, entre tentativa y consumación, imposibilidad de la tentativa en delitos de simple actividad) (QUINTERO OLIVARES, 2004, p. 86).

En este aspecto, la construcción del enemigo del Estado es efectuada siempre que exista la situación mencionada, de ahí que tenga validez lo sostenido por Aponte Cardona (2006, p. 202) respecto a que del ciudadano como ciudadano al ciudadano enemigo, es sólo un paso, una decisión de quien la puede tomar, el Estado.

Ahora bien, la guerra contra el terrorismo y la que se ha llevado a cabo contra las drogas es similar aunque, en ambos casos hay imprecisión en los términos. La ampliación del significado jurídico de ‘terrorismo’ señalamos que

va más allá de lo que realmente es la persecución a terroristas. Por supuesto que en estos eventos, en décadas muy recientes, el concepto ‘guerra’ ha sido utilizado con mayor asiduidad y permisividad, ya sea con antiterrorismo o con ‘guerra contra el terrorismo’. En los dos casos, el efecto multiplicador de adherencia a la legitimidad de sus fines y causas se amplía de manera permanente, gracias a los medios masivos de comunicación, con el fin de anular el terrorismo (TORRES VÁSQUEZ, 2013, p. 139).

Por su parte, Glover (2003, p. 165) estima que los EE.UU., “ha respaldado a muchas organizaciones supuestamente terroristas en el pasado” de esa forma se crean condiciones para dotar “a las fuerzas del orden de un mayor poder para entrometerse en las vidas de los ciudadanos sin una causa justa [...], la guerra contra el terrorismo parece atacar al mismo tipo de personas que la guerra contra las drogas: los desheredados.”.

De esta manera para el caso de América Latina, los EE.UU. han tenido una lucha contra las drogas, dirigida a exterminar a los capos del narcotráfico, y a sus imperios económicos. Luego su lucha ha sido mayoritariamente dirigida, al menos desde el discurso, contra el “narcoterrorismo”, “guerra que ha tenido y tiene fundamentalmente sustento y razón de naturaleza económica”⁵. En esa dirección ha emprendido auténticas operaciones de lucha contra el narcotráfico, que han ido, tanto dirigidas a otorgar apoyos y donaciones al Estado colombiano y otros Estados latinoamericanos, como no manifestarse respecto al terrorismo ejercido desde el Estado. Al efecto se han destacado en la utilización de la llamada “guerra de baja intensidad”⁶, con este método persigue no sólo que ante los ojos del mundo se vea, como si hasta ahora fuera poco, un triunfo militar, sino también el aniquilamiento de la fuerza política y moral de la insurgencia propia de algunos movimientos de izquierda. Lo que sorprende es que en la denominada guerra revolucionaria que tiene como justificación estar en contraposición al terrorismo de Estado, se fundamentan en conceptos y categorías de la guerra en las que se estima que al enemigo hay que vencerlo o aniquilarlo, por tanto la teoría revolucionaria, también posee ese instinto criminal que tienen los terroristas de Estado. Fusionado a esta apreciación se encuentra que los movimientos de liberación nacional efectúan acciones terroristas, entre muchas otras conductas criminales, lo que así permite acciones represivas estatales que llevan aparejada el término de guerra contra la subversión, el narcotráfico, el terrorismo, en ocasiones unidas por el gobierno que sirven de excusa y se legitiman al ser bien mediatizadas.

5 LOS ESTADOS UNIDOS Y EL PATROCINIO AL TERRORISMO DE ESTADO

La Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2001-3) “Reconoce que los conflictos armados, el terrorismo, el tráfico de armas y las operaciones encubiertas de terceras potencias, entre otras cosas, fomentan la demanda de mercenarios en el mercado mundial”,

⁵ Sin embargo, es una paradoja que este país efectúe esas campañas, cuando se estima que los “Estados Unidos respalda el narcotráfico en cualquier momento en que dicho tráfico financia los intereses estadounidenses”, hay que adicionar que esos intereses son cambiantes en Afganistán son unos en América Latina son otros, pero coinciden en que se trata de salvar sus propios intereses geo-estratégicos (COLLINS; GLOVER, 2003, p. 167).

⁶ Para Chomsky los conflictos de baja intensidad son una política oficial de EE.UU. que suponen otra definición de terrorismo, en ese sentido este país persigue a sus enemigos con la contrainsurgencia o más bien llamado ahora conflicto de baja intensidad (CHOMSKY, 2002, p. 36).

así que, reconoce que los Estados más poderosos industrializados, integrados normalmente en el llamado Grupo de los 8, (G-8) y utilizando mercenarios en su condición de “potencias” inculcan, violan, restringen derechos en otros países;⁷ creando las condiciones para que los conflictos armados internos se perpetúen. Es indiscutible, que dentro de este grupo se hallan los EE.UU. sus aliados. Estos países sin escrúpulos imponen medidas que incluyen violación de derechos humanos incluso apoyan el terrorismo o al menos que estos se lleven a cabo bajo su supervisión o aquiescencia⁸. Estados imperiales directamente o bajo su dirección extienden un voto de confianza a los Estados subyacentes violadores de derechos humanos, muchos de estos llevan a cabo una política de terrorismo de Estado, que seguramente y de forma fácil pasan a ser delitos de lesa humanidad, por ende se amoldan a las características ya nombradas aquí de terrorismo de Estado.

La intervención o patrocinio del terrorismo de Estado se plantea directamente o se disfraza con nombres como “ayuda militar”⁹, en un análisis que se debe resaltar, Chomsky afirmaba que los EE.UU. han fomentado el terrorismo de Estado en varios países “el historial incluye la incitación a cometer atrocidades. Una ilustración de ello es la del Estado que acaba de reemplazar a Turquía como el principal receptor de la ayuda militar estadounidense (Israel y Egipto están en una categoría separada) ahora que el terror turco respaldado por Clinton ha logrado sus objetivos al menos temporalmente. El nuevo campeón, Colombia, tiene el peor historial en derechos humanos del continente de los años noventa (CHOMSKY, 2001, p. 14). En varias décadas Colombia fue el principal receptor de ayuda militar y por ende tenía “luz verde” del Congreso norteamericano para efectuar acciones indistintas, incluidas las militares, en las que fueron frecuentes la vulneración de derechos que se acercaban al terrorismo de Estado. Hace pocos años Sadan Hussein como dictador y luego como el principal “alimentador del terrorismo” (según el gobierno norteamericano), el gobierno de Ronald Reagan, “le dio armas, dinero y tecnología” (FUENTES, 2007, p. 7), Irak era, en esos años un Estado en que se practicaba terrorismo de Estado, por tanto hay gobiernos o Estados patrocinadores del terrorismo.

⁷ “Estados Unidos, bajo la etiqueta ACRI – African Crisis Response Initiative (Iniciativa de reacción a las crisis africanas) –, entrena las unidades de varios países voluntarios [...] y tropas norteamericanas participaron en abril de 1999 en la campaña de ejercicios de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), [...] mercenariado de Estado.” (LEYMARIE, 1999, p. 255-256).

⁸ Chomsky (2003a, p. 30) afirma que el terrorismo de exportación de los EE.UU. y del Reino Unido, sólo durante el gobierno de Reagan, dejó un 1.5, millón de muertos en países vecinos a Sudáfrica, países que naturalmente fue apoyado por estos países.

⁹ Merece al menos una reflexión en los espacios académicos, esa descarada intervención militar en otros países, bajo la supuesta ayuda se deja entrever el fomento del terrorismo en otros Estados es la que nos plantea la “ayuda militar” de los EE.UU. mediante el Plan Colombia, y su componente de terrorismo de Estado, esas claras muestras de intervención militar es respaldada por el congreso de los EE.UU.

En 2016 los EE.UU. y una serie de países aliados apoyan la lucha de algunos movimientos de rebeldes en Siria, además apoya a los grupos separatistas kurdos, por su parte otra potencia mundial Rusia apoya al presidente Bashar Al Asad. En ambos casos la prensa mundial ha hablado de terrorismo, de los movimientos sirios un terrorismo hacia el Estado y del gobierno de Al Asad un terrorismo de Estado.

Por su parte Turquía ha patrocinado al movimiento “Ejército Libre Sirio” el cual tiene como objetivo atacar al Al Asad y los movimientos rebeldes kurdos. Este es pues, un complejo problema que tiene en parte como génesis la existencia del patrocinio al terrorismo por parte de algunos Estados.

6 ALGUNAS DE LAS ACTUALES GUERRAS CONTRA EL TERRORISMO

Las potencias se arrogan el derecho de iniciar guerras con el fin de controlar el mundo bajo el sofisma de la lucha contra el terrorismo; es decir, consideran que están en total capacidad de resolver conflictos, cuestión muy debatida al parecer por los resultados vistos en los últimos años. En lo que va de este siglo, conflictos como:

Los conflictos en los que el terrorismo es utilizado por grupos de terroristas o por grupos que lo utilizan como un medio para intimidar al Estado, y en los que el Estado opta por valerse del terrorismo estatal tienden a eternizarse, un buen modelo al respecto fue Colombia, o Siria país en el que recientemente advertía el primer ministro ruso Dmitri Medvédev, respecto a la “guerra” en ese país que existe “la posibilidad de una guerra permanente o incluso una guerra mundial si las potencias no eran capaces de negociar una salida negociada” (EL PAÍS, 2016). Y es obvia tal preocupación ya que la guerra contra Siria que empezó como una revuelta dentro de la primavera Árabe en marzo de 2011, enfrenta al gobierno, rebeldes, islamistas y potencias extranjeras. En esta guerra hay acciones terroristas de todos los actores, lo criticable es el terrorismo que proviene del Estado mismo. Aun así no es conveniente que las potencias actúen como si los terroristas estuvieran enfrentados a algunos Estados dentro de una guerra convencional. La reflexión sobre si el terrorismo efectuado por el régimen de Bachar el Asad no es menos execrable que el terrorismo perpetrado por ISIS o por el Frente al Nusra (la rama local de Al Qaeda en Siria).

En igual sentido, desde la aparición de las revueltas populares denominadas “primaveras árabes” el conflicto se agravó, como señala el periódico español “ABC” aquello que “comenzó como una revolución popular contra corruptas tiranías se ha convertido en una pesadilla de guerras civiles, yihadismo y más dictadura” (ABC, 2016), es un contrasentido pero la situación en Siria es de cada vez más terrorismo (al menos hasta febrero de

2016). Una de las razones es la situación geopolítica y social del país. Esta situación violenta que empieza en 2007 hace parte de los conflictos originados por el “el discurso provocador de Damasco hacia las grandes potencias occidentales y algunos países árabes ha llevado a Siria a un aislamiento diplomático internacional y a un acercamiento a los islamistas más radicales, en detrimento de sus proyectos de reforma económica” (LÓPEZ JACOISTE, 2015, p. 2). Y claro está las potencias no se iban a quedar sin el revulsivo necesario para sus guerras. Las potencias que inventan enemigos, en este caso tienen uno, que así se proclamó. Por esta razón los EE.UU. apoyan a ciertos sectores, mientras que Rusia a otros y China, ha actuado “defendiendo al régimen sirio en el marco del Consejo de Seguridad de la ONU.” (GHOTME, 2014, p. 51).

Por su parte la situación del conflicto armado en Darfur no es menos preocupante, data desde el 2003 momento en el que grupos rebeldes comenzaron a atacar blancos estatales, acusando al gobierno de oprimir a la población negra. En represalia, milicias pro gobierno, conocidas como *janjaweed*, toman las armas apoyados por el presidente Omar al Bashir lanzan ataques contra la población afro de Darfur. A las milicias *janjaweed* “se les acusa de ejecutar una campaña de limpieza étnica, buscando expulsar a la población negra de grandes extensiones de tierra en Darfur, donde el agua es el recurso más escaso.” (REVILLA MONTOYA, 2009, p. 248). En julio de 2008 Omar al Bashir, fue acusado por la Corte penal Internacional de cometer genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La Fiscal Fatou Bensouda de la CPI, ha señalado recientemente que por la falta de apoyo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en este momento se han suspendido las investigaciones contra Bashir.

Desde el 11-Septiembre Afganistán fue objeto de ataques por parte de los EE.UU y sus aliados, si bien esta situación recrudeció los atentados terroristas contra el invasor ejército aliado, la verdad es que

este Estado ha vivido los últimos 23 años una sucesión de guerras que han dejado como consecuencia dos millones de víctimas entre la población civil, que uno de cada cuatro afganos se encuentren en situación de exilio o desplazado y que se produzca una muerte por minas antipersonal cada 15 minutos. El país enfrenta la destrucción completa de su infraestructura, principalmente hospitales, escuelas, su sistema judicial así como sus expresiones culturales presentes y del pasado.

El movimiento de resistencia Hamás ha sido blanco de los ataques de Israel y su principal aliado los EE.UU. son numerosos los ataques que lanza Israel contra Palestina en la franja de Gaza. Estos bombardeos indiscriminados en los que mueren civiles, en una interpretación por fuera del ejército aliado, es terrorismo.

En consecuencia existe terrorismo de Estado en parte por la ayuda externa, de tal modo que un Estado con posición dominante, obliga a otro a ejecutar los actos terroristas en contra de los súbditos del Estado dominado, con claras muestras de imperialismo, como sucede en los EE.UU., fomenta este tipo de terrorismo en su política exterior. En ese sentido, su actividad se despliega a eliminar el libre desarrollo de los pueblos¹⁰ y fomenta en esos países medidas para combatir el terrorismo con terrorismo de Estado. Y, no sólo “colabora” con esta clase de terrorismo, sino que también brinda ayuda para efectuar terrorismo político. De todos modos, y en cualquier caso, hay que igualar en sus consecuencias el significado *terrorismo de Estado y contraterrorismo*. Así, Noam Chomsky (2003b, p. 60) sitúa a su país como el líder mundial del terrorismo de Estado y refuta la teoría preventiva: “si alguien comete un acto terrorista contra nosotros o nuestros aliados, esto es terrorismo. Pero si nosotros o nuestros aliados practicamos el terrorismo –y puede ser mucho peor– contra cualquier otro, esto no es terrorismo. Es contraterrorismo o guerra justa”, este tipo de acciones serán llamadas en su justa medida, pero esta depende de sí, el terrorismo lo ejecuta EE.UU. u otro país.

Por último, hay que estar de acuerdo con los gritos que desde todo el mundo se levantan contra los EE.UU. cuando se afirma que los EE.UU. es un gobierno terrorista que ha llevado a cabo o ha respaldado acciones en Colombia, Nicaragua, Panamá, Sudán y Turquía, Irak, Afganistán, Siria y un largo etcétera, los cuales “encajan en la definición oficial estadounidense de terrorismo, esto es, cuando los americanos aplican dicho término a sus enemigos” (CHOMSKY, 2002b, p. 3), además de lo dicho, cuando los EE.UU. ha catalogado a otro Estado como su enemigo, ese sofisma ha servido para enmascarar otros intereses; implícitamente hasta la justificación en el ámbito global del *Ius ad bellum* ha servido a esos oscuros intereses de los Estadounidenses, siempre bajo el artificio amigo-enemigo¹¹.

¹⁰ En ONU, 2001/3, se dijo: “Alarmada y preocupada por el peligro que las actividades de los mercenarios representan para la paz y la seguridad de los países en desarrollo, en particular de África y de los Estados pequeños”. “4. Insta a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y ejerzan el máximo de vigilancia contra la amenaza que entrañan las actividades de los mercenarios y a que, mediante las necesarias medidas legislativas, se aseguren que su territorio y otros territorios bajo su control, así como sus nacionales, no sean utilizados en el reclutamiento, la concentración, la financiación, el entrenamiento y el tránsito de mercenarios, para planificar actividades encaminadas a obstaculizar el derecho a la libre determinación o derrocar al gobierno de un Estado o desmembrar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial y la unidad política de Estados soberanos e independientes que actúan en cumplimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos”.

¹¹ “Esta ontologización de la relación amigo-enemigo sugiere, en efecto, que los intentos de juridificar a nivel global las relaciones entre los sujetos belicistas del derecho internacional están siempre al servicio del enmascaramiento universalista de los propios intereses particulares y sólo sirven a ese enmascaramiento. Ciertamente, no se puede obviar que los regímenes totalitarios del siglo XX, con la crueldad del asesinato de masas por razones políticas, desmintieron de un modo inaudito la presunción de inocencia del derecho internacional clásico.” (HABERMAS, 2006, p. 27).

7 EL CONFLICTO ENTRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO”

Una de las grandes conquistas de este siglo en materia de investigar juzgar y condenar grandes crímenes contra la humanidad, dejó por fuera el terrorismo, como señalamos,

mientras en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra prohíbe los castigos colectivos, el terrorismo, la esclavitud y los ataques contra instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. No obstante en el Estatuto de la Corte no aparece su competencia. Ni que decir de las limitaciones a la competencia de la Corte que contiene el artículo 8(2) (f) que limita la competencia de la Corte a las situaciones donde exista un conflicto armado interno “prolongado”. Cuando se habla de prolongado se está exigiendo un requisito que no se incluye en el Protocolo II (TORRES VÁSQUEZ, 2012, p. 280).

En algunos crímenes la legislación aplicable es igual en un atentado terrorista en medio de un conflicto armado o por fuera de él, sin embargo estamos hablando de terrorismo. En los conflictos armados es aplicable el DIH mientras que en situaciones de normalidad se aplica el derecho penal ya sea el nacional o el internacional. Lo que sí es cierto es que en ambos casos se utiliza una férrea defensa de los derechos humanos, dando lugar al ejercicio de los sistemas de protección nacional o internacional. También es cierto que es posible y de hecho ha ocurrido en conflictos armados internos como el colombiano, con un atentado terrorista se vulneren los tres instrumentos a la vez, *derecho internacional humanitario* (DIH), derecho internacional de los derechos humanos (DDHH) y derecho penal internacional.

A pesar de que Colombia ha suscrito los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Las obligaciones respecto a lo allí convenido no han sido atendidas. El problema se acrecienta, cuando se afirma que “El terrorismo es un fenómeno criminal (transnacional) generalmente no imputable a un Estado específico en virtud de las reglas sobre responsabilidad de los Estados” (RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, 2007, p. 231), nos encontramos ante la disyuntiva de determinar con alguna exactitud si la guerra contra el terrorismo es una guerra en verdad. Frente a esta tema Rodríguez-Villasante y Prieto cree que el derecho penal es ineficaz en una guerra, además que al no tratarse de una guerra en sentido técnico, (incluso, el gobierno de Colombia, negó durante varias décadas la existencia de un conflicto), “en consecuencia, los sospechosos de actos terroristas dejan de ser personas protegidas por el DIH y se convierten en ‘*combatientes enemigos ilegales*’, que pueden ser detenidos indefinidamente hasta el fin de la ‘*guerra contra el terrorismo.*” (RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, 2007, p. 231). Estas afirmaciones son muy similares a las establecidas en el discurso político de los EE.UU., de cualquier modo se trata en torno a

preservar una guerra contra un enemigo indefinido y sobre todo no se sabe cuándo se derrota al enemigo. En consecuencia, hablar de guerra contra el terrorismo y hablar de detenciones indefinidas, es un desafuero total, ya que por ningún lado se vislumbra en su más mínima aplicación el principio de legalidad.

Existe pues una gran mentira como es la guerra contra el terrorismo, esta situación trae consigo serias implicaciones en el DIH y en los Derechos Humanos.

Hasta ahora es evidente que para justificar otros fines se globaliza un aspecto que al parecer en otros siglos no existía, esto es una estrecha relación entre terrorismo y guerra. Si bien la guerra ha existido de vieja data, el terrorismo tal como hoy se conoce es de creación reciente. En ese sentido, principalmente, se hace uso de diversas teorías que al ser manipuladas, como hoy lo son, sirven para justificar la guerra¹². De tal manera que en la llamada “guerra contra el terrorismo”, se ha usado el vocablo guerra para representar que se pueden cometer actos atroces –de terrorismo más concretamente– contra otro país, o con la puesta en marcha de acciones de tipo terrorismo de Estado; ya sea en el primer caso en la estimación de que el país atacado es “nido de terroristas”, o en el segundo caso, para la eliminación de terroristas del orden interno.

Si se justificara el terrorismo habría que decir que estaría justificado cuando esos ataques se hiciesen contra objetivos militares única y exclusivamente, diametralmente opuesta esta apreciación a lo llevado a cabo por los terroristas de Al-Qaeda en los EE.UU., o en España. Ahora bien las respuestas de tipo militar contra objetivos civiles por parte de estos mismos países y de sus aliados amparados desde la ONU reflejan un amplio espectro de violencia inusitada e innecesaria y a todas luces atentatoria del derecho internacional especialmente del DIH y de los DDHH.

No es pues una guerra cuando, como en efecto ahora sucede, una de las partes es un grupo terrorista, aun cuando éste tenga todos los medios para llevar a cabo tantos actos violentos y/o terroristas, que puedan parecer, que se encuentra en una guerra. Pero, eso sólo será una apreciación para emprender una supuesta guerra, que tal denominación no merece y tampoco se puede aceptar.

No se puede hablar tan siquiera de guerra, cuando hay acciones violentas en el marco de pretendidas causas altruistas por parte de grupos de guerrillas. Ya que si estos cometen

¹² La teoría pacifista considera toda guerra, en cuanto acto de violencia ilícita, para los belicistas la guerra la consideran en cuanto acto de un poder soberano, lícita. La teoría de la guerra justa está entre las dos anteriores y reapareció en el derecho internacional después de la segunda guerra mundial (BOBBIO, 1992, p. 98).

actos de terrorismo, esas acciones por muchas bondades que tengan y por más que estos enarbolan las banderas de la lucha popular, serán terrorismo¹³ y serán juzgados conforme al derecho penal común¹⁴. Sobre todo, si estos grupos han tenido como principal arma los ataques terroristas indiscriminados contra civiles, contra las instalaciones de civiles, etc., es decir, sí no se han respetado las reglas de las guerras convencionales. Por consiguiente, no serán sometidos a la legislación de la guerra (D.I.H), sino que, serán sometidos a la legislación antiterrorista, es decir al derecho penal común y corriente. Gasser¹⁵, instruye que siempre que se ataque a civiles hay lugar a la aplicación del D.I.H., además hace una distinción entre el acto de terrorismo el cual según su parecer siempre ataca a civiles y acto terrorista en el cual la finalidad es causar terror, pese a que, no siempre va dirigido el ataque contra personas civiles o hay ataques indiscriminados que obviamente afectan a civiles. Pese a ello, hay que pensar en sentido contrario; así el terrorismo entendido en forma negativa, se halla en particular, en los artículos 51 y 52 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, (artículos que expresan que los actos terroristas que dañan a la población civil o a bienes de carácter civil están manifiestamente prohibidos por el derecho internacional moderno que rige los conflictos armados internacionales).

Bajo el imperio de esa dinámica, se entiende que los actos de terrorismo que se ejecuten contra bienes militares estarían permitidos, o al menos serán tolerados sin mayores obstáculos, ya que harían parte de los actos de guerra. Aunque estos serían juzgados o bien como crímenes de guerra o como crímenes de lesa humanidad. A pesar de esto, en ambos casos los altos índices e impunidad indican que un acto terrorista en el caso de los conflictos armados ya sean internos o internacionales, no es punibilizado por la necesidad de terminar pacíficamente la guerra¹⁶.

¹³ Si bien las guerrillas justifican su violencia, indicando que guerrilla, no es lo mismo que terrorismo, ya que sus acciones violentas se dirigen contra objetivos militares (ESTRADA GALLEGOS, 2003, p. 147).

¹⁴ En estos casos se le da la absoluta razón al gobierno de los EE.UU. para quienes siempre han sido tácticas de terrorismo, por el sólo hecho de ser usadas a favor de grupos desfavorecidos. “Los movimientos de izquierda utilizan táctica de guerrilla, tachadas de terroristas por los políticos estadounidenses sólo cuando se utilizan al servicio del bienestar del pueblo, para derrocar a gobiernos brutales.” (GLOVER, 2003, p. 163).

¹⁵ “Sin lugar a dudas, estas normas prohíben las actividades terroristas en la medida en que estén dirigidas contra personas civiles. Por definición, los actos terroristas son actos “cuya finalidad principal [es] aterrorizar a la población civil” (art. 51, párr. 2). Los actos de terrorismo son siempre ataques contra personas civiles o ataques indiscriminados que afectan, por lo general, a la población. Sin embargo, los actos terroristas no tienen que afectar necesariamente o exclusivamente a personas civiles o a la infraestructura civil. Hay que destacar que las amenazas de violencia cuyo objetivo sea sembrar el terror entre la población civil también están prohibidas. La intención de aterrorizar a la población civil es un elemento necesario para definir un acto como terrorista, por la sencilla razón de que, en la guerra, todo recurso a una fuerza mortífera puede aterrorizar a quienes no participan en las hostilidades, aunque el ataque esté dirigido contra un objetivo legítimo (por ejemplo, un bombardeo aéreo contra un objetivo militar cercano a una zona civil).” (GASSER, 2002).

¹⁶ Esta consideración radica en que en estos casos hay lugar a amnistías e indultos que mirados objetivamente son concesiones para terminar un conflicto, pero que dejan en la impunidad muchos delitos.

8 NORMAS ANTITERRORISTAS Y DERECHOS HUMANOS

Con acciones contraterroristas que contienen leyes antiterroristas encaminadas a derrotar al terrorismo y a los terroristas sin miramientos hacia los derechos humanos, es habitual el empleo del terror, de ese modo la violencia legal o ilegal es la principal herramienta estatal para derrotar al terrorismo. Las medidas antiterroristas hoy abarcan aspectos antes impensables, por ejemplo en Bélgica la nueva legislación contra el terrorismo (especialmente de Isis y Al Qaeda) castiga los viajes que se efectúen “con fines terroristas”, así como la incitación al terrorismo o el reclutamiento (EL PAÍS, 2015). La supresión, limitación y la violación a derechos fundamentales o derechos humanos es cada vez más extensiva, ampliada bajo la argucia de la necesidad real o no de seguridad en cualquiera de sus formas, lo que en opinión de los Estados genera la necesidad de una guerra.

De cualquier modo es un asunto letal hablar de guerra. No obstante, muchos han aprendido a ver la guerra como necesaria y al menos desde el prisma desarrollado en Irak por los EE.UU. seguramente los expertos hablan de guerra contra el terrorismo amparada en el concepto de legítima defensa. Sin embargo otros, evalúan que éste país lo que ha hecho en Irak es una serie de agresiones ilegítimas llevadas a cabo bajo el sofisma de la prevención. Consiguientemente, no es acertado hablar de guerra cuando no ha habido realmente una agresión de otro Estado que justifique la guerra¹⁷. En ese sentido no se respetan las reglas o el resto de medidas tomadas para combatir el terrorismo o los terroristas, y tampoco se respetan cuando se habla de guerra contra el terrorismo, estas medidas son amparadas por infinidad de Estados en el mundo¹⁸. Necesariamente *en la*

¹⁷ “Frente a un atentado terrorista en marcha, actual, es decir frente al peligro inminente de muertes, lesiones, daños, etc. el derecho nos reconoce a todos el derecho de legítima defensa. Pero frente al ataque no actual, es decir futuro o ya consumado –por mucho que su repetición en otro momento sea previsible–, el derecho sólo autoriza la respuesta mediante el derecho, que incluye la prevención policial, la coordinación en la información, la cooperación administrativa y judicial, además de la detención y enjuiciamiento de los responsables de los actos preparatorios, ejecutivos o de colaboración. En un terreno peculiar y diferente se mueve el derecho de la guerra, en el que la legítima defensa se utiliza como expresión de la legitimidad de la respuesta bélica frente al enemigo, especialmente frente a actos o guerras de agresión de otro Estado.”. Transcripción literal de la conferencia pronunciada por Baltasar, Garzón, juez de la Audiencia Nacional de España, en la Sala Ginastera del Teatro Argentino de La Plata al recibir el doctorado Honoris Causa, de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina), Diciembre, 2001.

¹⁸ Es evidente que hay un empleo muy discrecional del derecho penal, para los integrantes de las grandes potencias económicas reunidas en el grupo de los ocho (G8), la legítima defensa es empleada para combatir el terrorismo que llevan a cabo Estados contra otros como Irak, o Afganistán contra EE.UU. Ya sea que esos Estados brinden apoyo al terrorismo, no es que sean considerados como gobiernos de Estados en los que hay terrorismo de Estados, no de eso no se trata. La legítima defensa se lleva a cabo porque se considera que EE.UU. fue atacado y, por tanto, puede ejercer su derecho a defenderse, mediante el uso de la legítima defensa, pero sin mayores disquisiciones al respecto. Si decimos que, no siendo inminente y no cumpliendo todos los requisitos de esta figura en el derecho penal, se permite y se apoya en el ámbito internacional el uso por parte de aquél país.

guerra hay unos medios convencionales de hacerla, y hay que respetarlos, esas normas están consagradas en el Derecho Internacional Humanitario (D.I.H.). En esa normativa se encuentra en primer lugar el respeto a los civiles; pero, estos muy por el contrario de lo que debiera ser, los civiles ajenos al conflicto son objeto constante de ataques violentos. Aunque los ataques cuando son terroristas están prohibidos en la guerra convencional, es decir dentro las normas del DIH, estos no se dejan de llevar a cabo por esa sola razón. Así es que, no es acertado hablar de guerra si se ataca a civiles con actos terroristas, ya que primero no está permitido el uso del terrorismo en guerras, y segundo se le reconoce a su rival terrorista, una condición de parte que no puede tener. Es que si le da ese estatus, se puede caer en la noción de beligerante y ésta en opinión de Torres “parte de tres aspectos todos ellos importantes y si falta uno de ellos se excluye el estado de beligerante. En primer lugar tiene que ser un ejército jerarquizado, en segundo lugar en este ejército debe haber un control territorial y en tercer lugar, ese ejército está obligado a dar cumplimiento al DIH.” (TORRES VÁSQUEZ, 2012, p. 272). Es decir, dentro del DIH un terrorista no puede ser un beligerante.

9 CONCLUSIONES

En general en el combate contra el terrorismo mundial se llevan a cabo acciones de contraterrorismo y antiterrorista. Con el contraterrorismo los Estados promueven y ejecutan acciones en medio de la lucha local, global y hemisférica contra el terrorismo. Por esta vía fortalecen las acciones de los organismos encargados del tema en el plano nacional, fundamentados en el derecho internacional que regula la materia. La lucha contra el terrorismo es despiadada y tiene como finalidad mantener la hegemonía mundial y los privilegios de las potencias, en todo caso no se emprenden acciones para contrarrestar las causas que lo originan.

Ahora bien, la instrumentalización del concepto de guerra aplicada al terrorismo, no es conveniente al menos por dos razones, la primera es que no existe claridad respecto a que es terrorismo y que como bien se pudo observar en este escrito, el terrorismo no es viable perseguirlo con acciones antiterroristas desde la perspectiva de la guerra; lo cual es de igual necesidad si se trata de perseguir a los grupos terroristas, fundamentalmente porque no son Estados. En Colombia, cada una de las partes en conflicto ha efectuado actos de terrorismo, desgraciadamente, desde su perspectiva justificada. Empero el terrorismo es una expresión de barbarie que en la actualidad tiene enormes recursos económicos y el fácil acceso a tecnología que le permite ser más letal, lo que obliga a la sociedad contemporánea a su eliminación de forma inmediata.

Al emprenderse acciones contra el terrorismo utilizando acciones de terror o de terrorismo los Estados logran, paradójicamente, un recrudescimiento de las acciones violentas ya sea

cuando hay conflictos armados internos o internacionales, los movimientos opositores al Estado aumentan su accionar violento y la reacción estatal ha degenerado en algunos países en un verdadero terrorismo de Estado.

Además los Estados para castigar a los verdaderos terroristas se enfrentan a la utilización del derecho penal convencional en el ámbito interno o al derecho penal internacional o bien al Derecho Internacional Humanitario, lo cual conlleva consecuencias jurídico-penales no solamente muy importantes, sino diferentes.

La diada terrorismo y guerra o viceversa es muy mediática, de ahí que el uso cotidiano por Estados interesados en la guerra o en el terrorismo sea permanente. La indeterminación del concepto de terrorismo permite englobar la financiación del mismo, en consecuencia se une terrorismo al problema de las drogas y de esa forma “luchan” en dos frentes cuando consuman su “guerra contra las drogas” o “guerra contra el terrorismo”, siendo evidente que en la eliminación del terrorismo internacional o en lo que respecta al narcotráfico el principal país del mundo los EE.UU no ha podido triunfar.

Para lo que sirve el antiterrorismo es para ocasionar inseguridad, esta plantea una serie de acciones atentatorias de derechos humanos y del DIH. En cualquier caso no es apropiado señalar que puede haber una guerra contra el terrorismo sea interna o internacional. A pesar de esto, gobiernos de países líderes de la ONU profesan que sus luchas contra grupos terroristas y contra el terrorismo es una guerra.

Bajo el “imperio de la ley” y de la globalización de las consecuencias del terrorismo, los EE.UU. han expandido la costumbre de derrotar no sólo a terroristas como tal sino a todo aquello que se le parezca. En los años sesenta las drogas ocupaban el primer lugar entre sus problemas; luego mientras comerciaba con narcóticos ilegales se creó el “narcoterrorismo” (GLOVER, 2003, p. 160) durante la administración Reagan. De esa forma se pretendía combatir los dos flagelos. En ese sentido se fomenta que es viable derrotar a los terroristas y a los narcotraficantes, con cualquier tipo de violencia, incluida la violencia terrorista emanada del Estado. Así fue, que se emprendió una guerra en Centroamérica contra los “narcoterroristas” (GLOVER, 2003, p. 160), con la circunstancia agravante de la imprecisión tanto del término terrorista, al igual que el de narcotraficante. Del mismo irradian a toda América latina relacionadas con la seguridad nacional en las que el terrorismo ocupó el primer lugar. Pero lo fue por el terrorismo de Estado practicado en los países que fueron sus principales aliados, entre ellos Colombia.

El problema de las drogas como revulsivo de las políticas internacionales en décadas pasadas dio paso al terrorismo y como ya ha quedado claro, las potencias tienen una

participación muy activa en el terrorismo de Estado, para lo cual se manipula la legislación antiterrorista en los Estados bajo su dominio. En ese aspecto se procura proteger a los países aliados de las potencias, para que no se haga alusión a que efectúan en su territorio delitos de terrorismo de manera especial no se tenga en cuenta los actos de terrorismo de Estado.

En segundo lugar, no es conveniente aplicar el concepto de guerra contra el terrorismo, debido a las dificultades respecto a la aplicación de normas del derecho internacional.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, celebrada en 1968, establece que los todas esas acciones que permitan la comisión crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz tiene el carácter de imprescriptibles.

En esa dirección se habla de terrorismo como parte inclusive fundamental de la guerra, cuando se está en medio de conflictos armados internacionales o no internacionales. Esto permite que se pueda hablar de imprescriptibilidad, es decir los terroristas pueden llegar a ser beneficiados de las medidas tomadas de justicia transicional. En las guerras las posibilidades de que exista impunidad es muy amplia respecto a los delitos establecidos en el ámbito interno y los crímenes de naturaleza internacional. Esta consideración se debe a que las guerras terminan por que se impone un bando a sobre el otro o bien porque se llegan a acuerdos de terminación del conflicto. En ambos casos se dan procesos en los que existen modelos de justicia transicional, en los que es habitual hallar impunidad.

En definitiva quien más sufre las consecuencias de los actos terroristas de unos y otros es por supuesto la población civil ajena al conflicto. En consecuencia, es menester que se castigue a personas, grupos o a los gobiernos que han sido violadores de los derechos humanos es por ello que se debe definir unas directrices en torno a las cuales el Estado sea castigado por no castigar dentro de la legalidad a quien cometa delitos de esa naturaleza, valga decir, comete delitos que atenten contra los derechos humanos, contra el D.I.H., o delitos considerados de lesa humanidad, sea legítima o no la causa, que esgrima el agresor, además, sea cual fuere el objetivo y el alcance o potencial daño que pueda causar. También es transcendental que se castigue a los Estados que patrocinan el terrorismo internacional como son los EE.UU. y a sus aliados, del mismo modo que se castigue el terrorismo de Estado. En cualquier caso el terrorismo conviene desterrar del mundo y sobre todo se debe proscribir la legitimación históricamente otorgada, aunque parezca necesario como sucede en las guerras.

REFERENCIAS

“ABC”, España 2016. (Periódico)

APONTE CARDONA, Alejandro David. **Guerra y derecho penal del enemigo**. Bogotá: Ibáñez, 2006.

BOBBIO, Norberto. **El problema de la guerra y las vías de la paz**. Barcelona: Gedisa, 1992.

CHOMSKY, Noam. **El terror como política exterior de Estados Unidos**. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2002a.

CHOMSKY, Noam. **América Latina: de la colonización a la globalización**. Madrid: Cátedra 2003a.

CHOMSKY, Noam. **Estados canallas: el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2001.

CHOMSKY, Noam. Periódico “El mundo”, España, 2002b.

CHOMSKY, Noam. **Poder y terror**. Barcelona: RBA, 2003b.

COLLINS, John; GLOVER, Ross (Ed.). **Lenguaje colateral: claves para justificar una guerra**. Madrid: Páginas de Espuma, 2003.

CONVENIOS de Ginebra de 1949, artículo 1, párrafo 4, y del artículo 96, párrafo 3.

ESTRADA GALLEGO, Fernando. El escudo de Aquiles: seguridad, estado y nuevas guerras. En: BOTERO, Reinaldo y otros. **Terrorismo y seguridad**. Bogotá: Planeta, 2003.

“El País”, España 2015. (Periódico)

“El País”, España 2016. (Periódico)

FUENTES, Carlos. Periódico “El tiempo”. Lecturas Fin de Semana. Bogotá, 2007.

GASSER, Hans-Peter. Actos de terror, “terrorismo” y derecho internacional humanitario. En: **Revista Internacional de la Cruz Roja**, n.º 847, 2002.

- GHOTME, Rafat Ahmed. Las relaciones internacionales de la guerra civil siria: Estados Unidos y Rusia en la lucha por el poder internacional. En: **Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad**, Bogotá, Colombia, 2014.
- GLOVER, Ross. La guerra contra. En: COLLINS, John; GLOVER, Ross (Ed.). **Lenguaje colateral: claves para justificar una guerra**. Madrid: Páginas de Espuma, 2003.
- GÓMEZ BENÍTEZ, Jose Manuel. **Estudios penales**. Madrid: Colex, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **El occidente escindido**. Madrid: Trotta, 2006.
- LEYMARIE, Philippe. La deriva del continente africano: Esperanzas, guerras y fracasos. En: **Le Monde Diplomatique**. Geopolítica del Caos. Edición española. Barcelona: Debate, 1999.
- LÓPEZ JACOISTE, Eugenia. La guerra en Siria y las paradojas de la comunidad internacional. En: **Revista Unisci Journal**, Navarra, Ed. Universidad de Navarra, n. 37, 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. 2001/3.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles**. Madrid: Civitas, 2004.
- REVILLA MONTOYA, Pablo César. Necesidad de intervenir militarmente en Sudán–Darfur para salvaguardar los derechos humanos de sus pobladores. En: **Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Mexico (DC), n. 9, p. 245-247, 2009.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Terrorismo y derecho internacional humanitario. En: **Derecho Internacional Humanitario**. Segunda edición. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2007.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos. En: **Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San**

Sebastián, Álava, Ed. Universidad del País Vasco, v VI, p. 413-458, 2006.

SANE, Pierre. A 50 años de la declaración universal. En: **Le Monde Diplomatique**. Geopolítica del Caos. Barcelona: Debate, 1999.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. Derecho internacional humanitario y status de beligerancia. En: **Revista Republicana**, Bogotá, n.º 12, 2012.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de derechos humanos. En: **Revista Diálogos de Saberes**, Bogotá, Ed. Universidad Libre, 2010.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. **La violación de los derechos humanos de los inmigrantes en España**: la inevitable diada legislación antiterrorista y anti-inmigración. Barcelona: TB, 2008.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. Posconflicto colombiano, el dilema de la nueva lucha contra el terrorismo. En: **Revista Justicia Juris**, Barranquilla, Ed. Universidad Autónoma del Caribe, 2015.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. Terrorismo y medios de comunicación. En: **Revista Pensamiento Jurídico**, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, n.º 36, 2013.

Submissão em: julho de 2016

Pareceres favoráveis em: outubro de 2016

João Baptista Machado (1927-1989): memória e diálogo transatlântico

PAULO FERREIRA DA CUNHA*

Resumo: O presente artigo tem como fonte um texto que foi escrito para ser lido num Congresso (Tobias Barreto) do outro lado do Atlântico, em Portugal. O desafio, era falar sobre o grande filósofo do Direito e especialista em Direito Internacional Privado João Baptista Machado. Mas o repto, contextualmente, acabaria por ter contornos curiosos, de algum modo inusitados. É efetivamente um diálogo de memória.

Palavras-chave: João Baptista Machado. Discurso legitimador. Filosofia do Direito. Jusnaturalismo. Pensamento Problemático.

Abstract: This origin of this article is a text that was written to be read in a Congress (Tobias Barreto) across the Atlantic, in Portugal. The challenge was to talk about the great philosopher of law and expert on Private International Law João Baptista Machado. But the challenge, contextually, would eventually be curious contours in some unusual way. It is effectively a memory dialog.

Keywords: João Baptista Machado. Legitimating discourse. Philosophy of law. Jusnaturalism. Juridical Problematic Thinking.

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

Professor Catedrático de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (desde 2001) e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar (desde 2002). Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); da Universidade Católica de Santos; da Universidade de Paris XIII; da Universidade de Direito de Kiev; da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, inter alia.

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

FMU (Laureate International Universities), bols. da FUNADESP na FADISP, Catedrático da FDUP, do Comité *ad hoc* para a Corte Constitucional Internacional.

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

1 CONSIDERAÇÃO CONTEXTUAL

O presente texto é mesmo de memórias, elaboradas de memória. Não tenho comigo as obras de Baptista Machado, nem sequer acesso a fontes sobre o autor, mas acredito que a minha memória poderá ser melhor arrimo para quem quer, de novo, fazer uma evocação sentida de Baptista Machado e do seu significado.

É uma evocação de quem o admira, e com ele há muito dialoga. Para detalhes e minudências, está já algum material publicado, algum mesmo de minha autoria, em Portugal e em Espanha, sobretudo. Desde logo, no meu esgotado livro *Faces da Justiça*, editado pela Almedina, em Coimbra, e nos volumes *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira* e *Caminhos e Figuras da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, se não erro os títulos, publicados por incitamento do Doutor Braz Teixeira, na Imprensa Nacional, de Lisboa.

2 FAMÍLIAS ESPIRITUAIS

Ter-me-á dito o Dr. José Preto, também estudioso e docente de Filosofia do Direito, que na Igreja Ortodoxa a ideia de reencarnação (nomeadamente na passagem: *És tu Elias?* de João, I, 21) seria recusada, naturalmente; mas não a de uma cadeia ou sucessão espiritual, como que família de alma.

Pois é tal, embora de forma laica ou laicizada, o que certamente anima certas boas escolhas nestas coisas tão difíceis e tão delicadas de atribuir um autor a um palestrante.

Se me sinto da mesma família espiritual (jurídica, claro) de Baptista Machado? É difícil e até atrevido dizer, porque a comparação é temerária. Mas, devo confessar que sinto. Por

múltiplas razões. E este testemunho, esta evocação e esta homenagem acabariam sempre por partir daí. Por isso, mostrarei os andaimes da construção mental que lhe presidiria sempre. Embora a afirmação que me atrevo a fazer, apesar de todo o convívio intelectual com o autor, seja proferida ainda a benefício de inventário, sobretudo porque me escapam muitos aspetos da sua vida, e em muitos casos *a obra e o Homem são um só*. Com todas essas reservas, tendo-as em conta, arriscaria a dizer que sim, sou da mesma família jusfilosófica de João Baptista Machado, e por várias razões. E que, por isso, talvez a escolha para que fale dele seja acertadíssima, sempre, e por isso reiterada.

Lembro-me, por exemplo, de uma palestra para que me convidaram na Faculdade de Letras de Lisboa, que, não sei bem por quê, terá sido muito do gosto do público, que era sobretudo de não-juristas, de candidatos a filósofos (em Portugal, felizmente sob certo ponto de vista, ainda somos bastante avaros a chamar a alguém “filósofo”, “cientista”). Lembro-me, bem antes, do dia em que foi a sepultar e da aula que dei, em sua homenagem, de gravata preta, para alunos do 1.º ano (como muitos dos que ensinava, sobretudo na Universidade Católica do Porto), em vez de ir ao funeral. E tantas outras vezes.

Mas, por que da mesma família? Disse já várias vezes que João Baptista Machado, se seguirmos uma tradição hermenêutica algo esotérica, que tem fonte cristã (que saiba) em São Jerónimo, o da Vulgata antiga, leva no nome já o seu destino: é, como João Baptista, o primo de Jesus, aquele que endireita os caminhos, e anuncia... É profeta. É anunciador.

Gostaria de colocá-lo no rol, não tanto dos que pretensiosamente se encaram como bandeirantes do Espírito, radicais criadores e descobridores, mas dos que (na sua modéstia) anteveem a terra prometida, não sabendo sequer se, como Moisés, chegarão a nela entrar. Neste caso, a terra prometida é, realmente, o Direito novo, o direito pensado, o direito “não do aço frio das espadas” de que falava Pascoaes, que cedo o trocou pela pena.

Não sendo todas “machadianas” as frentes de combate pela Justiça para que a vida nos foi levando e as reflexões que sobre elas fomos tecendo¹, desde cedo o fomos lendo como alguém que seguia à nossa frente.

¹ Muitos vetores do nosso próprio pensamento jurídico, como *Direito Fraternal, Direito Humanista, Direito Discreto, Direito Sutil*, tantos postulados específicos de Direito Constitucional e, mais recentemente, de Direito Internacional (e que culminam hoje, com os esforços pela criação de um Tribunal Constitucional Internacional), dialogam apenas pontualmente ou em tela de fundo com o pensamento de Baptista Machado. Veja-se, por exemplo, a nossa defesa da Constituição em *Constituição & Política, O Contrato Constitucional, Direitos Fundamentais – Fundamentos e Direitos Sociais*, e mesmo *Direito Constitucional Geral*, todos editados pela Quid Juris e este último também no Brasil pela Método.

Não são “machadianas”, na sua especificidade, na sua terminologia, na sua especificação muitas das nossas reflexões e bandeiras, sim. Mas talvez nelas se possa ver algum espírito comum. Como quando ele se insurgia com o tratamento do cidadão como “cão de pescoço pelado”. É isso que nunca desejei que houvesse: cidadãos tratados ao nível de cachorros prisioneiros. Domesticados e de rédea curta. O espírito parece ser o mesmo: o ver na vontade de justiça a maior razão de ser do Direito.

3 PENSAMENTO TÓPICO-PROBLEMÁTICO

Baptista Machado, numa homenagem em que falou Antunes Varela, não só foi justissimamente considerado Príncipe das letras jurídicas (ou título análogo, se não me falha a memória) como fundamentalmente vinculado, no plano das famílias de pensamento e prática do Direito, ao pensamento tópico-problemático. Isso diz muitíssimo.

Na verdade, como sabemos, há todo um fosso abissal entre o pensamento jurídico metodológico por tópicos e problemas, e o pensamento dogmático, silogístico, subsuntivo, abstrato e construtivista. Creio que essa conclusão não a terá explicitamente tirado Antunes Varela (cujas aulas inteligentes e sábias, bem recorde, em Coimbra), por alguma profissão de fé autorrotuladora do nosso pensador. Pelo contrário, essa catalogação aparecia imediata e evidente a partir da forma de pensar, de desenvolver, de escrever, mesmo de ensinar, de Baptista Machado. O método era em si o de procura. A sua credibilidade académica era a de um homem inteiro, do pensamento ao ato. Por isso, sempre o recordarei numa busca, e numa incessante busca de cavaleiro andante da Justiça, encontrando (isso o que mais custa aos campeões, me parece), não dragões de verdade, ou inimigos à altura, mas obstáculos inúteis e pouco mais que pedras no caminho. Empecilhos, que vão moendo e cansando. Desiludindo.

Creio já ter contado como um dia, na Faculdade de Economia do Porto, onde ensinou também, vi o nosso tradutor de Kelsen (e traduzir Kelsen requiere paciência, e por isso o recordamos agora) bem aborrecido, agastado mesmo, à procura na biblioteca de um artigo seu que não encontrava, para algum dos mil e um *curricula* que somos obrigados a apresentar *dia sim, dia não* (na altura seria melhor, talvez apenas todas as semanas...) para a todo-poderosa e omnipresente burocracia. E é interessante como até dessa busca tão pouco *demanda* ele retirou uma lição de sabedoria. Atirou-me com lhanza: “está a dar-me muito mais trabalho encontrá-lo que escrevê-lo”.

Recordo João Baptista Machado, e nessa linhagem me quero. Como autor, autor que pensa por si com os outros, pelos outros, autor de interrogações e de demandas, e não inventor que, solipsista, como a aranha, de si mesmo tira o fio. Dialogante, indagador, não

dogmático, em si mesmo um exemplo de tópica. Com tudo o que isso implica também de abertura à dialética e à retórica, evidentemente.

É curioso que a especialidade de Baptista Machado no complexo mundo do Direito Internacional Privado (para além da sua dama Filosofia Jurídica) lhe terá certamente criado um escudo protetor contra as investidas de quantos sinceramente juram ainda pelo bacamarte de carregar pela boca da letra pedestre e gorda da lei e da teoria autoritária compendiária (ou sebenteira). E que consideram não passar a Filosofia do Direito de “perfumaria”, como se diria aqui no Brasil. Outros dirão ser ela mera “política”, “ideologia”, ou mesmo “poesia”, que será certamente um dos mais gravosos insultos que um agelasta (*hoc sensu*) poderá lançar a quem escolha a “arte” do Direito. Embora João Baptista Machado não o haja certamente dito, cremos que não lhe custaria partilhar, *mutatis mutandis*, a ideia de Von Kirchmann sobre a acientificidade essencial do Direito (em *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*), ou mesmo esta passagem de François Vallançon, nosso querido mestre em Paris:

Se o homem prolonga o que a natureza tem de melhor porque ele sabe fazer melhor, isso quer dizer que o Direito é mais que uma técnica ou que uma ciência, é uma arte, e antes de mais uma arte de viver segundo o *bonum* e o *aequum*, ou seja, de se comportar relativamente aos homens e às outras coisas segundo um certo bem e uma certa igualdade: *ars boni et aequi*.” (VILLAÇON, 2012, p. 114, tradução nossa)

4 DISCURSO E LEGITIMAÇÃO

Não é por acaso que Baptista Machado comete a enorme heresia de intitular o seu livro mais conhecido (com mais de vinte reimpressões) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Ver o Direito como discurso é realmente aproximá-lo da linguagem, da retórica, de algum modo *descousificá-lo* e dessacralizá-lo também (ou dar-lhe uma diferente sacralidade).

Ora também não teria sido por acaso que um belo dia, quando eu, todo contente por uma turma me dizer ter tido esta obra de Baptista Machado como livro de leitura obrigatória numa cadeira de Introdução ao Direito, logo o entusiasmo se me voltou em desilusão, quando um aluno, com o silencioso mas evidente assentimento dos demais colegas, me explicou: “Sim, foi esse o manual adotado, mas ‘saltando as partes mais chatas [...]’.” Por falta de atenção, paciência ou formação prévia, quantas vezes atiramos fora o que mais interessa. As ditas partes “mais chatas” são as que previsivelmente mais interessam como *differentia specifica*. O resto, embora primorosamente sintetizado e glosado com um ou outro elemento original, é a *pièce de résistance* da Introdução ao Direito mais ou

menos tradicional. Penso amiúde que esses alunos, estes anos volvidos, ganhariam muito, mais ainda talvez, se retomassem corajosamente o que não leram, o que não conseguiram ler. Ou o que lhes terão dito para saltarem...

Ver o Direito como discurso legitimador tem ainda, além da linguística e retórica, uma implicação política (sim, a política não tem lepra no Direito). Temos vindo cada vez mais acrescentar ao elemento tópico-problemático também um elemento *crítico*. Pensamos que o jurista não pode quedar-se placidamente como “burocrata da coação” (ouvimos pela primeira vez a expressão a Castanheira Neves, em Coimbra), nem pode viver num casulo ingénuo sobre o mundo, o poder, os interesses conflitantes e a sua própria função enquanto jurista. Num estudo, cremos que sobre *Participação e descentralização*, Baptista Machado cita, ao que julgamos recordar, Carl Schmitt. Este autor – de quem alguns franceses diriam, ambivalentemente, ser (ou ter uma) *bête d'intelligence* – não apenas ligaria a soberania (o ser-se verdadeiramente soberano) a quem seja concretamente capaz de *decidir do Estado de exceção*, como é mais comum citar-se, a partir da sua *Teologia Política* (SCHMITT, 1985). Este poderoso teórico do Estado alemão refere ainda, significativamente, com muita agudeza, que soberano é o dono da palavra, afinal o que determina os sentidos. E determinar os sentidos é determinar o essencial. Estamos imersos na palavra. Somos palavra. Não é por acaso que Karl Engisch remete na sua introdução jurídica para a questão do Direito como dador de sentido ao Mundo (ENGLISH, 1979).

Com Baptista Machado, o Direito fala para legitimar, é forma legitimadora, é discurso legitimador. E a legitimação, como se sabe, tanto pode ser legítima (não apenas titulada formalmente, como material), como meramente legitimadora (por exemplo com cortinas de fumo enganadoras, designadamente alienadoras). No caso do Direito, este acaba, pelo menos para alguns espíritos, por ser um ópio de um certo tipo intelectual. Não podemos deixar de pensar, *mutatis mutandis*, no homónimo título de Raymond Aron (1957), uma manifestação por vezes bem deplorável (porque apesar de tudo letrada...) de alienação (CUNHA, 2014).

5 ANTROPOLOGIA, EXISTENCIALISMO E DIREITO NATURAL

Sem dúvida, foi Baptista Machado importante introdutor das preocupações antropológicas e do existencialismo em Direito em Portugal. Recorde-se, aliás, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, obra luminosa de 1965. Muito se poderia dissertar sobre o assunto². O que mais nos convoca a refletir, porém, é que uma e outra das correntes

² Não tanto o Existencialismo em si, mas a Antropologia sempre nos preocupou no seu diálogo com o Direito (cf. CUNHA, 2010).

em causa põem não poucos problemas à ideia de “natureza humana”, que é um dos pilares em que assentou uma boa parte da doutrina jusnaturalista mais clássica. Porque o Direito natural se fundaria, afinal, nessa natureza, seria, *grosso modo*, o braço cultural (“medicina da cultura”: e a metáfora é redobradamente pertinente, aqui) da realidade natural, já de si axiologizada, ou, numa versão mais moderna, racional (como sublinha, entre nós, por exemplo, em prefácio a Voegelin, José Adelino Maltez (1988)). Não existindo a natureza humana, estamos reduzidos a um sartreano inferno que são “os outros”, ou “estar entre os outros”? Parece-nos que Baptista Machado não deixa que a sua terra prometida jusnatural seja severamente atingida pelos escombros de algum relativismo decorrente da combinação da antropologia e do existencialismo. São muitos úteis os autores que, abandonando a segurança do pensamento bipolar, mantêm o rigor da bússola quando se aventuram por mares não navegados. Relativizar não pode ser confundir, confundir-se.

Baptista Machado ainda é jusnaturalista, e afirma-o. Chega mesmo a apontar, em algum ponto, para um jusnaturalismo clássico, a que chama também ou aproxima da Metafísica. Mas a interlocução com este *Oberbegriff* faz-se muito também pela via da linguagem e sua teoria. Para o autor, o “Direito Natural” é, de alguma forma, o “Étimo” (a expressão “étimo” é dele mesmo) fundante de todo o sentido do jurídico. Vendo-o assim ao mesmo tempo como princípio regulador transcendente *ao* e *do* direito positivo, mas sendo imanente de algum modo ao contexto (histórico, cultural, social: à *circunstância* Gassetiana, numa palavra). Digamos que, adepto do pensamento tópico, e sensível à Palavra e ao Discurso, o nosso filósofo considera o ponto de Arquimedes jurídico (que poderia ser, em termos kelsenianos, uma *Grundnorm*, a própria e verdadeira *Grundnorm*), numa perspetiva de geração linguística, etimológica... O Direito Natural, não tendo como arquétipo o molde de um comando militar prescritivo, nem como uma irreduzível lei científica das ciências duras, é visto antes como um aparelho hermenêutico, um desvendador e dador de sentido. E naturalmente, em Baptista Machado, tudo é devidamente contextualizado, não desgarrado da realidade e das coordenadas de tempo, lugar...

É assim que não surpreenderá quando, numa passagem um tanto menos clara, e que talvez, de cor e à distância, possamos classificar (porque é deveras a nossa impressão) de *enigmática*, João Baptista Machado vier a falar de um *novo jusnaturalismo* ou de um *novo Direito Natural*. É uma terra prometida em que não entra explicitamente, mas em que afinal já entrou, porque noutra ponto e de outro viés acabou por esclarecer.

Para não deixar o fio autognótico ou de *egohistória* (CHAUNU 1989)³, diremos que neste ponto não nos apercebemos senão há relativamente pouco da confluência com Baptista Machado.

Com o tempo e o desencanto, com o escasso alcance prático de um jusnaturalismo na sua degeneração, o terreno estava a ficar preparado para abertura a novas interpretações e até a novos conceitos. Pela primeira vez vimos classificar uma teorização do Direito Natural como “positivista” por Jean-Marc Trigeaud (1992). Tal seria aparente *contradictio in terminis* muito fecunda.

O conceito de “jusnaturalismo positivista” imediatamente passaria a fazer parte do nosso arsenal conceitual e argumentativo, com uma interpretação mais pessoal: não o víamos (nem vemos) afinal (na prática, pelos seus frutos) como representando, em concreto, algo de muito diferente do positivismo legalista, a que mais especificamente chamamos também titularista ou titularismo. Então, *que faire?*

Sentindo-nos ao mesmo tempo formado nessa grande tradição, mas não dogmático, antes crítico, e pluralista (no domínio ontológico e não apenas político ou normogenético), mais até do que um dualista (pois com Luigi Lombardi Vallauri aprendêramos que pode haver pelo menos um *tertium genus* além do Direito Natural e do Direito Positivo: no caso, o “direito livre”) (LOMBARDI-VALLAURI, 1990). Experimentando o prestígio e o peso da designação do “Jusnaturalismo” e da sua história (recordamos uma bela conversa sobre o assunto com Mário Bigotte Chorão a propósito de um livro de George Adame (1998) e da nossa respetiva resenha), acabaríamos por nos classificar a nós mesmo como *neojusnaturalista*. Neojusnaturalista crítico, pois. E evidentemente defensor do pensamento tópico – problemático.

O conceito de neojusnaturalismo recua, no nosso ideoleto, às raízes do realismo clássico, mas não renegando nem excessivamente as apartando do legado moderno, antes fazendo dialogar ambas as tradições e racionalidades (Cf., por todos, CUNHA, 2016d). Verificámos mais tarde, como quem descobre um ovo de Colombo, que ser “neojusnaturalista” é, afinal, querer um “novo jusnaturalismo” ou uma outra forma de ver o Direito Natural, como era anunciado por Baptista Machado, filósofo que tão precocemente nos deixou. Antes que pudesse explicitar-se sobre essa sua opção.

³ A convite do Prof. Doutor Juan Pablo Pampillo, escrevemos um estudo de ego-história pessoal (CUNHA, 1978; CUNHA, 2016), no prelo. Um tanto em linha semelhante, saiu no Brasil o nosso artigo **Do direito fraterno humanista: diálogos e vetores** (CUNHA, 2016b). Do mesmo estilo é ainda sobretudo o estudo que resume a nossa atividade de escrita nas revistas do CEMOrOC da Universidade de São Paulo (CUNHA, 2016c).

Mais uma coincidência. Esta totalmente despercebida por mim durante muito tempo. Mas, que é evidente: o que se pretende afastar, com este conceito, é a inconsistência ou incongruência de um Direito dito Natural que não passa de um “prólogo no céu”, uma “fé dominical” e não de todos os dias, para retomar uma imagem de Huxley.

6 EXÍLIOS

Que parem as coincidências onde devem parar, onde queremos que parem. *Ananke stenai*, gritaremos, tirando as palavras da boca do Estagirita. Sim, paremos.

Sempre nos pareceu Baptista Machado um filósofo desencantado. Quando lhe pedimos que desse corpo a um mestrado de Filosofia do Direito no Porto⁴, ele negou-se, e com um sorriso amargo, acrescentou que tal era “um saber que a tribo rejeita”. Que bela (mas dramática) aplicação do seu interesse antropológico pelo destino desta área, sempre sob a nua espada de Dâmocles da extinção... e o punhal venenoso do desprezo.

Algo nos segredou sempre ser Baptista Machado uma dessas almas grandes e exiladas entre nós, *gigantes entre anões* (os quais infelizmente não lhes querem saltar para os ombros, como na imagem de Bernardo, que fez fortuna) como se designam os que querem ver mais ao longe, ou melhor.

Destino trágico certamente o dele, em que sentimos muito incompreensão. E agora pensando em paralelos: destino a que os seus admiradores gostariam de escapar.

Diz-se que João de Kronstadt se considerava da mesma família espiritual de Rasputine. Mesmo que se considere que sou da mesma família de alma ou de *forma mentis* de Baptista Machado, o que muito me honra, da mesma maneira que recordamos que o primeiro russo alcançou a santidade e o outro uma inefável forma de danação, pediríamos apenas por alguma paz. Paz! Almejo que nos fez um dia escrever sobre esse *bonus paterfamilias* (embora sem família que me lembre) que é o pacato senhor Bilbo Bolseiro (como por aqui se traduz no Brasil): o Hobbit, que filosofa com o seu cachimbo na tranquilidade da sua toca. Não o gnomo da saga que Gandalf lhe impõe, obviamente. Falo da existência do ser tranquilo, que pensa a vida naturalmente, como, essa sim, a grande aventura:

⁴ O destino acabou fazendo com que fosse eu, noutra instituição (a FDUP), a de algum modo protagonizar esse papel, com a colaboração inestimável da Prof.^a Doutora Clara Calheiros, da Escola de Direito da Universidade do Minho, e durante algum tempo também do Prof. Doutor Pinto Bronze, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E, de dentro da Casa, antes de mais, do Prof. Doutor Cândido da Agra.

Lamento dizer que ele não se importou. Sentia-se absolutamente contente. E o som da chaleira na chaminé tornou-se a partir de então mais musical do que fora, mesmo nos dias anteriores à festa inesperada (TOLKIEN, 1987, p. 260).

Permita-me o destino essa tranquilidade, embora sem cachimbo. Nunca há analogias perfeitas. E honra e longa vida à memória e ao pensamento de Baptista Machado.

(São Paulo, João Pessoa, São Paulo, 13 de outubro a 1.º de novembro de 2016).

REFERÊNCIAS

ADAME GODDARD, Jorge. **Filosofia social para juristas**. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México/McGraw-Hill, 1998.

ARON, Raymond. **L'opium des intellectuels**. Paris: Calmann-Lévy, 1957.

CHAUNU, Pierre et al. **Ensaio de ego-história**. Lisboa: Edições 70, 1989. Título original: *Essais d'ego histoire* (Paris: Gallimard, 1987).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Desvendar o direito**. Lisboa: Quid Juris, 2014.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito fraterno humanista: diálogos e vetores. In: **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 11, n. 1, p. 13-36, jan./jun. 2016b.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do jusracionalismo luso-brasileiro e da unidade essencial do jusnaturalismo: reflexão problemática filosófico-histórica. Disponível em: <<http://hottopos.com/collat12/17-30FC.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016d.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Justiça & direito**: viagem à tribo dos juristas. Lisboa: Quid Juris, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Memória(s) em revista(s): 50 artigos para as revistas Cemoroc. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/isle25/107-1221PFCAutor.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016c.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Veredas da justiça e do direito**: ensaio de egohistória e diálogos doutrinários. Coimbra, 1978.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Veredas da justiça e do direito**: ensaio de egohistória e diálogos doutrinários. São Paulo, 2016a.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979. Título original: Einfuehrung in das juristische denken.

LOMBARDI-VALLAURI, Luigi. Diritto naturale e diritto libero. In: **Persona y Derecho**, Navarra (Espanha), Ed. Universidad de Navarra, n.º 23, p. 25ss., 1990.

MALTEZ, José Adelino. Voegelin e a procura do direito natural. Prefácio. In: VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito e outros textos jurídicos**. Lisboa: Vega, 1998.

SCHMITT, Carl. **Politische theologie**: vier kapitel zur lehre der souveränität. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. Reed.

TOLKIEN, J. R. R. **O hobbit**. Tradução de Fernanda Pinto Rodrigues. Mem Martins: Europa-América, 1987,

TRIGEAUD, Jean-Marc. **Introduction à la philosophie du droit**. Bordeaux: Bière, 1992.

VALLANÇON, François. **Philosophie juridique**. Paris: Studyrama, 2012.

Submissão em: novembro de 2016.
Pareceres favoráveis em: dezembro de 2016.

A C A D Ê M I C O S
E C O S

Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE*

Resenha do livro “**Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**”, das autoras Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo. Porto Alegre: Armed, 2016.

* Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris; Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille, da Universidade Jean Moulin, de Lyon/França; Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR; Professor Titular de Direito de Família na UEM/PR; Professor Adjunto de Direito Civil na UTP/PR; Advogado e Escritor.

Resenhar a obra das Doutoradas Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo revelou-se uma situação e, ao mesmo tempo, um aprendizado, de dimensões inimagináveis, na medida em que houve o reexaminar em perspectiva do problema sempre instigante da guarda compartilhada. O que faz perceber o acréscimo da agora engrandecida visão psicológica, sem descuidar dos aportes jurídicos que a literatura nacional especializada tem procurado imprimir ao tema.

Esta matéria já foi alvo – e continua sendo – de infinitas indagações e questionamentos no mundo jurídico que, estranhamente, ainda não conseguiu atingir a unanimidade esperável após tantas análises e contribuições que revelam o formidável grau de maturidade dos intelectuais e estudiosos brasileiros que se debruçam sobre a temática complexa do Direito de Família. Parece que tudo já se disse sobre guarda compartilhada, mas quando se enfrenta o cotidiano das Varas de Família, reconhece-se que há ainda muito a ser dito e revelado sobre esta aparente questão pacificada.

Talvez a razão maior a justificar tal estado de perplexidade decorra da tentativa insuficiente de procurar avaliar a questão tormentosa da guarda, a partir de uma perspectiva unilateral, a saber, meramente jurídica, quando é sabido que a ruptura da sociedade conjugal gera problemas tanto de ordem jurídica quanto de ordem psicológica. Este é um dado fundamental que precisa ser devidamente considerado sob risco de se enfrentar esta problemática em proposta tão somente reducionista quando a questão exige uma apreciação bem mais ampla, a saber, metajurídica. E os operadores do Direito têm encontrado dificuldade em ultrapassar as barreiras do puramente jurídico, um temor que certamente compromete a visão macro exigida pelo enfrentamento da pós-ruptura.

A obra “Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica” tem o grande mérito de romper com esta tradição, trazendo para o mundo jurídico o contributo inestimável da Psicologia

que é parceira fundamental e decisiva das questões familiares. Porque antes de a lei informar e regular as posturas e condutas – durante e após o casamento – há o elemento humano a plasmar a inter-relação entre pais (marido e mulher) e filhos. Ou seja, de nada adianta a melhor legislação familiarista se estiver afastada do comportamento humano e de seus reflexos no ambiente normativo e afetivo.

Por isso, a obra com que as autoras paulistas brindam o mundo intelectual brasileiro se reveste de transcendental importância. Isto porque, além do ineditismo da proposta de “uma leitura do jurídico com os olhos do psicológico”, o escopo subjacente à brilhante e inteligente análise levada a efeito por Verônica Cezar-Ferreira e Rosa Maria Macedo ultrapassa aquele corolário básico e “inclui o diferencial da integração dessas ciências (Direito/Psicologia) partindo do pressuposto que institutos do Direito que interessam à família e seus membros requerem uma visão denominada psicojurídica.”

Vencida esta premissa inicial constante na “Apresentação” da obra, o leitor é conduzido, por meio de uma metodologia impecável, à compreensão da multifacetária problemática da guarda compartilhada que, conforme já se teve oportunidade de apreciar, guarda surpresas, perplexidades e até armadilhas, nem sempre percebíveis na visualização exterior desta figura jurídica que procura ser fácil, ou mesmo cognoscível, mas que revela nuances e desafios, por vezes, insuplantáveis.

Na “Introdução”, as sensíveis autoras se preocuparam em delinear as premissas decisivas à apreciação da problemática que funcionarão como diretrizes (ou, balizas) ao enfrentamento da guarda compartilhada, evitando os riscos a que conduzem as apreciações superficiais. Assim, o leitor é convocado a encarar, primeiramente, a guarda não como decisão pronta, definitiva, mas como um constante devir que conduz pais e filhos, lentamente, às soluções capazes de atender as exigências da “dinâmica relacional e os respectivos perfis de personalidade.”. Na óptica das autoras, “a guarda compartilhada [está] para casais separados como a guarda conjunta está para pais não separados. Isso não indica para ausência de problemas ou de dificuldades na negociação diária [...] uma vez que a criação conjunta não é sinônimo de concordância absoluta.”. Ou seja, a decisão jurídica de uma guarda compartilhada não é fim, mas o começo e exercício permanente de ajustes e concessões capazes de conduzir o ex-casal, mas sempre genitores, a um consenso suficiente a atender aos interesses dos sempre pais e filhos. Aqui, talvez, resida o ponto nodal da tese que vai conduzir toda a argumentação empregada pelas autoras ao longo de sua valiosa obra.

Ato imediato, a obra ressalta um aspecto igualmente decisivo que já havia sido resgatado de forma magistral pela norte-americana Judith Wallerstein, ao afirmar que todos os

filhos de pais divorciados desejam (de forma velada ou revelada) a presença dos pais, apesar da ruptura (termo por aqui empregado como gênero maior da “separação” e do “divórcio”). Assim, dizem as autoras, “o compartilhamento dos pais na criação e educação dos filhos é o desejo das crianças e adolescentes.”. Daí afirmando que “criar e educar os filhos [...] é obrigação legal.”. O paralelismo que garante a contribuição do Direito ao lado da Psicologia fica aqui resgatado de forma integral, sem possibilidade de contestação.

Vencidas as duas premissas básicas, Cezar-Ferreira e Macedo superam o discurso raso da mera modalidade de guarda adiantando que “mais importante do que a modalidade de guarda é o relacionamento entre os pais na pós-separação”, embora reconheçam no plano legal a “necessidade de definição da guarda.”. A proposta merece reflexão na medida em que para além da regulação da guarda faz depender seu sucesso (ou insucesso) do relacionamento dos pais na pós-ruptura. Reside aí a introdução de um elemento novo na resolução do problema que subordina a validade da guarda diretamente à conduta dos genitores no exercício diário da pós-ruptura. A ideia, além de responsabilizar os pais acarreta enorme responsabilidade do Poder Judiciário, não mais limitado ao mero prolatar de uma Sentença, mas ao efetivo exame das condições apresentadas pelos genitores na condução do compartilhamento da guarda.

Em quarto lugar, a obra introduz a noção inédita dos “aportes psicológicos [que] visam [a] contribuir para que os operadores do Direito possam estabelecer inter-relações que lhes permitam compreender melhor e encontrar soluções salutaras às graves crises de separação.”. Logo, o que é efetivamente questionada na “Apresentação” (“a obrigatoriedade diminuiria os atritos parentais? [...] Será? Sempre? Acreditamos que nem sempre.”) retorna na “Introdução” como contraponto à eterna indagação sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada (quando não há acordo entre as partes) relativizando aquela noção a favor de uma solução que não pode – nem deve – subestimar a dinâmica própria a cada grupo familiar. O resgate deste princípio é decisivo à justa apreciação da guarda compartilhada, ao mesmo tempo que se afasta da tendência encontrável em alguns doutrinadores brasileiros que não conseguiram se afastar da irresistível orientação da obrigatoriedade. Assim agindo e assim pensando as autoras se afastam *ab initio* de um equívoco exegetico que merecia melhor e maior reflexão, agora enfrentada com grande maestria e pleno domínio pelas autoras.

Em quinto lugar, a constatação de um individualismo avassalador presente na atualidade e que “pode induzir pais separados a se distanciarem nos cuidados conjuntos com os filhos.”, é devidamente realçado pelas autoras, alertando para os perigos de um eudemonismo desenfreado que procura legitimar “o prazer antes de tudo”, mas que a lei e o instituto da guarda compartilhada reforçam a “memória de que os pais são para

sempre e de que o desenvolvimento biopsicossocial dos filhos é função deles.”. Esta invocação da responsabilidade parental, via guarda conjunta, em oposição ao mero prazer (naturalmente irresponsável e egoísta) de há muito necessitava ser resgatada como aparece no trabalho ora sob comento.

Por derradeiro, a visão psicojurídica da guarda compartilhada é resgatada não só na “possibilidade psicojurídica na escolha e determinação da guarda compartilhada no relacionamento familiar”, mas também – e aí reside outro aspecto fundamental da obra – na “importância da introdução dessa modalidade de guarda, na lei e os benefícios sociais de sua aplicação da perspectiva dos juízes de direito.”. O que importa, como este autor já teve oportunidade de afirmar em trabalho analítico da Lei 13.058, de 22-12-2014, não é sentenciar e se liberar do processo de guarda: “o papel da Justiça [...] não é só julgar, projetando o litígio para o futuro, mas solucionar a dúvida e o impasse nos quais vive o casal. Logo, a mera aplicação da guarda compartilhada pode até encerrar o processo (por meio de uma decisão de fachada) mas, por certo, não está solucionando o litígio, com manifesto e inadmissível ônus para a parte mais fragilizada: os filhos.”.

Das premissas, aqui resumidamente invocadas, já é possível se avaliar a envergadura de uma obra destinada ao sucesso não só em decorrência do sólido conhecimento jurídico, mas igualmente o domínio psicológico das autoras, direcionado à análise inédita da “leitura do jurídico com os olhos do psicológico” que, sem sombra de dúvida, será o marco divisor da literatura brasileira sobre guarda compartilhada.

No capítulo 1, dedicado à relação entre pais e filhos, a temática importante dos efeitos da ruptura do casamento sobre os filhos, é enfrentada com segurança e objetividade nem sempre encontráveis na doutrina nacional que insiste em repetir a fala mediática da incoerência dos efeitos negativos do divórcio sobre os filhos. Partindo da esfera puramente jurídica e reafirmando que “as obrigações impostas e monitoradas pelo Estado constituem, antes de deveres privados, um múnus público da exigência de que os pais zelem pelo futuro dos filhos.”, as autoras resgatam a afetividade na determinação da qualidade da família: “Não há melhor ou pior família em si, o que provavelmente vai diferenciá-las é o quanto podem ser funcionais e afetivas nos cuidados com seus membros e ter limite de assertividade claro e limite de afetividade alto.”.

No capítulo 2, ainda se preocupando com a relação entre pais e filhos face à família transformada, as autoras enfrentam a dicotomia da ruptura jurídica do casamento (mais fácil) face à ruptura afetiva (mais difícil) novamente invocando a responsabilidade do Poder Judiciário na apreciação da complexa matéria. Assim, “o compromisso da família, na qualidade de instituição jurídica, não é tão difícil de ser desfeito; difícil é desfazer seu

comprometimento como unidade psicoafetiva, porque, como tal, o elo não se desprende tão facilmente sem deixar atrás de si um rastro de prejuízos emocionais.”. A proposta teórica é importantíssima à apreciação da guarda, vez que a “apreciação de casos judiciais de família em que se discutem questões como atribuição de guarda [...] permite observar que o problema não pertence a uma única disciplina: pertence ao âmbito psicojurídico. Nesse recorte, ao Direito [...] pertence organizar a relação parental pós-divórcio, como à Psicologia pertence pensar em como ajudar as pessoas a se ajudarem.”.

Novamente, a ideia da responsabilidade da decisão judicial, para o futuro da família separada, é invocada como premissa fundamental a ser considerada pelo Poder Judiciário no sentido de “não apenas estipular acordos, mas cumprindo-os, o que é seu dever”, inserindo (e responsabilizando a decisão) no ambiente social.

Ainda reconhecendo que “a separação é uma crise que traz muitas perdas”, as autoras veiculam uma visão otimista e redentora da ruptura no sentido de que isso “não significa a destruição da família. Dessa crise, a família tanto pode sair desorganizada e sintomática, quanto evoluída e fortalecida, porque crises são oportunidades para crescimento.”. O argumento é forte, competindo a todos os operadores do Direito e psicólogos “refletir sobre [...] a necessidade de se cuidar dessa crise com a reorganização das relações, se possível, minimizando-a ao máximo.”.

É nesta altura da análise que a guarda compartilhada e sua obrigatoriedade se impõem como objeto necessário de apreciação, porque é a guarda que garante o *continuum* da vida familiar, apesar da ruptura. O aporte psicológico se revela, então, nítido, com o ressuscitar da noção inicialmente apontada de “auxílio emocional nas ações de família”, ou de, “ajudar as pessoas a se ajudarem.”. Esta leitura abrangente da ruptura, que desborda o meramente jurídico e deságua no metajurídico, é inédita na doutrina brasileira e merecedora da mais ampla reflexão.

No capítulo 3, as autoras enfrentam a questão complexa da obrigatoriedade da guarda compartilhada retomando a mesma sistemática visível nos capítulos anteriores, a saber, da determinação das premissas a partir das quais, elas referidas e próprias autoras vão construindo paulatinamente a linha de seu raciocínio.

Assim, é afastada, desde logo, a ideia errônea de que um genitor estaria mais apto que o outro para exercer a guarda – nenhum dos pais “é superior ao outro no amor aos filhos”, de forma que, nas famílias separadas, “a criança precisa ter sentimento de dupla pertinência, isto é, saber que pertence inteiramente às suas duas famílias.”. Ideia capital que afasta a noção de que a guarda é o elemento redentor da ruptura, deslocando para ambos os

genitores a responsabilidade do pós-ruptura: “qualquer que seja o tipo de guarda, um aspecto que ajuda a contornar os efeitos da separação é o relacionamento amigável com o ex-cônjuge.”.

Vencida a questão da responsabilidade dos genitores, as autoras afirmam, sem vacilar, que a guarda compartilhada é, desejável, “mas de difícil execução à vista das frequentes dificuldades de diálogo encontradas nos ex-casais.”. Logo, como bem apontado na obra sob comento, “não é a modalidade de guarda que é melhor ou pior, mas a cooperação entre os pais e a maior convivência deles com seus filhos.”.

Aqui, já fica bem definida a noção fundamental de que a guarda compartilhada não pode ser imposta – como pretende o novo texto legal sobre o tema – enquanto não viger a cooperação apontada pelas autoras. Em outras palavras, quando não há acordo entre os ex-parceiros, é óbvio que o compartilhamento se revela inaplicável.

Com base em profunda reflexão e larga experiência, as autoras novamente afirmam, de forma segura, que “casais que se desentenderam a ponto de precisar separar-se provavelmente não terão tal nível de evolução [...] para compartilhar a guarda dos filhos com a naturalidade que aparece nas pesquisas.”. Contrariamente ao largamente veiculado pela imprensa de forma superficial, o estudo levado a efeito pelas autoras comprova que “é inadequado, e até perigoso, o estabelecimento de guarda compartilhada para evitar agressividade e que não bastam instruções para levar os pais a um real e efetivo compartilhamento, ainda que essas instruções sejam altamente detalhadas e fornecidas pela autoridade judiciária.”.

A postura clara, precisa e objetiva esposada pelas autoras se direciona em afirmação de difícil contestação: “o funcionamento da guarda de filhos está especialmente relacionado a uma boa relação entre os pais.”. E todas as bibliografias existentes sobre o assunto, quer de autores oriundos do universo psicológico, quer do mundo jurídico, “reconhecem a importância do bom entendimento e das boas intenções dos pais que pretendem compartilhar e guarda.”. A esta altura do raciocínio, as autoras já se encontram devidamente habilitadas a afirmar que a “guarda compartilhada é o ideal a ser atingido, porque é a mais próxima da guarda conjunta de pais que vivem juntos, mas não é remédio para dissensões entre os pais.”. O recado é claríssimo: sem acordo entre os pais, a guarda compartilhada não atinge o seu objetivo maior e se torna sem efeito.

Por isso, a lei anterior, acertadamente, usava a expressão “sempre que possível”, alertando ao Poder Judiciário que a melhor das boas intenções é nula diante da relutância de genitores que não amadureceram e compuseram suas diferenças até o término do doloroso processo

de ruptura da sociedade conjugal. Ou seja – como muito bem frisaram as brilhantes autoras – “a lei, de per se, não tem o condão de mudar comportamentos.”. Ou ainda: “Nem por isso se deve fixar o compartilhamento da guarda, supondo que, à força, se entenderão.”. Em outras palavras, não é a guarda que gera entendimento entre genitores litigantes: são o amadurecimento e a compreensão dos genitores que viabilizam a aplicação da guarda compartilhada.

No capítulo 4 são apresentadas alternativas de ação, de modo a favorecer a efetiva ocorrência da guarda, vez que “perceber e acolher a dinâmica dos pais separados em vias de assumir a guarda dos filhos menores ou incapazes [...] deve ser o foco de trabalho de uma rede que pretenda ajudá-los a assumir tão difícil tarefa.”. Assim agindo, as autoras vão além do mero diagnóstico da insuficiência da aplicação da guarda compartilhada, mas indicam caminhos que viabilizam e “permitam o estabelecimento de uma guarda adequada”, uma vez que “mais importante do que a modalidade de guarda, é a competência dos pais para continuar a criar seus filhos após a separação.”.

Como “instrumentos que possam favorecer a transação e prevenir prejuízos emocionais”, são indicadas, como alternativas possíveis, a perícia judicial, a mediação familiar e a intervenção psicológica especializada, quando as duas primeiras alternativas se manifestam insuficientes, em decorrência da “complexidade de certos conflitos emocionais e relacionais”, que demandam, a intervenção de especialista em conflitos emocionais de família, como “psicólogo, assistente social ou médico psiquiatra, desde que qualificados na terapia familiar.”.

Por derradeiro, no capítulo 5, a obra avalia o pensamento da magistratura atuante (embora o universo examinado tenha se restringido à cidade de São Paulo) o que denota uma metodologia rara nas obras jurídicas nacionais (ainda que seja a regra na quase totalidade dos estudos norte-americanos). Desde o início do capítulo, as autoras alertam para uma realidade inquestionável, esta de que “os resultados indicam para a complexidade do fenômeno, simples e desejável, teoricamente, mas, na prática, de difícil exequibilidade.”. Ainda que a pesquisa tenha se restringido ao universo jurídico paulista, esta é uma constatação que tangencia todo o Poder Judiciário nacional, como tem se constatado pela leitura de trabalhos especializados sobre a temática e do contato com magistrados que atuam nas Varas de Família.

Da totalidade dos juízes entrevistados foi possível resgatar três linhas de entendimento sobre a guarda compartilhada e que merecem reflexão, a saber: 1) dificuldade de avaliação da guarda compartilhada: “(é) difícil discorrer sobre guarda compartilhada no Judiciário, porque [...] só vão para o Fórum litígios a serem dirimidos.”; 2) desnecessidade da lei:

“não haveria necessidade de lei que instituísse a guarda compartilhada se os ex-casais, por si mesmos, tivessem o bom senso e o bom relacionamento, porque o compartilhamento requer harmonia.”; 3) dificuldade de aplicação da guarda compartilhada: “esse tipo de guarda é difícil de se impor judicialmente, porque como a ninguém é dado ensinar as pessoas a ter bom senso, a guarda compartilhada só dará certo se as pessoas quiserem que dê.”. O resultado das entrevistas indica a validade dos questionamentos levantados pelas autoras, desde as primeiras páginas de sua valiosíssima obra. Assim, aquilo que já foi constatado por ambas, quer em decorrência dos estudos, quer a partir de sua experiência profissional, fica confirmado pelo testemunho dos aplicadores da lei.

Ato imediato, os participantes das entrevistas concordaram que a “decisão sobre guarda não é simples e deve atender ao que seja melhor para os filhos e que, no fundo, a solução deve vir da família.”. Quando isso não é possível – e quem milita nas Varas de Família conhece a complexidade dos litígios familiares – os participantes entenderam que “quando há desentendimento no casal, o melhor é o estabelecimento de guarda unilateral, embora façam ressalvas.”. O resultado da pesquisa levada a efeito é altamente revelador na medida em que relativiza a aplicação obrigatória da guarda compartilhada.

De igual modo, os Juízes de Direito entrevistados colocaram a si próprios como uma das questões mais importantes desta modalidade de guarda “é como fazer o instituto funcionar na prática.”. Mais uma vez, a postura do Poder Judiciário deixou claro que de nada adianta leis bem redigidas quando desacompanhadas de sua operacionalização.

Quanto à criticável “aplicação obrigatória” da guarda compartilhada prevista na Lei 13.058/2014, os participantes, de modo geral, entenderam “aquele parágrafo apenas como recomendação legal” (o que não é possível) em “ações litigiosas, nas quais a belicosidade é manifesta.”. Houve “convergência no pensamento dos entrevistados de que os pais precisam ter consciência do que estão assumindo [...] porque, caso contrário, não dará certo.”.

Já quanto à exequibilidade da nova lei, os participantes manifestaram uma quase unanimidade à necessidade de “algum regramento”, tendo alguns Juízes de Direito declarado que “não havia necessidade da lei até à de que nada deveria ser alterado nela, a não ser para efeito de aclará-la, o que implica alguma alteração.”.

A conclusão final a que chegaram as autoras, a partir da pesquisa realizada, merece grande reflexão de todos os operadores do Direito nas complexas questões familiares, já que, embora “a lei diga que será determinada a guarda compartilhada quando não houver acordo e ambos os genitores estiverem aptos ao exercício do poder familiar”, parte da

magistratura, “em todos os graus, mantém-se cautelosa, avaliando caso a caso, fundamentando-se no melhor interesse do menor e na sua proteção integral.”. O que levou Cezar-Ferreira e Macedo, nas considerações finais, a afirmarem que, “a lei deveria prever, expressamente, que, se fosse possível, seria fixada a guarda compartilhada mas, se não fosse, que seria determinada a guarda unilateral.”. Ou seja, ainda uma vez, as autoras afirmam a inoportunidade da obrigatoriedade da guarda compartilhada, sempre que não houver acordo. A dicção legal autoritária fica negada pela dinâmica própria a cada grupo familiar.

Outras considerações ainda merecem ser gizadas para melhor compreensão e aplicação da guarda compartilhada. Assim: “a separação ou o divórcio não afetam o poder familiar”; ainda hoje se confunde “guarda compartilhada com guarda alternada”; para adoção de guarda compartilhada com os efeitos previsíveis no texto legal “os pais precisam ter razoável harmonia, bom senso e menos individualismo em sua relação, bem como reunir um mínimo de maturidade e compromisso para educar os filhos”; que ainda sendo a guarda compartilhada a modalidade ideal quando da ruptura do casamento, a sua “execução é muito difícil por requerer pré-requisitos que estão na intimidade das pessoas e fogem à possibilidade de intervenção de um juiz, por mais dedicado que seja”; e, sobre a limitação dos efeitos da Sentença judicial, que “os juízes de direito não conseguem, por meio de sentença judicial, resolver os problemas familiares em conflitos de ordem psicológica.”.

Por derradeiro as autoras alertam sobre a necessidade de um acompanhamento posterior do casal, após a publicação da Sentença, quando concluem que “os serviços prestados pelo Poder Judiciário devem ser aperfeiçoados e valorizados e que o acompanhamento posterior à separação ou ao divórcio deveria ser feito, de preferência, de forma extrajudicial.”.

O trabalho culto, erudito e imensamente humano com que Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira e Rosa Maria Stefanini de Macedo brindam o mundo jurídico brasileiro certamente será um marco divisor em tudo que se disse e se escreveu sobre guarda compartilhada no Brasil. É obra de leitura obrigatória a todos que atuam no complexo e quase sempre tormentoso terreno do Direito de Família, onde as paixões costumam se sobrepôr ao bom senso e à razoabilidade, únicos meios de se atingir o ideal maior de Justiça perseguido, incessantemente, por pais, filhos e demais atores da dinâmica familiar.

Que a grandeza do presente trabalho, com sua inesgotável dose de tocante humanismo, profundo domínio do Direito e da Psicologia, e inquestionável escopo de auxiliar as pessoas fragilizadas pelos litígios familiares, sirva de paradigma não só aos operadores do Direito mas, igualmente a todos que se preocupam com os destinos da família brasileira.

Submissão em: outubro de 2016

Pareceres favoráveis em: novembro de 2016.

A Coesão Social Através da Doutrina da Igreja: da *Rerum Novarum* à *Pacem in Terris*

IRENE PORTELA*

DOMINGOS LOURENÇO VIEIRA**

* Doutora em Direito e Professora Coordenadora do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

**Doutor em História Moderna e Contemporânea (Paris IV)

A Igreja pode ser um expoente de coesão social apesar de todos os problemas que ela enfrenta no mundo de hoje? A Igreja justificou-se sempre a si própria através da justificação das concepções da verdade e da justeza das normas na doutrina social. A questão é: esta justificação supõe a definição da competência da Igreja em matéria social? Como e com que direito pode a Igreja abordar o campo socioeconómico e propor uma doutrina social? As disciplinas profanas como o Direito, a Economia, a Sociologia, a Antropologia, a Biologia... não esgotam o saber social? Esta questão toca no ponto nevrálgico da relação entre a sociedade civil e a Igreja, entre o social e o religioso, entre a ética e o teológico. A relação Igreja e sociedade civil, cada vez mais controversa, encontrou agora um mediador, o Papa Francisco, que veio reformular as bases desta relação no sentido de redescobrir um espaço para o diálogo interior e a redefinição dos papéis.

É através desta relação que a Igreja católica traduz a mensagem evangélica na sociedade e responde à tentativa da extensão social do cristianismo. A Igreja apresenta argumentos para preencher a lacuna do desaparecimento do fundamento metafísico da coesão social. Procurando preencher a falta de ordem e de igualdade social, a Igreja pode alegar o seu papel ordenador, pacificador e redistribuidor dos bens materiais escassos, a sua vontade de conformar a ordem social, o seu combate à pobreza promovendo a coesão social.

A Igreja afirma que a sua intervenção em matéria social decorre da ordem espiritual e moral. Ora, não é fácil traçar a fronteira entre o campo espiritual e o campo temporal.

Quando se percorre a história da doutrina social da Igreja, verifica-se que na encíclica *Rerum Novarum* o espiritual confunde-se com as instituições cristãs. Colocando o espírito cristão no centro da vida pública, a reforma social tende a reduzir-se a um regresso à vida, aos costumes cristãos e às instituições do cristianismo.

Quando, pois, o Evangelho raiou no mundo, quando os povos tiveram conhecimento do grande mistério da encarnação do Verbo e da redenção dos homens, a vida de Jesus Cristo, Deus e homem, invadiu as sociedades e impregnou-as inteiramente com a Sua fé, com as Suas máximas e com as Suas leis. E por isso que, se a sociedade humana deve ser curada, não o será senão pelo regresso à vida e às instituições do cristianismo (PAPA LEÃO XIII, 1892, § 15, p. 118).

Esta identificação significa concretamente o restabelecimento da observância dos preceitos fundados sobre a revelação e o direito natural na vida privada e pública. Estes costumes cristãos não repousam apenas na dignidade da pessoa humana, mas também na felicidade da vida eterna. A ética visa, antes de mais, uma finalidade espiritual. O cristianismo tem um papel de modelo regulador da acção em vista da bem-aventurança eterna:

a verdadeira dignidade do homem e a sua excelência residem nos seus costumes, isto é, na sua virtude; que a virtude é o património comum dos mortais, ao alcance de todos, dos pequenos e dos grandes, dos pobres e dos ricos; só a virtude e os méritos, seja qual for a pessoa em quem se encontrem, obterão a recompensa da eterna felicidade (PAPA LEÃO XIII, 1892, § 15, p. 115).

Deste modo, a Igreja considera ter o direito de intervir em matéria social para assegurar a salvaguarda dos costumes cristãos e da religião na sociedade. Trata-se de expor a sua competência quando afirma que apenas a religião está em condições de destruir o mal na sua raiz (PAPA LEÃO XIII, 1892, § 15, p. 109-110) e que a religião constitui o fundamento de todas as leis sociais (PAPA LEÃO XIII, 1892, § 15, p. 140). Uma tal concepção do espiritual e da moral coloca o social sob o religioso. Ela confunde, se retomarmos às palavras de Fédou (1991, p. 529), a “cristandade” com o “cristianismo”. A “cristandade” constitui “a figura determinada que toma o cristianismo num dado país e num dado período da história”. Uma tal compreensão não pode pretender ao monopólio da verdade: ela não se pode impor como o único modelo regendo a conduta social. O “cristianismo” designa “esta religião que testemunha justamente da fé em Cristo como único mediador.” (FÉDOU, 1991, p. 530). No entanto, note-se, que o cristianismo confessa Cristo como único mediador numa determinada figura da cristandade. Mas, a fé não se reduz a uma ou outra das suas expressões históricas.

Esta ideia de *Rerum Novarum* encontra-se na encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI. “Mas, se examinarmos as coisas mais a fundo, veremos à evidência, que esta restauração social tão ardentemente desejada, não se pode obter sem prévia e completa renovação do espírito cristão.” (PAPA PIO XI, 1931, p. 218).

Esta citação afirma que o restabelecimento do espírito cristão é a condição imprescindível à reforma social. Nesta perspectiva, se bem que o espiritual não se substitua ao social,

este deve se referir sempre a um modelo religioso. O social não é um domínio autónomo: a sua racionalidade está submetida à influência religiosa.

A esta tão deplorável crise das almas, que, enquanto dure, tornará inúteis todos os esforços de regeneração social, não pode dar-se outro remédio, mais que reconduzir os homens à profissão franca e sincera da doutrina evangélica, aos ensinamentos d'Aquele, que tem ele só palavras de vida eterna [...]. É certo que todos os verdadeiramente entendidos em sociologia, anseiam por uma reforma moldada pelas normas da razão, que restitua a vida económica à sã e recta ordem. Mas esta ordem, que também Nós ardentemente desejamos, e procuramos com o maior empenho, será de todo falha e imperfeita, se não tenderem de concerto todas as energias humanas a Imitar a admirável unidade do divino conselho e a consegui-la, quanto ao homem é dado: chamamos perfeita aquela ordem apregoada pela Igreja com grande força e tenacidade, pedida mesmo pela razão humana, isto é: que tudo se encaminhe para Deus fim primário e supremo de toda a actividade criada (PAPA PIO XI, 1931, p. 222).

Este conceito do espiritual introduziu efectivamente uma relativização da ordem política e social. A urgência da reforma socioeconómica está submetida às exigências morais e espirituais. Esta relação põe a nu uma lacuna na mediação entre o espiritual e o social. As exigências do primeiro valem essencialmente nas relações de pessoa a pessoa. O segundo decorre de uma determinação social e coloca a questão das estruturas sociais. A praxis social dissolve-se na praxis moral e privada do sujeito cristão. Esta apresentação que insiste sobre a dicotomia entre o espiritual e o social aparece como inadequada para compreender o social e o político na sua expressão empírica e histórica. Uma tal teologia está elaborada no interior do espaço oferecido pela mediação do direito natural. Esta tende a dissimular os elementos positivos dos factos em virtude de um ponto de vista geral e abstracto das inumeráveis possibilidades de interpretações.

A encíclica *Mater e tMagistra* marca um novo desenvolvimento da concepção do espiritual com a insistência na dimensão antropocêntrica: o homem elevado a uma ordem de realidade transcendente constitui o ponto de partida e o fim da vida social:

O princípio fundamental desta concepção consiste em, cada um dos seres humanos, ser e dever ser o fundamento, o fim e o sujeito de todas as instituições em que se expressa e realiza a vida social: cada um dos seres humanos considerado na realidade daquilo que é e que deve ser, segundo a sua natureza intrinsecamente social, e no plano divino da sua elevação à ordem sobrenatural (PAPA JOÃO XXIII, 1961, § 218, p. 453).

O social não é somente o espaço vazio da aparição de valores morais e espirituais, mas um espaço estruturado onde o homem está situado no centro das relações. A

ideia do espiritual não é compreendida indissociavelmente das suas condições da vida concreta:

a Santa Igreja, apesar de ter como principal missão a de santificar as almas e de as fazer participar dos bens da ordem sobrenatural, não deixa de preocupar-se ao mesmo tempo com as exigências da vida quotidiana dos homens, não só no que diz respeito ao sustento e às condições de vida, mas também no que se refere à prosperidade e à civilização em seus múltiplos aspectos, dentro do condicionalismo das várias épocas (PAPA JOÃO XXIII, 1961, § 3m, p. 402).

O espiritual não tem apenas de ser compreendido sob a forma de um valor a perseguir, mas está definido pela situação sócio-histórica com todas as suas contradições e com as suas condições históricas. O religioso depende das condições sociais. O contrário também é verdade, ou seja, a purificação da vida social se efectua por meio de uma profunda refontalização da moralidade a partir da religião. A Igreja não pode por isso ser indiferente à degradação das condições económicas e sociais.

Por seu lado, a encíclica *Pacem in Terris* fornece mais precisões sobre a definição do espiritual quando traduz a realidade de ordem espiritual em

como intercomunicação de conhecimentos à luz da verdade, exercício de direitos e cumprimento de deveres, incentivo e apelo aos bens morais, gozo comum do belo em todas as suas legítimas expressões, permanente disposição de fundir em tesouro comum o que de melhor cada qual possua, anelo de assimilação pessoal de valores espirituais (PAPA JOÃO XXIII, 1963, § 36, p. 266).

Nesta definição, há uma usurpação da ordem moral pela ordem espiritual sem precisar a natureza da sua relação.

A definição que a encíclica dá sobre a ordem moral, sem a subjugar à ordem espiritual, não permite desvendar a natureza da sua relação: “é uma ordem que se funda na verdade, que se realizará segundo a justiça, que se animará e se consumará no amor, que se recomporá sempre na liberdade, mas sempre também em novo equilíbrio cada vez mais humano.” (PAPA JOÃO XXIII, 1963, § 37, p. 266).

As fontes doutrinárias da doutrina social da Igreja, a revelação e o direito natural, permitem estabelecer a relação entre a ordem moral e a ordem espiritual e de se demarcar das soluções objectivas que se apoiam nas ciências sociais.

Essa ordem moral-universal, absoluta e imutável nos seus princípios – encontra a sua origem e o seu fundamento no verdadeiro Deus, pessoal e

transcendente. Deus, verdade primeira e sumo bem, é o único e o mais profundo manancial, donde possa haurir a sua genuína vitalidade uma sociedade bem constituída, fecunda e conforme à dignidade de pessoas humanas. A isto se refere santo Tomás de Aquino, quando escreve: “a razão humana tem da lei eterna, que é a mesma razão divina, a prerrogativa de ser a regra da vontade humana, medida da sua bondade... Donde se segue que a bondade da vontade humana depende muito mais da lei eterna do que da razão humana.” (PAPA JOÃO XXIII, 1963, § 38, p. 266-267).

Trata-se, portanto, da relação entre a razão humana e a lei eterna. O esclarecimento desta questão permitirá de explicar as concepções da doutrina social da Igreja sobre a verdade das suas normas. Esta justificação depende do acordo entre as interpretações propostas e a interpretação inicial na qual a revelação se tornou acessível (LADRIÈRE, 1984, p. 123). A continuidade de sentido representa, assim, a pedra de toque deste projecto. A Igreja se considera depositária da verdade e a garante de continuidade do sentido (PAPA LEÃO XIII, 1892, 116-117; PAPA PIO XI, 1931, p. 208-209; PAPA JOÃO XXIII, 1961, p. 428; PAPA JOÃO XXIII, 1963, p. 260-261). “Dentro deste campo, o depósito da verdade que Deus Nos confiou e o gravíssimo encargo de divulgar toda a lei moral, interpretá-la e urgir o seu cumprimento oportuna e importunamente, sujeitam e subordinam ao Nosso juízo a ordem social e as mesmas questões económicas.” (PAPA PIO XI, 1931, p. 190). O argumento de autoridade prevaleceria sobre outras considerações. Mas, ele não é arbitrário porque o recurso a um sistema de pensamento compatível com a teologia, o direito natural de Santo Tomás, funda, apesar dos seus limites, uma determinada racionalidade.

O projecto filosófico e ético de Santo Tomás tem como ponto de partida a razão humana: a lei natural emana da razão. A questão colocar-se-ia em saber de que modo a lei natural emana da natureza humana. Na perspectiva ética, quando Santo Tomás fala de razão, refere-se à razão prática, ou seja, às proposições universais que ordenam as acções – a lei. Os preceitos da lei apresentam-se como o enunciado de uma frase: a lei é uma sentença da razão emitida sob a forma de preceito (TOMÁS DE AQUINO, [S. n. t.], 1-2, 93, 3, ad 2). Os preceitos da lei portam sobre os actos, comandam e motivam as acções. Mas, como procede a razão para chegar a tais preceitos? Será que procede como na razão especulativa: dos princípios à conclusão? Para Santo Tomás, o homem recebe a impressão da lei eterna sob a forma de inclinações que o conduzem aos actos e aos fins que lhes são próprios. O homem participa, portanto, da lei eterna pelo conhecimento inerente à sua natureza da qual emanam determinados princípios gerais.

No plano da acção Santo Tomás, emprega o termo “desejo natural” para exprimir a escolha saída de uma deliberação e para exprimir uma conclusão do que é bom realizar.

Este termo realça o acordo entre o desejo e a razão. O desejo racional é concebido no sentido em que está orientado para o hábito moral correcto. A componente da acção que exprime este desejo racional é um acto da vontade. A vontade é livre, ou seja, o julgamento sobre o que é bom ou mau está sempre aberto a esta alternativa: ou é movida por uma paixão desordenada ou pela sã razão. A deliberação que reivindica ser perfeitamente racional será sempre orientada para um fim, na medida em que esta é um meio ulterior para o fim último do homem.

O fim último do homem é o estado de felicidade perfeita que é a contemplação de Deus na visão beatífica. Uma vez que a lei natural se funda sobre a estrutura do homem como pessoa que vive em comunidade, a lei deve considerar o objectivo da vida em comunidade: o bem comum. Assim a lei natural está ordenada na sua própria estrutura para o bem comum. Este exprime o direito fundamental que se descobre na exigência de toda a vida em sociedade permitindo ao homem de se realizar conformemente ao seu fim. Ora o fim do homem e da sociedade é Deus e a dignidade do homem é o objecto da justiça.

Este termo justiça “ius” engloba três noções na acepção tomasiana: a) Deus é o próprio justo; b) “ius” designa a arte pela qual é conhecido o que é justo; c) “ius” designa o lugar que rege a justiça, ou seja, a própria lei. A primeira acepção refere-se a Deus: a Justiça de Deus é o fundamento da própria justiça. Ela designa a justiça como virtude recebida pelo homem da graça de Deus. O homem tornou-se justo por Deus. Esta justificação significa a disponibilidade do homem. As duas últimas acepções encontram a noção de justiça como “equidade”: dar a cada um o seu direito ou o que lhe é devido. O termo “equidade” implica uma relação aos outros: “Justiça significa igualdade a partir da sua própria definição e a justiça implica relação com o outro.” (TOMÁS DE AQUINO, [S. n. t.], q. 57, art. 2, ad I, 2, 3, q. 60).

O que caracteriza a justiça em relação às outras virtudes é conduzir o homem nas suas relações com os outros com vista ao bem comum. As relações na sociedade dão as formas da justiça. A justiça comutativa tem por objecto as trocas entre pessoas. Ela rege a obrigação de dar a alguém um bem que lhe pertence. Quando se está diante da relação do todo às partes, ou seja, das relações que rege as relações da sociedade com cada um dos seus membros, está-se face à justiça distributiva. Esta tem por princípio repartir proporcionalmente o bem comum da sociedade entre os seus membros.

Que relação há entre a justiça e a alie natural O carácter indirecto e imperfeito do conhecimento da lei natural cria uma presunção em favor do recurso á lei divina. A lei natural se afirma como participação do homem à perfeição do conhecimento revelado. O conhecimento indirecto e imperfeito, que representa a nossa vida prática, centra-se na

busca do que é moralmente bom. A faculdade natural de julgar e escolher o que é moralmente bom, a “sindérese”, e a consciência constituem as disposições indispensáveis (TOMÁS DE AQUINO, [S. n. t.], q. 47, art. 15, resp.). Elas condicionam a inclinação para o bem e permitem à lei natural ser devidamente comunicada a todos e de revestir o carácter de imperativo universal. Elas estão cada vez mais presentes na vida humana à medida que da intensidade e da eficácia da educação às virtudes. A aquisição de um tal conhecimento é uma questão de aprendizagem e de prática destas virtudes morais e não de uma procura intelectual. Assim, a prática da justiça traduz no pensamento de Santo Tomás a aplicação da lei natural. Deste ponto de vista, a justiça e a lei natural traduzem-se ou tomam forma em decisões concretas mais do que em regras gerais.

A tónica é colocada no esforço ou no dever do indivíduo em relação aos outros: a justiça poderia ser realizada se cada indivíduo se comportasse correctamente. A dinâmica da Justiça para Santo Tomás tem, portanto, como ponto de partida o “homem virtuoso” – Se cada um de nós realiza os seus actos virtuosamente, a ordem e a justiça seriam estabelecidos na sociedade. Esta crença apoia-se no próprio mecanismo da lei natural: no homem há uma inclinação natural a agir conformemente à razão e a virtude, são os actos que são conformes à razão. Este raciocínio não tem conta da determinação relativa às estruturas sociais.

Resta então esclarecer: o método da doutrina social da Igreja retoma esta interpretação de Santo Tomás? Atravessando o pensamento social da Igreja de *Rerum Novarum* à encíclica *Pacem in Terris* está marcado por este modelo de pensamento de Santo Tomás. Primeiro, através das referências directas ao direito natural e à revelação; em seguida encontramos nestas encíclicas sociais quatro elementos de interpretação que nos permite fazer esta aproximação: o método dedutivo; a tradição teleológica; a participação como modo de relação entre a acção humana e o fim último e a insistência sobre a dignidade do homem como objecto da justiça. Mais ainda, a ética social cristã inscreve-se na tradição teleológica de Santo Tomás. Dizer “teleologia” é designar a lógica implícita a todo o uso da noção de motivo no sentido de deposição a... Esta lógica implica que toda a acção tem um objectivo, um fim que é igualmente o seu fundamento. “A perfeição da sociedade consiste [...] em prosseguir e atingir o fim último em vista da qual foi fundada.” (PAPA LEÃO XIII, 1892, p. 114).

O fim da sociedade é o bem comum. Este fim não é, senão, um meio intermediário para o fim último da sociedade que é Deus. Uma tal racionalidade da ética se desenvolve em termos teológicos (PAPA JOÃO XXIII, 1961, §§ 201-209, *passim*). A reivindicação segundo a qual a religião seria o meio portador de uma tal moral excluiria a possibilidade da busca da verdade e da justiça fora do cristianismo.

Assim, a crítica de John Rawls à tradição teleológica da moral é pertinente. Nesta tradição a ética tende a defender que existe apenas uma concepção do bem que deve ser reconhecida pelos indivíduos na medida em que eles são “plenamente racionais”. Uma tal tese seria, então, incompatível com a ideia da pluralidade de valores ou inclusivista, a divergência sendo reenviada a uma questão de interpretação de segundo preceitos.

Encontramo-nos aqui face à pretensão de universalidade, de imutabilidade e de um absoluto da ordem numa tal moral na doutrina social da igreja. “Essa ordem moral – universal, absoluta e imutável nos seus princípios – encontra a sua origem e o seu fundamento no verdadeiro Deus, pessoal e transcendente. Deus, verdade primeira e sumo bem, é o único e o mais profundo manancial, donde possa haurir a sua genuína vitalidade uma sociedade bem constituída, fecunda e conforme à dignidade de pessoas humanas. A isto se refere Santo Tomás de Aquino, quando escreve: “a razão humana tem da lei eterna, que é a mesma razão divina, a prerrogativa de ser a regra da vontade humana, medida da sua bondade... Donde se segue que a bondade da vontade humana depende muito mais da lei eterna do que da razão humana.” (TOMÁS DE AQUINO, [S. n. t], I-II, 19, 4)¹. Esta pretensão choca hoje com a realidade da sociedade plural onde o entendimento por uma acção exige compreensão mútua. O reconhecimento da necessidade da participação de todos os homens de boa vontade e de outras religiões exprimida nas encíclicas *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris* não debela a lacuna de um tal raciocínio.

Quanto à relação entre o homem e o fim último, a doutrina social da Igreja não se distingue da reflexão de Santo Tomás, especialmente no que se refere à “participação”. Esta relação supõe que o fim último, o próprio Deus, funde a validade da acção do homem. Por exemplo, quando o Papa Leão XIII fala de autoridade, sublinha este carácter participativo. “Toda a autoridade vem de Deus é uma participação da Sua autoridade suprema; desde então, aqueles que são os depositários dela devem exercê-la à imitação de Deus, cuja paternal solicitude se não estende menos a cada uma das criaturas em particular do que a todo o seu conjunto.” (PAPA LEÃO XIII, 1892, n.º 19).

Uma tal relação relativiza o papel dos bens deste mundo e destaca a essência do homem. As encíclicas sociais ulteriores usam respectivamente a este propósito os termos “ter” e “ser”. Seria aqui que radica o problema social. Ao fornecer as justificações das suas acções sobre a justeza das suas normas o ensino social da Igreja determina uma racionalidade que procura conduzir a conclusões coerentes.

¹ Transcrito em PAPA JOÃO XXIII, 1963, § 38.

REFERÊNCIAS

FÉDOU, Michel. Le christianisme parmi les religions. In: **Études**, tomo 375, n.º 5 (3755), novembro de 1991.

LADRIÈRE, Jean. **L'articulation du sens**. Tomo II. Paris: Cerf, 1984.

PAPA JOÃO XXIII. Mater et Magistra. 15 de maio de 1961. In: **Acta Apostolicae Sedis**, v. LIII, n.º 8, 15 jul. 1961.

PAPA JOÃO XXIII. Pacem in terris. 11 de abril de 1963. In: **Acta Apostolicae Sedis**, v. 5, 20 abr. 1963.

PAPA LEÃO XIII. Rerum Novarum. 15 de maio de 1891. In: **Acta Leonis**, v. XI, 1892.

PAPA PIO XI. Quadragesimo Anno. 15 de maio de 1931. In: **Acta Apostolicae Sedis**, v. XXIII, n.º 6, 1º jun. 1931.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Somme théologique**. v. I, II, II^a, II^{ae}. [S. n. t.].

Submissão em: novembro de 2015
Pareceres favoráveis em: julho de 2016.

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç Õ E S

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.
 - 6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a ressignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005