

# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 12, n. 1, jan./jun. 2017. ISSN 1809-7278 (Impressa)  
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Poluição Sonora Urbana: instrumentos extrajudiciais de controle  
*Aflaton Castanheira Maluf*

El Genoma Humano: derecho y salud  
*Ana Carolina Molina Villar*

“Que la sangre no llegue Al(barracini)...” Comentario al fallo de la Corte Suprema de  
Justicia de la Nación Argentina: “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas  
precautorias”, del 01/06/2012  
*Elian Pregno*

El Arranque en la Política Económica y las Agencias de Clasificación de Crédito: derechos  
entre las urnas y la fuga de capitales  
*Hugo Luís Pena Ferreira*

Aproximación al Proceso de Mediación Concursal: algunas distinciones respecto al  
modelo de mediación civil y mercantil de la Ley 5/2012, de 6 de julio  
*Nancy Carina Vernengo Pellejero*

#panamapapers: ¿dónde deben pararse el Estado, la Justicia, los medios de comunicación  
y la sociedad ante la mayor filtración de documentos confidenciales de la historia?  
*Pablo Schiavi*

Materialismo Histórico e Processo: arguição da tese de doutoramento do Mestre Marcelo  
Grilo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 17 de junho de 2016  
*Paulo Ferreira da Cunha*



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO



# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 12, número 1, jan./jun. 2017

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

---

REVISTA BRASILEIRA  
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 12, n. 1 – Semestral – Montes Claros, MG – jan./jun. 2017

---



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. 12, n. 1 (2017) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2017 –  
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

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

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

CDU – 34

---

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

## SUMÁRIO

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

### ABERTURA

Poluição Sonora Urbana: instrumentos extrajudiciais de controle <i>Aflaton Castanheira Maluf</i> .....	13
---	----

### ARTIGOS

El Genoma Humano: derecho y salud <i>Ana Carolina Molina Villar</i> .....	53
--	----

“Que la sangre no llegue Al(barracini)...” Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”, del 01/06/2012 <i>Elian Pregno</i> .....	81
--	----

El Arranque en la Política Económica y las Agencias de Clasificación de Crédito: derechos entre las urnas y la fuga de capitales <i>Hugo Luís Pena Ferreira</i> .....	95
--	----

Aproximación al Proceso de Mediación Concursal: algunas distinciones respecto al modelo de mediación civil y mercantil de la Ley 5/2012, de 6 de julio <i>Nancy Carina Vernengo Pellejero</i> .....	119
--	-----

#panamapapers: ¿dónde deben pararse el Estado, la Justicia, los medios de comunicación y la sociedad ante la mayor filtración de documentos confidenciales de la historia?  
*Pablo Schiavi*..... 141

## **ECOS ACADÊMICOS**

Materialismo Histórico e Processo: arguição da tese de doutoramento do Mestre Marcello Grilo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 17 de junho de 2016  
*Paulo Ferreira da Cunha*..... 153

**NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO**..... 165

## EDITORIAL

O ano de 2017 representa a oportunidade de trazer a lume um número da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Oportunidade que significa a entrada no décimo segundo ano seguido e ininterrupto, de sua publicação. É um fato que justifica e consolida, cada vez mais, a presença deste veículo de comunicação científica. E, com a solidez cada vez mais fincada em solo forte, em terra firme, em ambiente propício para se segurar.

O tom internacional da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem continuidade. Há interesse de autores de outros continentes, de outras praças, pela publicação nesta Revista. E o atual número (por ser número 1, representa a publicação do primeiro semestre) deste décimo segundo ano de publicação comprovadamente vitoriosa, traz uma variedade de países que, como se verá, é representativa de um leque bem aberto.

Como texto de **Abertura**, a oportunidade se mostra da maior qualidade. É que a apresentação é quanto a um qualificadíssimo artigo científico de autoria do Prof. Dr. Aflaton Castanheira Maluf, autor de livros e eterno estudante das questões ambientais e do Direito Agrário, dentro outros segmentos do Direito. A escolha, feliz, foi quanto a desmistificar acerca da tão propagada “lei do silêncio” que muitos afirmam existir, mas ninguém conhece o teor. O assunto é desbravado com análise da Constituição Federal e das Leis federais, passando pelo estudo de leis de alguns Estados e de também de uns Municípios brasileiros. Tudo para mostrar sobre poluição sonora, ruídos, perturbação do meio ambiente, Direito de Vizinhança, uso anormal da propriedade e outros tópicos do estudo do Direito. Trata-se de um artigo científico em que o autor demonstra sua condição de pesquisador, pois busca por todos os âmbitos quanto a um tema pouquíssimo divulgado e, até mesmo, intrigante. Há, sim, recomendação de que seja feita não apenas uma leitura, mas um constante estudo deste artigo. Para o bem da Ciência Jurídica.

Na seção denominada “**Artigos**”, os autores figuram em ordem alfabética.

Assim, a primeira entrada de texto é de autoria da Professora Ana Carolina Molina Villar, da Universidad Extremado de Colombia e atual assessora da Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (correspondente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro), tendo passado três anos como assessora de Ministro do Tribunal Superior de Bogotá. Com esta experiência, a autora chega a fundamentar seu texto em Acórdãos da Suprema Corte. Isto, ao descrever sobre “El Genoma Humano: derecho y salud”, que é um segmento que a autora pesquisa com profundidade. Ela fala sobre genoma, seguridade

social e temas afins e, principalmente, questiona e aponta para a situação do Direito à Saúde estar sendo deixado em um plano não correspondente sequer às condições humanas. Coloca reflexões quanto à anunciada reforma da previdência colombiana, de 1990, que trazia promessas de um grande desenvolvimento do sistema de seguridade social a partir de 1991. Em um momento de debate no Brasil acerca da reforma da Previdência Social, este texto esclarece alguns pontos importantíssimos aplicáveis tanto na Colômbia quanto no Brasil ou outros locais em que a Previdência Social não dá o suporte, verdadeiramente, que anuncia fazer quanto à garantia do Direito à Saúde que os humanos têm. Inclusive, constitucionalmente fixados.

Sob o título “‘Que la sangre no llegue Al(barracini)...’ Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: ‘Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias’, del 01/06/2012”, o Prof. Dr. Elian Pregno descreve a questão do Direito à Saúde sob o prisma das pessoas praticantes da religião testemunhas de Jeová, que não admitem transfusão de sangue. E descreve o caso de um paciente que, no hospital e após cirurgia complicada, está em estado de inconsciência. Necessitando urgentemente de sangue para continuar a ter vida, a mulher do paciente não permite o fornecimento de sangue, e exhibe uma Escritura Declaratória, lavrada perante Tabelião, com fé pública, em que o paciente previamente declarara que, por ser praticante religioso, não aceitava transfusão de sangue, de glóbulos vermelhos, de glóbulos brancos, plaquetas ou plasma; ainda que o seu médico pessoal garantisse que somente o sangue acrescido ao seu corpo lhe salvaria a vida. E, para acrescer, havia a presença do pai do paciente, fazendo todos os esforços para salvar a vida do filho. O lado do Direito à Saúde é demonstrado, no artigo científico, como sujeito a implicações que fogem ao controle estatal e, em complemento, na situação de que nem todas atitudes e omissões são necessariamente falta de estrutura médico-hospitalar ou falta de conhecimento humano: entram também os Direitos da Personalidade, o Direito de Crença e o direito até mesmo de não crer.

Ao escrever sobre a vida econômica do Brasil pós-eleições 2014, especialmente quanto ao controle que as agências reguladoras tratam do crédito no Brasil, o Professor Doutor Hugo Luís Pena Ferreira escolheu o título “El Arranque en la Política Económica y las Agencias de Clasificación de Crédito: derechos entre las urnas y la fuga de capitales”. E, sem dúvidas, soube muito bem expor em um texto bem cuidado, recheado de fundamentos filosóficos e da área do Direito. O autor descreve interdisciplinarmente, de forma a envolver Direito (inclusive, Eleitoral), Economia e Relações Internacionais, com um grau profundo de demonstração de pesquisa em várias modalidades para que, em síntese, seja abordada a possibilidade de fuga de capitais brasileiros para outros países, em razão da falta de sustentação política pela qual passa o Brasil no último par de anos.



A Professora Doutora Nancy Carina Vernengo Pellejero, da Universitat de Barcelona (nome da Instituição, em Catalão; sendo Univesidad de Barcelona o nome em Espanhol), contribui com um tema pelo qual ela tem carinho, dedicação e constante estudo. O título já revela o conteúdo: “Aproximación al Proceso de Mediación Concursal: algunas distinciones respecto al modelo de mediación civil y mercantil de la Ley 5/2012, de 6 de julio”. Há um comentário, eficaz e carregado de boa doutrina, acerca da Lei de 2012 que trata da mediação de conflitos na Espanha. E a autora não se limita a comentar sobre a referida lei no campo do Direito Civil, buscando no Direito Empresarial (ou Mercantil) toda a comparação possível. Passa, portanto, pelo sistema espanhol de valorizar as manifestações de vontade por meio de intermediação dos Serviços Notariais e Imobiliários, o que desafoga o Poder Judiciário, o que no Brasil é chamado de desjudicialização. O artigo, fonte de muita pesquisa e muito estudo, demonstra o caminho espanhol para a aceleração dos resultados do Poder Judiciário, o que, mesmo fora da pretensão inicial, serve de exemplo para o mundo.

Para encerrar a seção “**Artigos**”, por questões de ordem alfabética, aparece o texto científico de autoria de Pablo Schiavi, que é Professor Doutor de diversas Faculdades e Cursos de Pós-Graduação *stricto sensu* no Uruguai. O autor fala sobre o envolvimento das pessoas com as redes sociais e as consequências que podem daí nascer. Centra-se na divulgação de documentos confidenciais que ficou conhecida como *PanamáPapers* e expôs o fato de que várias pessoas, envolvidas com a política partidária de diversas partes do mundo, tinham contas secretas e empresas fictícias em paraísos fiscais; e a divulgação dos dados confidenciais por parte de especialistas em sistemas computacionais que invadem os bancos de dados que, supostamente, estão muito bem protegidos por senhas, códigos, sistemas de segurança e outros. Ao analisar o tema, o autor fala de Direito e comunicação, mostrando o papel da imprensa livre de investigar e divulgar o que os administradores dos dinheiros públicos vêm fazendo com os valores que são desviados, dos cofres públicos, para seus nomes. Um texto, sem dúvidas, que faz uma análise, à luz do Direito, acerca das questões divulgadas pela imprensa, e que eram vistas apenas pelo campo político ou, no máximo, econômico. O título do artigo é “#panamapapers: ¿dónde deben pararse el Estado, la Justicia, los medios de comunicación y la sociedad ante la mayor filtración de documentos confidenciales de la historia?”. Vale a pena ler.

Para o fecho, há a seção denominada “**Ecos Acadêmicos**”. No presente volume 1 do número 12, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem o privilégio de contar com um escrito do Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha, português com grande vínculo com o Brasil, no qual transcreve uma fala, em tom de análise escrita, quando da participação em banca examinadora de Doutorado no Brasil. Diferentemente de muitos outros avaliadores, o Professor Paulo Ferreira da Cunha comparece às bancas examinadores munido de um

estudo escrito, com profundidade e busca de pormenores, fazendo uma análise da tese em julgamento. E, desta vez, cuida de oferecer muitas comparações com obras diversas, de autores igualmente diversos, e de variados tempos. Uma comparação que faz comprovações de que, mais do que ler toda a tese, procurou resenhar, criticar (no sentido científico do termo) e, por fim, mergulhar no texto em observação.

Contabilizando, em letras finais, as participações, vê-se que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** traz, no presente número, artigos de pessoas da Argentina, do Brasil, da Colômbia, da Espanha, de Portugal, do Uruguai. As visões internacionais acerca do Direito estão, cada vez mais, ilustrando as páginas da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**.

O que, além da alegria, traz-nos a certeza insuperável de que os passos até agora dados indicam um caminhar mais calmo e tranquilo nos próximos tempos. Que estes venham sempre coloridos pela **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**.

Professor Doutor Elton Dias Xavier  
*Editor*

A B E R T U R A



# Poluição Sonora Urbana: instrumentos extrajudiciais de controle

AFLATON CASTANHEIRA MALUF\*

**Resumo:** A *poluição sonora* compreende um dos grandes danos ambientais que atingem pessoas e seres vivos em geral. Existem vários mecanismos extrajudiciais aptos ao controle das fontes de poluição sonora urbana. De regra, os instrumentos de controle extrajudiciais estão insertos no gênero poder de polícia administrativo ambiental. As provas ambientais em desfavor da poluição sonora podem ser concretizadas através de Atas Notariais. No plano extrajudicial têm-se mediações, conciliações e arbitragens, que podem ser utilizadas nas questões ambientais.

**Palavras-chave:** Poluição Sonora Urbana, Som, Ruído, Cacofonia, Saúde, Qualidade de Vida, Direito Ambiental, Federação, Extrajudicial.

**Abstract:** Sound pollution comprises one of the major environmental damages affecting people and living things in general. There are a number of out-of-court mechanisms to control sources of urban noise pollution. As a rule, the instruments of extrajudicial control are inserted in the general power of environmental administrative police. Environmental proofs against noise pollution can be achieved through Notarial Acts. In the extrajudicial plan there are mediations, conciliations and arbitrations, which can be used in environmental matters.

**Keywords:** Urban Sound Pollution, Sound, Noise, Cacophony, Health, Quality of Life, Environmental Law, Federation, Extrajudicial.

---

\* Doutor em Direito pela FADISP. Professor Universitário de Direito Ambiental e Agrário.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos dias altamente estressantes desse século XXI, o direito ao *silêncio* (ou som ameno) deve ser compreendido como um dos *direitos fundamentais* dos seres humanos e *não* humanos. O que vem ocorrendo hodiernamente é o oposto: o *direito ao silêncio* (ou níveis sonoros amenos) é massacrado por barulhos e ruídos diurnos de toda espécie.

A *poluição sonora* compreende um dos grandes danos ambientais que atingem pessoas e seres vivos em geral – especialmente fauna terrestre e aquática – sobretudo nas cidades dos cinco continentes. Essa *espécie* de *dano ambiental*, por sua vez, é constituída basicamente por ruídos sonoros capazes de produzir incômodo ao bem-estar, ocasionando malefícios à saúde e a qualidade de vida.

O agravamento dessa poderosa fonte poluidora altamente diversificada vem merecendo estudos específicos – há décadas – dos profissionais das Ciências da Saúde, Jurídicas e Sociais. A *poluição sonora* pode ser compreendida basicamente como aquela provocada por ruídos – permanentes e/ou temporários – sendo a fonte produtora *móvel* (um automóvel, por exemplo) ou *fixa* (uma casa noturna, por exemplo).

A argúcia do filósofo alemão Arthur Schopenhauer – séc. XIX – antecipou o que os conhecimentos científicos vieram confirmar no séc. XX: “o ruído é o assassinato do pensamento”. O sono, ou mesmo o repouso, são reconhecidos cientificamente como o período mais fecundo para consolidar traços da criatividade e aprendizagem.

Uma simples noite mal dormida pode influenciar diretamente na intelectualidade e memória do indivíduo no dia seguinte. Isso sem contar sua *performance* laboral. A falta de descanso/

repouso adequado afeta até os reflexos das atividades mais singelas. Em consequência, os efeitos da poluição sonora geram, dentre outros malefícios, deficiências psicológicas e biológicas.

Nas Ciências da Saúde, o termo utilizado para distúrbios auditivos é *disacusia*, sendo a *presbiacusia* ou *hipoacusia* a perda da sensibilidade auditiva. Ressalte-se que a perda auditiva dar-se-á de forma natural pelo avanço da idade (*hipoacusia etária*); sendo muito acelerada quando há exposição à poluição sonora (*hipoacusia induzida por ruído*). Além disso, o “trauma” pelo sofrimento causado por ruídos indesejáveis, ou *cacofonia*, implanta em muitas pessoas *acusticofobia* (medo, ojeriza de ruídos).

Em vista da natureza transdisciplinar do tema, a questão vem causando preocupação generalizada, sobretudo das Ciências Sociais Aplicadas e Ciências da Saúde. Assim, profissionais da Medicina, Arquitetura e Urbanismo, Engenharias, Física, Direito, etc., vêm estudando essa fonte de poluição, bem como os meios de minimizá-la, em vista da magnitude atingida e os efeitos negativos produzidos, sobretudo nos centros urbanos.

Para as Ciências Jurídicas trata-se – a poluição sonora – de dano ambiental *difuso, coletivo e/ou individual homogêneo* de natureza *extrapatrimonial*, a merecer imediata coibição e controle pelos poderes públicos constituídos através de seus agentes, posto que, são “eles” as autoridades competentes aptas às ações devidas. Como se verá adiante, normas internacionais e nacionais referentes ao tema existem aos “tufos”.

Compreende-se que a questão vai além do gênero humano, pois encontra-se aqui – conforme se verá – no terreno *biocentrista* de proteção a todas as formas de vida, devidamente explicitado na Carta Nacional de 1988, artigo 225, § 1.º, inciso VII. Essa é a posição majoritária adotada pelos especialistas, estudiosos e praticantes das Ciências Jurídicas Ambientais.

Ressalte-se que o Brasil é (desde 1891, até o presente) um estado *federativo*, admitindo normas Estaduais – e Municipais, após 1988 – sobre questões ambientais. Um bom exemplo é a Lei da Política Ambiental de Minas Gerais, Lei Estadual n.º 7.772, de 1980, que adotou clara posição *biocêntrica* em seu artigo 1.º, parágrafo único, nos seguintes termos:

**Art. 1.º** [...]

**Parágrafo único.** Para os fins desta Lei, entende-se por meio ambiente o espaço onde se desenvolvem as atividades humanas e a vida dos animais e vegetais.

Em pessoas doentes e acidentadas, crianças e, sobretudo idosos, os efeitos da poluição sonora possuem gravidade maior, potencializada em vista da fragilização orgânica e biológica do ser humano. Seja fonte poluidora permanente ou momentânea, é sabido que pessoas fragilizadas possuem resistência mínima aos danos ambientais, especialmente *sonoros*.

Diga-se o mesmo para animais em geral que possuem acurado sistema auditivo. Muitos seres possuem audição bem mais sensível que a humana. Ademais, muitos animais – incluindo aves – da fauna terrestre e aquática, comunicam-se (assim como os seres humanos) por *sons*, que tornam-se confusos e incompreensíveis para os da sua espécie, em vista das baterias de ruídos produzidos pelas fontes de poluição.

## 2 POLUIÇÃO E SUAS DEFINIÇÕES

Nas questões jurídico-ambientais é comum encontrar várias definições, inseridas no bojo das normas nacionais e internacionais. Isso porque as questões ambientais são naturalmente transdisciplinares, necessitando de esclarecimentos que são insertos propositalmente nos textos legais.

Nessa linha, o termo “poluição” recebeu destaque especial, sendo protagonista na legislação ambientalista *indígena e alienígena*. A Lei chilena n.º 19.300, de 1994 – modificada pela Lei n.º 20.173, de 2007 – fornece um bom exemplo estrangeiro sobre *contaminación* (poluição) e *contaminante* (poluidor):

**Artículo 2.** Para todos los efectos legales, se entenderá por:

[...]

c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente;

d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental;

[...]

No Brasil, a Lei Federal n.º 6.938, de 1981, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, no inciso III do artigo 3.º, define “*poluição*” como sendo a degradação da qualidade ambiental com alteração adversa das características do meio ambiente. Eis o texto legal:



**Art. 3.º** Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

[...].

Impende destacar que a lei Estadual mineira n.º 7.772, de 8 de setembro de 1980 – *dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente* – definiu *poluição* e *fonte poluidora* de certa forma mais *detalhada* que a Lei Federal n.º 6.938, de 1981, *verbis*:

**Art. 2.º** Entende-se por poluição ou degradação ambiental qualquer alteração das qualidades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente que possam:

I - prejudicar a saúde ou o bem-estar da população;

II - criar condições adversas às atividades sociais e econômicas;

III - ocasionar danos relevantes à flora, à fauna e a qualquer recurso natural;

IV - ocasionar danos relevantes aos acervos histórico, cultural e paisagístico

§ 1.º Considera-se fonte de poluição qualquer atividade, sistema, processo, operação, maquinaria, equipamento ou dispositivo, móvel ou não, que induza, produza ou possa produzir poluição.

[...].

Grisi, por sua vez, define poluição de forma *exemplificativa*, incluindo a *sonora*, assim:

O termo poluição é aplicado hoje a uma vasta gama de consequências de procedimentos humanos, mormente nos centros de grande atividade ou aglomeração, tais como excesso de efeitos sonoros (poluição sonora ou auditiva), de efeitos visuais (poluição visual), poluição do ar, poluição térmica (por geração indesejável de calor), poluição alimentar, etc. (GRISI, 2007, p. 185).

O fato é que a palavra *poluição*, seja do ponto de vista normativo, doutrinário ou jurisprudencial, deve ser compreendida *juridicamente* como *consequência* material ou imaterial do *dano ambiental*. Em outras palavras, *poluição* compreende o acontecimento maléfico causador de um dano ambiental, quer pelo desrespeito às normas vigentes; quer pelo efeito negativo causado as formas de vida em geral.

### 3 FONTES DE POLUIÇÃO SONORA

A diversidade das fontes causadoras de poluição sonora há muito tempo, quer em nível internacional ou nacional, compreende objeto de estudo e controle pelos países em geral, via normatização, em vista dos males produzidos à coletividade. Note-se que os instrumentos artificiais utilizados – maquinismos em geral – estão cada vez mais *potentes*. Em consequência, a cacofonia ou ruído prejudicial vem sendo potencializado.

Os exemplos de fontes poluidoras sonoras aptas a produzir *ruído* ou *cacofonia* são quase inesgotáveis. A título de informação, sem a pretensão de esgotar o tema, podem ser enumeradas como fontes transitórias ou permanentes, móveis ou fixas, de *poluição sonora* tipicamente *urbana*, incluindo nesse gênero, *fontes domésticas* e do *ambiente laboral*, que são encontradas tanto nos grandes centros urbanos, quanto pequenas cidades do interior:

- festas particulares (residências, condomínios, etc.);
- eletrodomésticos (aparelhos de som, televisões, etc.);
- academias em geral;
- eventos públicos;
- indústrias urbanas em geral;
- associações, agremiações e clubes em geral;
- casas de eventos noturnos, bares e boates;
- cultos religiosos em geral;
- sons automotivos e alto-falantes;
- construções urbanas em geral;
- oficinas mecânicas, serrarias e serralherias;
- trânsito rodoviário e ferroviário;
- aeronaves e embarcações em geral.

O tema proposto na pesquisa e os exemplos acima têm como foco a *poluição sonora urbana*. Mas, a título de informação e esclarecimento, existem muitas fontes de poluição sonora típicas do ambiente *rural*, a merecer singela enumeração exemplificativa: motores estacionários, maquinários agrícolas, atividades agroindustriais, aviões pulverizadores, motosserras, etc.

Insista-se que o tema é complexo e sobremaneira diversificado. O incômodo produzido pelos ruídos (que muitas pessoas vão repudiar negativamente; e outras, não) envolve desde questões culturais, passando pelo terreno religioso, chegando até o desenvolvimento econômico e social, que devem ser permeados à saúde e qualidade de vida.

Sem a “obrigatória” intervenção de todos os agentes públicos competentes, a fim de operacionalizar as políticas públicas de planejamento urbano-social, os efeitos práticos de combate e contenção da *poluição sonora* continuarão deficientes ou até inexistentes.

A consequência dessa ineficácia possui como *pano de fundo* a falta de práticas reais de controle, fiscalização e repressão. Dessa forma, vão perdurar os crescentes malefícios causados à saúde da população. Em complemento, a *educação ambiental impositiva* pode colaborar sobremaneira.

#### 4 CONSEQUÊNCIAS DA POLUIÇÃO SONORA

A *poluição sonora* é concretizada, em regra, por *barulhos indesejáveis*. Em contrapartida, no organismo humano compreende um *mal silencioso*. Os efeitos gerados compreendem diversos problemas à saúde humana, pois além dos zumbidos (*tinnitus* ou acúfeno) e da perda auditiva (*hipoacusia induzida por ruído*), a poluição sonora causa danos ao organismo em geral, com destaque ao sistema nervoso central.

Além disso, afeta os órgãos autônomos ou de manutenção do organismo, citando como exemplos o sistema cardiovascular e o gastrointestinal. A “lista negativa” vai além, incluindo alterações no sono, irritabilidade, dificuldades de atenção e perda de memória. Esclarece Sirvinskas:

Pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) constatou que o Brasil será o país dos surdos, tendo em vista a intensidade dos ruídos produzidos, principalmente nos grandes centros urbanos. A cidade de São Paulo, segundo pesquisa realizada por especialistas, é a segunda cidade mais barulhenta do mundo, estando atrás somente de Nova Iorque. Ainda segundo a OMS, os ruídos até 50 dB não implicarão nenhum efeito negativo. Entre 50 e 65 dB, o organismo começa a sofrer impactos do ruído, dificuldades para relaxar, menor concentração, menor produtividade no trabalho intelectual. Entre 65 e 70 dB, aumenta o nível de cortisona no sangue e diminui a resistência imunológica, induz liberação de endorfina, aumenta a concentração de colesterol no sangue. Acima de 70 dB, o estresse torna-se degenerativo e abala a saúde mental, aumentam-se os riscos de infarto, infecções, entre outras doenças. [...] Osmar Clayton Person, professor de otorrinolaringologia da Faculdade de Medicina do ABC, esclarece que o ouvido tem 30 mil células especializadas em converter o som em informações elétricas para o cérebro. Barulhos extremos danificam essas células. Elas não são repostas. E mesmo que o barulho excessivo não venha a danificar tais células, o processo acelera o seu envelhecimento. O indivíduo de 30 anos fica com um ouvido de alguém de 60. Registre-se ainda que o barulho acima de 80 decibéis pode causar a surdez a longo prazo (SIRVINSKAS, 2013, p. 695-696).

Um dos problemas de saúde mais abordados pelos especialistas do assunto é a *insônia*. O ser humano é atingido pela poluição sonora (que se torna mais incômoda durante as madrugadas), que impossibilita o sono e impede o necessário descanso. Haverá *em complemento* a esse fator negativo, inúmeros problemas de saúde mental e corporal.

O excesso de *ruídos* ou mesmo a *cacofonia* moderada, ocasionarão perturbações à saúde das vítimas, gerando um estresse permanente. Além disso, a poluição sonora vilipendia o bem comum ambiental, afetando – *do ponto de vista jurídico* – os interesses *difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Isso porque os níveis excessivos de sons e ruídos deterioram a qualidade de vida e a relação entre as pessoas, em vista da prejudicialidade do sossego público.

Hodiernamente a poluição sonora encontra-se como o *segundo* problema ambiental mais grave dos centros urbanos brasileiros, ficando atrás apenas da poluição das águas, mas a frente da poluição do ar. Os altos níveis de ruídos emitidos pelos veículos automotores, aparelhos de som, indústrias e comércios, entre outros – vale repisar – trazendo graves prejuízos à saúde e à qualidade de vida.

A poluição sonora é atualmente a principal causa de surdez e perda auditiva (*hipoacusia induzida por ruído*) em indivíduos adultos no país. Segundo o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2010, 84,35% da população brasileira vivem em áreas urbanas, sofrendo (em menor ou maior intensidade) com os efeitos produzidos pelos *barulhos e ruídos* artificiais.

## 5 CONCEITO DE SOM E RUÍDO

É relevante, a essa altura, diferenciar – *do ponto de vista jurídico* – o que se compreende como *som* e *ruído*. De início, impende esclarecer que este (*ruído*) é espécie daquele (*som*). Em uma visão técnica, tem-se a seguinte definição de *som* e *ruído*, em artigo publicado na Revista da Associação Médica Brasileira:

O som é um agente físico resultante da vibração de moléculas do ar e que se transmite como uma onda longitudinal. É, portanto, uma forma de energia mecânica [...]. O receptor periférico sensível a esta forma de energia, captando-a e transformando-a em impulso elétrico nervoso, é a orelha. O aparelho auditivo humano consegue detectar variações de pressão do ar numa faixa de 0,00002 a 200 Newton/m<sup>2</sup> no limiar de audibilidade de frequências que é de 16 a 20.000 Hz. Portanto, nem toda onda sonora evoca a sensação auditiva. Ruído é uma palavra derivada do latim *rugitu* que significa estrondo. Acusticamente, é constituído por várias ondas sonoras com relação de

amplitude e fase distribuídas anarquicamente, provocando uma sensação desagradável, diferente da música (ALMEIDA et al, 2000, p. 143).

Em que pese a possibilidade de várias classificações sobre o assunto, que permeiam várias áreas do conhecimento, pelo foco pretendido, neste texto se vai ater ao *palio jurídico*. Essa expressão (*ruído*) foi evidenciada, na década de 70 do século passado, pela norma *International Standard Organization (ISO) n.º 2.204*, de 1973, sendo recorrente nas Ciências da Saúde e Jurídica.

É pertinente observar que a legislação brasileira – assim como a estrangeira – quando deseja indicar sons potencialmente prejudiciais às pessoas, também utiliza de longa data, a expressão “*ruído*”. Citem-se como exemplos brasileiros a Lei de Zoneamento Industrial, Lei Federal n.º 6.803, de 1980, artigo 2.º; e o Código de Transito Brasileiro, Lei Federal n.º 9.503, de 1997, artigo 104, *caput*, e § 5.º.

Ressalte-se que tramitam no Congresso Nacional vários Projetos de Lei (PL) sobre o tema. Cite-se como exemplo o PL n.º 1.024/2003, originário da Câmara dos Deputados Federais que “*Define poluição sonora, ruídos, vibrações e dispõe sobre os limites máximos de intensidade da emissão de sons e sinais acústicos, de ruídos e vibrações resultantes de atividades urbanas.*”.

Juridicamente, pode-se dividir o *som* em dois grandes gêneros:

- *som natural* que possui como fonte produtora a natureza: canto dos pássaros, raios e trovões, ondas dos oceanos, cachoeiras, etc.;
- *som artificial*, cuja fonte produtora é obviamente objeto de invenção humana: máquinas industriais, veículos em geral, aviões, aparelhos de som, alto-falantes, etc.

O plano jurídico se preocupa, por óbvio, com as questões relacionadas às fontes de *som artificial*, pois, em regra, são tais fontes as causadoras da poluição sonora. Portanto, para as Ciências Jurídicas Ambientais, *som* compreende onda sonora agradável e que não causa malefícios às formas de vida em geral; *ruídos*, *cacofonias* ou *barulhos*, compreendem ondas sonoras desagradáveis e prejudiciais (poluição sonora).

A lexicografia define, assim, o vocábulo *som*:

Fenômeno acústico que consiste na propagação de ondas sonoras produzidas por um corpo que vibra em meio material elástico (especialmente o ar): *Por*

*meio da técnica, o homem já conseguiu ultrapassar a velocidade do som; Nem todos os sons são captados pelo ouvido humano* (FERREIRA, 1986, p. 1.609).

No plano das Ciências Jurídicas, sobretudo no terreno do Direito Ambiental (poluição sonora), Administrativo (sossego público), Trabalho (segurança do trabalhador), *ruído* ou *cacofonia* deve ser compreendido como o som – em regra artificial – indesejável e prejudicial. O *ruído* vem acompanhado, invariavelmente, de altos níveis de barulho produzido, ocasionando incômodo às vítimas pela interferência ambiental gerada.

Dessa forma, as pessoas em geral (e outras formas de vida) são “*obrigados a ouvir o ruído, mesmo que não queiram*”. Em outras palavras: uma pessoa ou um pequeno grupo, ignorantemente, causam malefícios a dezenas, centenas e/ou milhares de pessoas, em vista do excessivo *ruído artificial produzido*. Para as pessoas que apreciam o silêncio e a tranquilidade, é simples a identificação de uma fonte produtora de *ruídos*.

A doutrina jurídica assim define *ruído*:

Som irritante que pode elevar a pressão arterial, causando surdez, vertigem, dor de cabeça e, além disso, aquele que ficar exposto repetidamente a ele pode vir a sofrer ecoacusia, que é a reação nervosa ao ruído excessivo (Morris Fishbein). Por tal razão deve-se evitar a poluição sonora e exigir o cumprimento das medidas protetivas do trabalhador contra ruídos e vibrações no local de trabalho (DINIZ, 2005, p. 262).

Voltando aos lexicógrafos, *ruído* compreende a:

Som que perturba uma captação sonora. [Ainda que permaneça inaudível, o ruído, com frequência, prejudica o organismo humano a partir do sistema nervoso, podendo provocar a surdez. Para valoração do ruído, emprega-se, em razão de acordos internacionais, o nível sonoro. A (decibel A), que, frente à escala do som, mostra contenção mais forte ou mais fraca do nível sonoro segundo se trate, respectivamente, de frequências mais profundas ou mais elevadas. Existem numerosas fontes de ruídos daninhos ao ser humano, entre elas o tráfego urbano e os aviões. A margem de segurança encontra-se abaixo dos 60 decibéis A]. Todo som percebido, mas não desejado pelo receptor (VEROCAI, 1997, p. 204).

No plano latino americano, as definições sobre *ruídos – contaminación acústica* – assemelham-se as nacionais, como esta:

RUIDO: Sonido indeseable que afecta la audición. Para la mayoría de las personas es la plaga más grande, puede ocasionar trastornos como por

ejemplo dolores de cabeza, nauseas, tensión muscular, insomnio, cansancio, problemas de concentración y nerviosismo. Existen normas para mitigarlos efectos del ruido (GALVAN, p. 222).

Repisando, em suma, *sons* são quaisquer variações de pressão no ambiente terrestre (natural ou artificial), propalados pelo *ar*, que o sistema auditivo humano – incluindo a percepção sonora das outras formas de vida – possa captar, enquanto os *ruídos* compreendem sons (ou conjunto de sons) indesejáveis, desagradáveis, perturbadores ao sossego, à saúde e à qualidade de vida.

É do conhecimento popular que muitas pessoas acham agradáveis determinados sons (um *show* de um cantor, dupla de cantores ou conjunto musical, por exemplos), sendo que outras os repulsam. Gosto não se discute. É fato, porém, que sendo o *ruído* ou *barulho alto*, a questão vai além da preferência (gostar ou não), afetando negativamente seres vivos, do ponto de vista biológico e psicológico. Do ponto de vista jurídico haverá danos *materiais e morais* (ou imateriais).

O critério de distinção (som ou ruído) pode ser variável, envolvendo – até certo ponto – o fator psicológico de *aceitação* de cada indivíduo, ressaltando que a *tolerância* não vai afastar o malefício causado. Também importa saber o tipo e a quantidade do ruído verificado, bem como se a fonte causadora é intermitente, descontínua (instantânea ou momentânea); ou fonte causadora contínua / permanente.

Existem *ruídos* descontínuos instantâneos e momentâneos. Os impactos sonoros instantâneos (tiros na madrugada ou fogos de artifício, por exemplos), podem interromper o sono com mais facilidade do que os contínuos. Mas, os *ruídos* instantâneos, em regra, não causam desconfortos prolongados. Porém, se o impacto instantâneo gerado pelo ruído for de grande proporção (estouro de uma bomba, por exemplo) poderá causar danos irreversíveis na capacidade auditiva da pessoa.

Os ruídos descontínuos momentâneos podem ser *fixos* (uma eventual festa particular) ou *flutuantes* (um veículo com som alto, passando na rua). Também não causam desconforto prolongado. O nível de incômodo, desde que o ruído seja de pouca duração, é de regra menor do que o aborrecimento causado a partir de um ruído permanente, como as atividades das igrejas evangélicas com reuniões periódicas, diárias ou semanais.

Conviver socialmente, com especial relevo no ambiente urbano, implica em constantes colisões e pesosamentos entre os direitos fundamentais constitucionais. Nesse particular,

serão postos, em posições antagônicas, o “seu” direito (nesse caso, ao *som*) e o sossego dos outros, nesse caso, direito ao silêncio. Deve-se compreender como “silêncio”, no mínimo, o *som ameno*, que respeita aos padrões acústicos, estabelecidos nacionalmente e internacionalmente.

### 5.1 Efeitos do Ruído

As consequências da *poluição sonora* (que ocorrem pelo *ruídos*) foram vistas em passagem anterior, merecendo aprofundamento nesse tópico. Numa primeira análise, é importante esclarecer que as fontes de poluição sonora não são, ao contrário do que possa parecer, apenas um problema de desconforto acústico, sobretudo durante o repouso noturno, conforme se viu em passagem anterior. O *ruído* ou *barulho excessivo* constitui, desde o século XIX, uma das principais fontes de poluição ambiental.

O problema é crescente atualmente, neste primeiro quartel do século XXI. Trata-se, cada vez mais, de uma das principais fontes poluidoras ambientais dos núcleos urbanos. Ressalte-se que a maioria dos danos ambientais ocasionados por instrumentos sonoros, típicos das grandes cidades, hodiernamente são encontrados nas *pequenas cidades* do interior do país. Dentre suas consequências, há uma justa preocupação com a *saúde pública*.

Eis mais esclarecimentos, do ponto de vista técnico:

A exposição ao ruído, pela frequência e por suas múltiplas consequências sobre o organismo humano, constitui um dos principais problemas de saúde ocupacional e ambiental na atualidade. A Perda Auditiva Induzida pelo Ruído (PAIR) é um dos problemas de saúde relacionados ao trabalho mais frequentes em todo mundo. Com base nas médias de limiares auditivos medidos para as frequências de 100, 2.000 e 3.000 Hz em trabalhadores, nos Estados Unidos, a OSHA estimou que 17% dos trabalhadores de produção no setor industrial daquele país apresentam, no mínimo, algum dano auditivo leve. Na Itália, há cerca de 10 anos, a PAIR é a doença ocupacional mais registrada, representando 53,7% das doenças relacionadas ao trabalho. Por outro lado, estudos têm demonstrado que os efeitos extra-auditivos da exposição ao ruído devem merecer uma atenção especial dos profissionais de saúde, em decorrência do amplo espectro das repercussões observadas (BRASIL, 2001, p. 251).

Os malefícios que os barulhos causam à saúde compreendem fato comprovado pelas *ciências da saúde*. Os ruídos excessivos provocam, dentre outros malefícios, perturbação a saúde mental e física. Além do mais, a poluição sonora ofende o meio ambiente e,



consequentemente afeta – no plano jurídico – o interesse *difuso, coletivo e/ou individual homogêneo* das pessoas atingidas.

Sem mensurar as consequências, principalmente em vista do desconhecimento generalizado pelos *autores* das fontes produtoras de ruídos, os níveis excessivos de barulhos ou *ruídos* causam deterioração à saúde e qualidade de vida, sobretudo quando acima dos limites suportáveis pelo ouvido humano ou prejudiciais ao repouso noturno e ao sossego público, seja nos grandes centros urbanos ou nos pequenos.

Os *ruídos* são responsáveis – é importante repisar isso – por inúmeros problemas físicos e psicológicos. Citam-se como exemplos: redução da capacidade de comunicação e de memorização, perda ou diminuição da audição e do sono, envelhecimento prematuro, distúrbios neurológicos, cardíacos, circulatórios e gástricos.

Adverta-se que as consequências ocasionadas pelos *ruídos* acontecem de modo *sutil, silencioso e progressivo*. As vítimas não se dão conta do mal instalado. Mesmo em níveis moderados, os *ruídos artificiais* ocasionam efeitos negativos nos seres vivos. Isso porque os ruídos, auscultados involuntariamente, lentamente vão causando estresse, distúrbios físicos, mentais e psicológicos, insônia e problemas auditivos.

Sintomas secundários também vão aparecer a *curto, médio ou longo prazos*. São exemplos: aumento da pressão arterial, disfunções no estômago e intestino, má irrigação da pele e até mesmo impotência sexual. Tais nocividades se dão em função da durabilidade, da repetição e, em especial, da intensidade produzida pela *cacofonia*.

Os ouvidos se destacam como um dos sentidos humanos que jamais descansam – estão compreendidos dentro do *sistema nervoso autônomo* – pois o ato de ouvir (assim como os batimentos cardíacos, por exemplo) é involuntário. Com isso, os *ruídos urbanos*, especialmente os noturnos, tornam-se vilões do sono e da saúde. O cérebro não descansa como deveria, em vista dos barulhos auscultados involuntariamente.

Explicações feitas com conhecimento médico apontam:

No sono, a audição, o segundo sentido em quantidade de informação, assume o controle para detectar qualquer sinal de perigo, mantendo seus canais abertos numa abertura angular total de 360.º em torno do nicho individual. A perturbação pelo ruído é uma das mais críticas, porque o silêncio se faz necessário para o sono ocorrer na melhor qualidade, que garante as mais nobres funções, a pouco tempo desconhecidas. Caso contrário, mesmo

dormindo, o organismo começa reagir gradualmente com seu alerta, e o indivíduo tende a acordar. A partir do valor médio de 30 dB (A), aparecem reações perturbadoras das vísceras, no EEG e da estrutura do sono. [...] Milhões de cidadãos passivos do 3.º Mundo estão ficando perturbados física, mental e psicologicamente, além de surdos, perdendo a capacidade intelectual. Comprometem-se o raciocínio, a comunicação oral, a educação, o bem-estar e a sobrevivência, limitando as potencialidades humanas. O próprio desenvolvimento socioeconômico da sociedade é afetado pela incapacidade de compreender e reagir contra seus acusticamente poluídos meios urbanos, industriais e de lazer, piorados pela alta densidade populacional. Durante duas revoluções industriais aceleraram-se a degradação dos ambientes sonoros nas áreas residenciais e no trabalho e a contaminação do ruído se propagou pelo mundo (SOUZA, 2000).

Para uma boa noite de sono, o ambiente de repouso humano necessita basicamente de dois fatores: *escuro* e *silêncio*. O *escuro* transmite ao cérebro um comando claro: “durma”. O *silêncio* completa com outro comando: *descanse todos os sentidos*, especialmente a *audição*.

Dessa forma, resta claro que o problema dos ruídos excessivos não é apenas gostar ou não, importar ou não com o *barulho* ou *cacofonia*. Os efeitos produzidos assemelham-se ao dos *fumantes passivos*, ou seja, têm-se aqui os “*ouvintes passivos*”, as vítimas diretas ou indiretas dos *ruídos acústicos*. Seu combate e controle compreende uma questão fundamental à *saúde* e à qualidade de vida.

No plano constitucional, a *saúde* compreende inicialmente um *direito social* (*Constituição Nacional de 1988, artigo 6.º*). Em complemento, a *saúde* é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que devem obrar pela sua proteção bem como manejar instrumentos de promoção (*Constituição Nacional de 1988, artigo 23, II*). As Ciências Jurídicas, através de seus agentes, não só podem como devem agir, em vista dos múltiplos instrumentos normativos existentes.

Apesar de um conhecimento popular – ainda que seja genérico e superficial – sobre os efeitos negativos da poluição sonora, quase todos ignoram as causas e concausas desse poderoso dano ambiental. Em que pese a existência de um plexo de normas Federais, Estaduais e Municipais sobre essa multicitada fonte poluidora, de nada adiantam as regras positivadas, se a ação, concretização e/ou fiscalização dos órgãos competentes, através de seus agentes públicos, continuam deficientes e/ou na maioria das vezes inoperantes.

## 6 POLUIÇÃO SONORA - NORMAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS

### 6.1 Internacionais

No plano Internacional e Comunitário, existem múltiplas normas destinadas à poluição sonora. Cite-se como exemplo, de início, a norma International Standard Organization (ISO) n.º 2.204, de 1973 – *Acoustics-guide to the measurements of airborne acoustical noise and evaluation of its effects on man* – em tradução livre: *Guia Acústico para as medidas de ruído acústico e avaliação dos seus efeitos sobre o homem*.

A União Europeia, melhor exemplo mundial de aplicação Internacional Comunitária, possui várias normas – Diretivas – destinadas à mitigação e controle da poluição sonora. As Diretivas compreendem comandos obrigatórios destinados aos países do bloco europeu. São exemplos: Diretiva 2002/30/CE; Diretiva 2008/57/CE; Diretiva 2014/38/UE, Regulamento 538/2014/UE, etc.

Muito embora seja um documento internacional *programático*, a Agenda 21 Global também tratou dessa *espécie* de *poluição* no Capítulo 6, Sessão 6.41. Eis o texto:

- 6.41. Os programas de ação definidos nacionalmente, com auxílio, apoio e coordenação internacionais, quando necessário, devem incluir, nesta área:  
[...]  
(g) Ruído: Desenvolver critérios para determinar níveis máximos permitidos de exposição a ruído e incluir medidas de verificação e controle de ruídos nos programas de saúde ambiental (AGENDA, 2001).

De fato a problemática referente aos *danos sonoros* é mundial, como destaca artigo publicado na Revista da Associação Médica Brasileira:

Council on Scientific Affairs da AMA (1979) inclui na avaliação da incapacidade auditiva a análise da frequência de 3000 Hz. Environmental Health Criteria 12 - WHO (1980) congrega estudiosos de todo o mundo para discussão e publicação dos efeitos lesivos do ruído ambiental, incluindo o ambiente do trabalho, na saúde do Homem. Conclui que os governos devem adotar legislações modernas e, visto que se trata de um grave problema de saúde pública, alertar e orientar as comunidades. Atherley & Johnston (1983) consideram a disacusia por ruído como a doença ocupacional mais comum e questionam a validade da audiometria convencional para avaliar e classificar as lesões decorrentes desta doença. [...] Osguthorpe (1988) edita a publicação oficial da AAOHNS no qual o Subcomitee on the Medical Aspects of Noise delinea e atualiza toda a forma de controle e prevenção, assim como a avaliação dos critérios de incapacitação parcial da perda auditiva. Neste trabalho

discute-se o conceito de lesão auditiva e incapacitação auditiva. Esta publicação orienta e padroniza as formas de abordagem Clínica e Médico-Legal que devem ser praticadas pelo médico. Osguthorpe & Klein (1989) detalham, especificamente, o problema da disacusia neuro-sensorial por ruído e o trauma acústico ocupacional quanto à avaliação Médico-Legal. As normatizações propostas são os critérios mínimos adotados nos estados da Federação Norte-Americana (ALMEIDA et al, 2000, p. 146)

As problemáticas ambientais ignoram limites jurídicos ou geográficos impostos pelo ser humano, ou seja, os efeitos produzidos são transfronteiriços. É no terreno internacional que estão sendo travadas as principais batalhas a favor (ou desfavor) do ambiente, que compreende um direito *mundial* ou *global*. O assunto interessa e afeta todos.

## 6.2 Federais

No Brasil, criou-se um costume nacional ou sabedoria popular (obviamente errada), de que existe uma “Lei do Barulho”. A população nacional compreende, por ouvir dizer, que tal “Lei” – cujo texto nunca viram – estipula horários quando seriam “autorizados” a praticar altos níveis de ruídos, em quaisquer locais, sob formas variadas: automóveis, casas noturnas, residências, condomínios, construções, comércios, indústrias, etc.

Segundo esse entendimento popular, os horários permitidos aos “barulhos” de qualquer natureza são das oito horas até as 22 horas. Em suma, as pessoas em geral – leigas, com certeza – acham que nesses horários possuem “direito” ao “barulho”. Obviamente, essa *lendária* “Lei do Barulho” nunca existiu e não existe. Juridicamente, *ruído* ou *cacofonia* – geralmente alto – é compreendido como *fonte de poluição*, apto a produzir *dano ambiental*, seja qual for o dia, local e/ou horário.

A Constituição Federal de 1988, base normativa do sistema jurídico, indica amplo espectro legislativo a favor dos entes componentes do pacto federativo (União + Estados + DF + Municípios). Nas políticas urbanas, nas quais estão incluídos os órgãos federais, estaduais e municipais, cada qual possui capacidade e competência legislativa e administrativa para agir referente ao tema poluição sonora.

Ressalte-se que existem várias normas anteriores à Constituição Nacional de 1988 que foram *recepcionadas* pela atual ordem jurídica constitucional. Cita-se como exemplo o Ministério do Trabalho, que aprovou Normas Regulamentadoras (NR’s n.º 6, n.º 7, n.º 9 e n.º 15) através da Portaria n.º 3.214, de 1978, dedicadas às questões sonoras no *ambiente laboral*, tendo como base a *Consolidação das Leis Trabalhistas* (CLT), artigos 189 a 192. Merece destaque a NR n.º 15 – Atividades e Operações Insalubres.

No que se refere ao controle e combate à poluição sonora, abaixo da Constituição Nacional vigente, de 1988, podem-se citar — a título exemplificativo — sem pretensão de esgotar o tema, as seguintes leis federais:

- Decreto-Lei 3.668, de 3 de outubro de 1941, Lei das Contravenções Penais;
- Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, Lei da Política Nacional de Meio Ambiente;
- Lei Federal 9.605, 12 de fevereiro de 1998, Responsabilidades Penais e Administrativas;
- Lei Federal 10.257, 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade;
- Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (Atos ilícitos, arts. 186 e 187 e Direitos de Vizinhança, arts. 1.277 a 1.281).

Têm-se, ainda, normas específicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), como a NBR n.º 10.152/1987 e NBR n.º 10.151/2000; e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), como as Resoluções n.º 001/1990 e n.º 002/1990. Todas, estabelecem limites e critérios para os ruídos emitidos. Essas normas ABNT e CONAMA serão detalhadas na sequência.

### **6.3 Estaduais**

A federação brasileira seguiu o modelo federativo dos Estados Unidos da América, conferindo autonomia legislativa aos Estados-membros desde a primeira Constituição Republicana de 1891. Atualmente, a previsão está no art. 18 da Constituição Federal de 1988. As questões legislativo-ambientais são destinadas a todos os atuais 27 Estados federados brasileiros (contando o Distrito Federal), conforme artigos 23, inciso VI, e 24, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.

Em Minas Gerais, há a Lei Estadual n.º 7.302, de 21 de julho de 1978 – Dispõe sobre a proteção contra a poluição sonora no Estado de Minas Gerais – que define em seu artigo 1.º: “constitui infração, a ser punida na forma desta lei, a produção de ruído, como tal entendido o som puro ou mistura de sons com dois ou mais tons, capaz de prejudicar a saúde, a segurança ou o sossego público.”. Referida norma estadual impõe como limites ruídos de 70 (setenta) decibéis durante dia e 60 (sessenta) decibéis durante a noite.

Minas Gerais possui outro diploma normativo com plena aplicação em desfavor das fontes de poluição sonoras. Trata-se da Lei Estadual n.º 7.772, de 8 de setembro de 1980, com base no art. 2.º, § 1.º. “Considera-se fonte de poluição qualquer atividade, sistema,

processo, operação, maquinaria, equipamento ou dispositivo, móvel ou não, que induza, produza ou possa produzir poluição.”.

Alguns Estados componentes da federação brasileira possuem Código Ambiental Estadual. Um bom exemplo é o Código Ambiental do Rio Grande do Sul – Lei Estadual n.º 11520, de 2000 – que dedicou o Capítulo XIII para a poluição sonora (artigos 226 a 230). Eis a redação do artigo 226:

**Art. 226.** A emissão de sons, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais, recreativas ou outras que envolvam a amplificação ou produção de sons intensos deverá obedecer, no interesse da saúde e do sossego público, aos padrões, critérios, diretrizes e normas estabelecidas pelos órgãos estaduais e municipais competentes, em observância aos programas nacionais em vigor.

#### 6.4 Municipais

A partir da Carta Nacional de 1988, os Municípios receberam *status* de ente federativo, no mesmo nível dos Estados e Distrito Federal (CRFB/1988, artigos 1.º e 18). As questões ambientais receberam ampla atenção constitucional, sendo que os Municípios brasileiros podem atuar, administrativa e legislativamente, nessa senda.

Inicialmente, cita-se como exemplo a Lei Municipal n.º 9.505, de 2008, que dispõe sobre o controle de ruídos, sons e vibrações do Município de Belo Horizonte e da outras providências. Diz referida norma belo-horizontina:

**Art. 1.º** A emissão de ruídos, sons e vibrações em decorrência de atividades exercidas em ambientes confinados ou não, no Município, obedecerá aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos por esta Lei.

[...]

**Art. 3.º** Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poluição sonora: a alteração adversa das características do meio ambiente causada por emissão de ruído, som e vibração que, direta ou indiretamente, seja ofensiva ou nociva à saúde física e mental, à segurança e ao bem-estar dos meios antrópico, biótico ou físico, ou transgrida as disposições fixadas nesta Lei.

[...]

Ressalte-se que alguns Municípios brasileiros também possuem Código Ambiental Municipal. Tem-se como exemplo a cidade de Manaus, capital do Amazonas, que editou seu Código Ambiental em 2001 (Lei Municipal n.º 605/2001). Referido Código dedicou o artigo 110 à poluição sonora. Eis a redação:

**Art. 110.** Para os efeitos deste Código consideram-se aplicáveis as seguintes definições:

I - poluição sonora: toda emissão de som que, direta ou indiretamente, seja ofensiva ou nociva à saúde, à segurança e ao bem-estar público ou transgrida as disposições fixadas na norma competente;

II - som: fenômeno físico provocado pela propagação de vibrações mecânicas em um meio elástico, dentro da faixa de frequência de 16 Hz a 20 kHz e passível de excitar o aparelho auditivo humano;

III - ruídos: qualquer som que cause ou possa causar perturbações ao sossego público ou produzir efeitos psicológicos ou fisiológicos negativos em seres humanos;

IV - zona sensível a ruídos: são as áreas situadas no entorno de hospitais, escolas, creches, unidades de saúde, bibliotecas, asilos e área de preservação ambiental.

Esses exemplos normativos municipais são replicados na maioria dos Municípios brasileiros das cinco regiões. Isso ocorre nos grandes, médios ou pequenos centros populacionais. O certo – conforme evidenciado no início dessa pesquisa – é que existem normas internacionais, nacionais, estaduais e municipais aos “tufos” sobre o assunto. Certamente as deficiências não estão na falta de normatização sobre poluição sonora.

## 7 LIMITES LEGAIS DA POLUIÇÃO SONORA

A identificação acústica de *som* e *ruído* (ou *barulho*) é feita através da utilização de unidades de medição da intensidade sonora produzida. A unidade mais comum utilizada para expressar o nível de pressão sonora é o “decibel” (dB). A intensidade sonora medida em decibels é definida como Nível de Intensidade Sonora (NIS); em inglês, *Sound Intesity Level* (SIL).

Com isso, definem-se, também, os padrões de emissão aceitáveis e inaceitáveis, criando-se e permitindo-se a verificação do ponto limítrofe dos ruídos ou cacofonias. O nível de intensidade sonora, expressado habitualmente em decibéis (dBs), é apurado com a utilização de um aparelho chamado *decibelímetro*.

Em consulta à rede mundial de computadores (internet - google), acesso em 9 set. 2016, encontram-se *decibelímetros digitais* cuja variedade chega a dezenas de modelos em várias marcas nacionais e estrangeiras. Os preços de referidos aparelhos de medição sonora variam de R\$152,00 até R\$1.287,00. Em *dólar* do dia 9 set. 2016, basta dividir esses valores por R\$3,80 (\$40,00 a \$338,68). Sendo *euro*, a divisão dos valores será por R\$4,25 (\$35,76 a \$302,82).



Os problemas relativos aos níveis excessivos de ruídos (poluição ambiental sonora) estão obviamente sujeitos a controles preventivos e repressivos. No plano administrativo federal, compete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Isto, de acordo com que dispõe o inciso II do artigo 6.º da Lei 6.938, de 1981, a normatização e estabelecimento de padrões compatíveis com o meio ambiente equilibrado e necessário à sadia qualidade de vida é competência do CONAMA.

No que diz respeito ao *ruído*, a tutela jurídica do meio ambiente e da saúde humana é regulada pela Resolução CONAMA n.º 001/1990, que, por sua vez, considera os parâmetros utilizados pelas Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) NBR n.º 10.151, e NBR n.º 10.152. Em complemento, o CONAMA editou a Resolução n.º 002/1990, que veio instituir o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – Silêncio.

A NBR 10.152/1987 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) trata dos níveis de ruídos para conforto acústico, estabelecendo os limites máximos em decibéis a serem adotados em determinados locais. Para tanto, essa NBR possui Tabelas com limites de decibéis (dBs). Exemplificando; em restaurantes, o nível de ruído não deve ultrapassar 50 decibéis, conforme estabelecido na Tabela 1 da NBR 10.152/1987.

A NBR 10.151/2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) complementa a anterior (NBR 10.152/1987) dispondo sobre avaliação do ruído em áreas habitadas, visando ao conforto da comunidade. Essa norma fixa as condições exigíveis para a avaliação da aceitabilidade do ruído em comunidades, independentemente da existência de reclamações. Também estabelece metodologia para *medição* dos *ruídos*.

Além desses padrões ou limites acústicos engendrados pelas normas federais ou nacionais, existem outras tantas estaduais e/ou municipais, com mesmo objeto. Vale citar novamente, a título exemplificativo, a Lei n.º 9.505, de 2008 – denominada lei do Silêncio – do Município de Belo Horizonte. Diz referida lei municipal:

**Art. 4.º** A emissão de ruídos, sons e vibrações provenientes de fontes fixas no Município obedecerá aos seguintes níveis máximos fixados para suas respectivas imissões, medidas nos locais do suposto incômodo:

I - em período diurno: 70 dB (A) (setenta decibéis em curva de ponderação A);

II - em período vespertino: 60 dB (A) (sessenta decibéis em curva de ponderação A);

III - em período noturno: 50 dB (A) (cinquenta decibéis em curva de ponderação A), até às 23h59min (vinte e três horas e cinquenta e nove minutos),



e 45 dB (A) (quarenta e cinco decibéis em curva de ponderação A), a partir da 0h (zero hora).

§ 1.º Às sextas-feiras, aos sábados e em vésperas de feriados, será admitido, até às 23h (vinte e três horas), o nível correspondente ao período vespertino.

§ 2.º As medições do nível de som serão realizadas utilizando-se a curva de ponderação A com circuito de resposta rápida, devendo o microfone ficar afastado, no mínimo, de 1,50 m (um metro e cinquenta centímetros) dos limites reais da propriedade onde se dá o suposto incômodo, e à altura de 1,20 m (um metro e vinte centímetros) do piso.

§ 3.º Na impossibilidade de verificação dos níveis de imissão no local do suposto incômodo, será admitida a realização de medição no passeio imediatamente contíguo ao mesmo, sendo considerados como limites os níveis máximos fixados no caput deste artigo acrescidos de 05 dB (A) (cinco decibéis em curva de ponderação A).

Atualmente vigora a Lei Complementar Federal n.º 140, de 2011, que fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Mas, esse dispositivo, em muitas situações, não será suficiente para as *questões legislativas* afetas ao *plano ambiental*.

Em vista da superposição de normas sobre o mesmo assunto (poluição *sonora*), pelo fato da federação brasileira possuir *três níveis* político-administrativos (nacional, estadual e local), sendo todos competentes constitucionalmente para conferir proteção ambiental (CRFB/1988, artigos 23 e 225), há de prevalecer a norma *federal, estadual* ou *municipal* que for *mais protetora*. Aplica-se, aqui, sem hesitação, o princípio *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*, corolário do princípio da precaução.

Diz Amado (2014, p. 57):

É que a interpretação das regras e princípios ambientais é tão peculiar que justifica o desenvolvimento de uma hermenêutica especial, a exemplo da adoção da máxima *in dubio pro ambiente*, sendo defensável que o intérprete, sempre que possível, privilegie o significado do enunciado normativo que mais seja favorável ao meio ambiente.

Completa Farias (1999, p. 356):

Assim, o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma

interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção ambiental. Fica assim solucionado o conflito em razão da maior restritividade da legislação federal ou estadual, *caso não se possa distinguir com clareza que se trata de normas específicas ou gerais*. Exemplificando, a proibição regional ou local da pesca de determinadas espécies deve prevalecer sobre norma federal que não preveja tal situação.

O Código Ambiental do Rio Grande do Sul, Lei Estadual n.º 11.520, de 2000, destacou expressamente a sistemática do *in dubio pro natura* ou *ambiente*:

**Art. 227.** Consideram-se prejudiciais à saúde e ao sossego público os níveis de sons e ruídos superiores aos estabelecidos pelas normas municipais e estaduais ou, na ausência destas, pelas normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), sem prejuízo da aplicação das normas dos órgãos federais de trânsito e fiscalização do trabalho, quando couber, aplicando-se sempre a mais restritiva.

Tem-se, pois, dezenas (ou centenas...) de diplomas normativos brasileiros – e outros tantos internacionais – que direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, são aptos ao combate da maléfica e crescente poluição sonora. As deficiências sobre o tema sonoro (*contaminación acústica*, em espanhol) não se encontram no plano legislativo, mas no plano executório.

Para tanto, existem inúmeros instrumentos judiciais e extrajudiciais brasileiros, aptos a ser manejados em desfavor dessa *espécie* de *poluição ambiental*. Juntos, os planos judicial e extrajudicial formam o *exército ambiental*, que deve ser incansável no combate aos danos ambientais de toda ordem, mormente a poluição sonora urbana. Serão esclarecidos primeiramente os principais instrumentos judiciais e na sequência os extrajudiciais.

## **8 INSTRUMENTOS JUDICIAIS DE CONTROLE DA POLUIÇÃO SONORA URBANA**

No Brasil, coexistem várias ações judiciais que podem ser manejadas em desfavor das poluições sonoras urbanas. Os legitimados ativos para tais *ações ambientais* – autores das ações judiciais – podem ser cidadãos em geral, pessoas jurídicas e agentes públicos legalmente investidos nesse desiderato.

Impende destacar – é conveniente repetir – que essa senda está englobada no plano jurídico dos denominados *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Não se trata, portanto, de ações particulares, ainda que as vítimas ou lesados do evento (*ruído*

*sonoro*) sejam poucas pessoas ou apenas uma. O interesse será sempre coletivo, pois os bens jurídicos ambientais pertencem à coletividade, mormente os ligados ao sossego, saúde e qualidade de vida.

Os instrumentos constitucionais brasileiros mais utilizados no plano judicial são:

- Mandado de Segurança Coletivo (CRFB 1988, artigo 5.º, inciso LXX);
- Mandado de Injunção (CRFB 1988, artigo 5.º, inciso LXXI);
- Ação Popular Ambiental (CRFB 1988, artigo 5.º, inciso LXXIII);
- Ação Penal Pública (CRFB 1988, artigo 129, inciso I);
- Ação Civil Pública (CRFB 1988, artigo 129, III e § 1.º).

Cada um desses instrumentos judiciais possui legislação própria ou específica (com exceção, até o presente, do Mandado de Injunção). Tais ações judiciais, que normalmente admitem todo tipo de *prova* oral, documental e/ou pericial, são engendradas com apoio em outras normas, especialmente os Códigos de Processo Civil e Processo Penal.

No ambiente artificial urbano, sendo a fonte poluidora sonora *estática* e/ou *permanente*, próxima às vítimas ou “ouvintes passivos”, será evocado, de regra, o Código Civil: Direitos de Vizinhança – Do Uso Anormal da Propriedade, artigos 1.277 a 1.281. Referidos dispositivos serão reforçados por outros do mesmo *códex*, como por exemplo, artigos 186 e 187 (Atos Ilícitos).

É fato que a necessidade de uma resposta rápida impõe, como regra, a utilização de medidas judiciais *antecipatórias*, *preventivas* e/ou *provisórias* como cautelares e liminares, a fim de bloquear preliminarmente o dano ambiental. Isso porque não é possível esperar dias, semanas ou meses para o controle de uma fonte de poluição sonora urbana. Os danos às vítimas vão encrudescendo podendo ser irreversíveis.

Destaque-se que entre os agentes públicos competentes, sobressaem os membros do Ministério Público (CRFB 1988, artigo 127) e mais recentemente os membros das Defensorias Públicas (CRFB 1988, artigo 134, após EC n.º 80, de 2014). Em vista do “foco” dessa pesquisa ater-se especialmente ao *plano extrajudicial* de controle e/ou combate à poluição sonora urbana, esses instrumentos serão objeto de exame mais detalhado na sequência.

## 9 INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE CONTROLE DA POLUIÇÃO SONORA URBANA

### 9.1 Questões Preliminares

O Judiciário não deve ser “usado” para litígios ou questões que podem ser resolvidas preventiva ou repressivamente no plano extrajudicial. De outro giro, é sabido que a aplicação de normas não é monopólio do Judiciário. Sobre o tema, há as seguintes palavras:

Discorda-se, aqui, contudo, da posição daqueles que entendem que apenas o Judiciário exerce jurisdição no sentido de que “toda decisão definitiva sobre uma controvérsia, só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. É que casos há – e necessariamente previstos na Constituição – nos quais há jurisdição exercida por órgãos fora da estrutura orgânica própria do Poder Judiciário. Como exemplos, [...] ou da jurisdição administrativa, onde uma decisão pode, evidentemente, acabar assumindo o papel de definitiva [...]. Há ainda a jurisdição “privada”, admitida que é a arbitragem no Direito pátrio. O sentido de jurisdição, portanto, é o de “dizer o Direito” atividade que é desempenhada não apenas pelos órgãos judiciários. Pode-se dizer, pois, que o Judiciário exerce função jurisdicional, mas nem toda função jurisdicional é ditada pelo Judiciário (TAVARES, 2006, p. 629).

Os mecanismos alternativos de *pacificação social*, sobretudo os extrajudiciais, devem ser valorizados e ampliados. Com esse “filtro” necessário, o Poder Judiciário cumprirá mais bem sua multifacetária missão constitucional. Daí a importância, dentre outros meios, das “medidas extrajudiciais proativas”, que podem colaborar mesmo nos sistemas de jurisdição *una*, como o brasileiro.

### 9.2 A Desjudicialização da Justiça no Brasil

A justiça brasileira (e mundial) está passando por constantes transformações. Uma das grandes críticas sempre repisada é a *morosidade*. Em consequência, a solução das pendências pelas vias judiciais se dá após anos e anos. Basta um estudo histórico superficial das civilizações mais conhecidas, como a egípcia, grega, romana e germânica, para que fique clara a repetição desse *problema milenar* da Justiça.

A *morosidade judicial* é geralmente identificada pela multiplicação de litígios em escala geométrica somada muitas vezes a ineficácia das normas procedimentais. Existe muita teoria e pouca prática. O assunto não é novo, e sobre ele encontram-se múltiplas opiniões e possíveis soluções.

Explica Bortz (2009, p. 108):

O crescimento populacional e a sofisticação das relações sociais aumentaram sobremaneira a demanda de processos no Poder Judiciário. A instituição judicial passa por um colapso, pois não suporta a conta do volume de causas levadas à sua cognição. A sociedade entra em crise, pois o equilíbrio social depende da solução de tais demandas. Historicamente, a civilização humana tem dado conta dos litígios criados lançando mão do princípio da divisão do trabalho. Ocorreu com o povo hebraico, no êxodo do pentateuco, depois na Idade Antiga com os gregos e romanos, e na Idade Média com os povos germanos. E a solução lógica não é a de simplesmente aumentar a quantidade de juizes, que implica em custos monumentais, pois um magistrado exige todo um aparelhamento complexo, material e humano para seu funcionamento.

Inobstante as transformações normativas constitucionais e infraconstitucionais que estão ocorrendo – e ainda ocorrerão – no início do séc. XXI, aqui no Brasil, fortaleceu-se um movimento doutrinário e normativo destinado a *desjudicialização* dos procedimentos judiciais, ou, em sentido mais amplo, das atuações judiciais propriamente ditas.

No terreno ambiental brasileiro, devem agir todos os Poderes Públicos constituídos em todos os níveis da Federação. Daí, torna-se fácil inferir que a responsabilidade ativa no combate aos *danos ambientais* em geral (ressaltando aqui a poluição sonora urbana), abrange os agentes públicos em geral. Em suma, o Judiciário é só uma *divisão* do citado “exército ambiental”.

Na verdade existem – de longa data – vários meios legais destinados à atuação extrajudicial em *desfavor* dos agentes que praticam danos ambientais. De início tem-se o poder de polícia ambiental, típico instrumento destinado aos agentes públicos do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal. Mas existem outros tantos, que serão vistos de forma exemplificativa em ordem sequencial.

### **9.3 Poder de Polícia Ambiental**

Um dos primeiros meios de controle e punição contra quem pratica danos ambientais – no caso em tela, a poluição sonora – se dá através do *poder de polícia*, típico da Administração Pública. Em outras palavras, são os órgãos do Poder Executivo, através de seus agentes, que vão exercer esse desiderato. O *poder de polícia* encontra-se definido há décadas no Código Tributário Brasileiro (CTN), artigo 78. Referido *poder* tem autonomia de ação – *autoexecutoriedade e coercibilidade* – podendo agir de forma autônoma e independente.

Muito embora essa terminologia seja a mais adotada (inclusive pelas leis), não são apenas as *polícias* (civis estaduais e federais ou militares) que possuem tal competência. São vários os agentes públicos – que não são policiais – investidos na prerrogativa de defesa ambiental. Citem-se como exemplos os agentes do IBAMA, no plano federal; e do Instituto de Gestão das Águas de Minas Gerais IGAM) e *Instituto Estadual de Florestas* (IEF) no plano estadual mineiro.

Por esse “poder” se disciplinam direitos, interesses e se regulam as práticas de atos em geral. Sempre visa (o poder de polícia) o interesse público no que diz respeito à saúde, segurança e sossego da população, dentre outros. No *plano ambiental*, referido “poder” deve ser exercido contra quaisquer indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado ou público que pratiquem danos ambientais.

Esclarece Mazza (2014, p. 299):

Para fins didáticos é possível sintetizar o poder de polícia reduzindo-o a três atividades fundamentais: limitar, fiscalizar e sancionar. Desse modo, sempre que a Administração Pública limita, fiscaliza ou sanciona particulares, em favor dos interesses da coletividade, estaremos diante de manifestação do poder de polícia.

Na senda ambiental, essas prerrogativas limitadoras, fiscalizadoras e sancionadoras (ou punitivas), típicas do *poder de polícia*, ganham especial destaque. Isso porque o dano ambiental – com destaque a poluição sonora urbana – merece atuação prática célere e eficaz. Outra vez, o socorro vem da doutrina:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza (MACHADO, 2013, p. 385).

O poder de polícia tem como função – dentre outras coisas – limitar direitos individuais e até coletivos, com base em *normas próprias*, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo sem previsão legal (*CRFB 1988, artigo 5.º, inciso II*). Impende ressaltar novamente, como bom exemplo, Manaus, capital do Amazonas, que editou seu Código Ambiental através da Lei Municipal 605, de 2001. Os artigos 111 a 113 são destinados às ações contra os infratores que provocam *poluição sonora*. Eis a redação do artigo 111:

**Art. 111.** Compete a SEDEMA:

I - estabelecer o programa de controle dos ruídos urbanos e exercer o poder de controle e fiscalização das fontes de poluição sonora;

II - aplicar sanções e interdições, parciais ou integrais, previstas na legislação vigente;

III - exigir das pessoas físicas ou jurídicas, responsáveis por qualquer fonte de poluição sonora, apresentação dos resultados de medições e relatórios, podendo, para a consecução dos mesmos, serem utilizados recursos próprios ou de terceiros;

IV - impedir a localização de estabelecimentos industriais, fábricas, oficinas ou outros que produzam ou possam vir a produzir ruídos em unidades territoriais residenciais ou em zonas sensíveis a ruídos;

V - organizar programas de educação e conscientização a respeito de:

- a) causas, efeitos e métodos de atenuação e controle de ruídos e vibrações;
- b) esclarecimentos sobre as proibições relativas às atividades que possam causar poluição sonora.

VI - autorizar, observada a legislação pertinente e a lei de uso e ocupação do solo, funcionamento de atividades que produzam ou possam vir a produzir ruídos.

Conforme grande esboço de normas vistas anteriormente, a Administração Pública deve – por meio do poder de polícia ambiental – achar a melhor forma (ou norma) a fim de preservar o sossego, a saúde e a qualidade de vida, que são constantemente afetadas pelas *fontes de poluição sonora*.

Os agentes públicos investidos nessa prerrogativa devem – *de ofício* – limitar, fiscalizar diuturnamente, obstar e punir os *agentes produtores* responsáveis pela poluição sonora. Para tanto, os agentes competentes, com base nas normas específicas, poderão agir de forma *preventiva, concomitante e repressiva*. São exemplos:

- *meios preventivos de controle*: estudos prévios e relatórios de impactos ambientais (EPIA/RIMA), estudos de impacto de vizinhança no meio urbano (EIV - Estatuto da Cidade), zoneamentos ambientais (industriais, residenciais), licenciamentos ambientais, alvarás de funcionamento, etc.;
- *meios concomitantes de controle*: avaliações, auditorias, vistorias e fiscalizações, medições, mudança de padrões ambientais, adequações em maquinismos e construções, renovação de licenças e alvarás, etc.;
- *meios repressivos de controle*: multas, apreensões de aparelhos de sons, interdições de atividades, fechamentos de estabelecimentos, revogações de licenças ambientais e alvarás de funcionamento etc.

A legislação federal abrange todas as formas preventivas, concomitantes e repressivas de controle. São exemplos a Lei Federal 9.605, de 1998 (responsabilidade penal e administrativa) e o Decreto Federal 6.514, de 2008, que regulamenta a *responsabilidade administrativa* prevista na referida Lei 9.605, de 1998, artigos 70 a 76. Em suma, os meios de combate extrajudicial citados estão incluídos no gênero *poder de polícia administrativo ambiental*.

#### **9.4 Termo de Compromisso Ambiental - TCA**

O Termo de Compromisso Ambiental (TCA) *ou* Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), está previsto na Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal 7.347, de 24 de julho de 1985), artigo 5.º, § 6.º; e na retrocitada Lei de Responsabilidades Penais e Administrativas (Lei Federal 9.605, de 1998), artigo 79-A.

Trata-se de relevante instrumento extrajudicial, a ser manejado pelos vários legitimados à promoção da Ação Civil Pública (Associações, Ministério Público, Defensoria Pública e outros) bem como pelos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), conforme Lei Federal 6.938/1981, artigo 6.º). Sua eficácia será de título executivo extrajudicial (Código de Processo Civil de 2015, artigo 784, inciso XII).

Em fecho, tem-se que o espectro de possíveis ações nessa senda administrativa ou extrajudicial é amplíssimo:

- inicia pelos órgãos integrantes da Segurança Pública, nos termos do artigo 144 da Constituição Nacional de 1988 (polícias e guardas municipais);
- passa pelos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) (Lei Federal 6.938, de 1981, artigo 6.º);
- segue aos Poderes Públicos constituídos (*em sentido amplo, todos*);
- inclui até a coletividade (Constituição Nacional de 1988, artigo 225).

Conforme ventilado mais de uma vez, as deficiências não se encontram no terreno das normas, que existem em abundância, mas no plano das ações concretas. Em linguagem coloquial, sobre fiscalização concreta, combate real e controle eficaz das fontes de poluição sonora “*existe muita fumaça – ou teoria – e pouquíssimo fogo – ou prática*”.

Diz Milaré (2009, p. 303):

A tutela administrativa do ambiente, partindo de um *sistema jurídico* e de um corpo de instrumentos legais, conduzirá a ação do Poder Público a um *sistema*



*de gestão ambiental*, consoante estabelece o art. 225 da Constituição, complementado pelos dispositivos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios no que interessa ao meio ambiente. O Poder Público, nas três esferas de entes federados, não poderá eximir-se desse princípio constitucional.

Não cabem, no plano administrativo ambiental brasileiro, justificativas ou desculpas em um jogo de “empurra-empurra” em que um agente (Federal, Estadual ou Municipal) diz ser competência do(s) outro(s) e *vice-versa*. Todos são competentes, responsáveis e *devem* agir. Esse comando é gritante na Constituição Nacional de 1988, artigos 23 e 225.

## 10 POLUIÇÃO SONORA – MEIOS DE PROVA

### 10.1 Questões Preliminares

Como os danos ambientais provocados pelas *fontes de poluição sonora* são propalados pelo “ar” e não deixam vestígios materiais (cor, cheiro ou dano aparente), tem-se, a princípio, uma maior dificuldade em se demonstrar o nexo causal entre a produção do *ruído* (fonte da poluição sonora) e os males produzidos em desfavor do sossego, saúde e qualidade de vida.

Ressalte-se que no plano administrativo ou *extrajudicial* (no plano civil e penal só cabem *normas federais*) os Estados e Municípios também legislam – especialmente normas com referência às *poluições* – e executam ações de forma ampla. Como foi dito *supra*, Estados e Municípios são integrantes do SISNAMA (Lei Federal 6.938/1981, artigo 6.º).

Obviamente, o *agente produtor* da poluição sonora (seja móvel ou fixa), vai alegar que a ação contra si foi injusta. O autor do *dano ambiental sonoro* terá mais argumentos se não forem aferidos preliminarmente os *níveis* de *emissão* dos *ruídos*. Daí, a importância do instrumento de aferição acústico conhecido como *decibelímetro*, devidamente descrito em passagem anterior.

Mas, não é só o *decibelímetro* que serve como meio de prova em desfavor dos “*vilões sonoros*”. Os CPC’s brasileiros indicam que quaisquer meios de provas legais ou moralmente legítimos são aptos à comprovação dos fatos (CPC/1973, art. 332, e CPC/2015, art. 369). Referente ao tema dessa pesquisa, podem ser enumerados, sem pretensão de exaurimento: *testemunhas, documentos, fotografias, filmagens, gravações sonoras, perícias*, etc.

Tais meios probantes amplamente conhecidos – quaisquer ações judiciais ou extrajudiciais *sem provas devidas*, obviamente, *não* lograrão êxito – normalmente manejados pelos interessados para fins de *ação judicial ambiental*, ou produzidos através de inquéritos civis (Ministério Público) e penais (de regra, Polícia Civil), podem ser *englobados* de forma célere e eficaz nas Atas Notariais, que serão detalhadas na sequência.

## 10.2 Atas Notariais

Em que pese à existência, de longa data, das atas notariais em outros países, como Espanha, México e Itália, dentre outros (já no séc. XIX), a *ata notarial brasileira* compreende uma inovação recente, do final do séc. XX. Seu *nascedouro* no ordenamento jurídico nacional se deu com a Lei de Notários e Registradores (Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, artigo 7.º, inciso III).

Trata-se, aqui no Brasil, de instrumento destinado exclusivamente aos Tabelionatos de Notas, a ser manejado pelo(a) Tabelião(ã) ou seus prepostos, possuindo múltiplas utilidades, dentro do terreno dos *atos* e *atos* jurídicos. De início, cabe dizer que a ata notarial compreende espécie de *documento público* dotado obviamente de fé pública.

Em verdade, as *múltiplas funções* da ata notarial ainda não foram exploradas no plano jurídico nacional. Seja por desconhecimento ou indiferença, a realidade hodierna demonstra que esse instrumento jurídico ainda é *subutilizado* após mais de vinte anos de seu ingresso no ordenamento jurídico.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei Federal n.º 13.105, de 2015) previu expressamente esse meio de prova:

**Art. 384.** A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

**Parágrafo único.** Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Destaque-se que a Ata Notarial será feita em diligência no local (*in loco*), a qualquer hora do dia ou da noite, bastando prevenir o(a) Tabelião(ã) da localidade. Esclareça-se que a Ata pode ser elaborada de *forma sequencial*, em dias seguidos, durante uma semana, por exemplo. Nos termos do CPC/2015 pode-se descrever a fonte de poluição na Ata Notarial com *arquivos eletrônicos* (anexos), contendo *fotos*, *filmagens* e/ou *gravações do som* (ruído).

É de bom alvitre esclarecer que o valor de uma Ata Notarial, em 2017, no Estado de Minas Gerais, é R\$122,66, de acordo com a Tabela 1 – Atos do Tabelião de Notas. Já o valor das diligências celebradas no *perímetro urbano e suburbano* da sede do Município é R\$13,21; consoante a Tabela 8 – Atos Comuns a Registradores e Notários. Valores válidos para todo o ano de 2017 e que, como tributos, somente têm acréscimos uma vez por ano. A base legal é a Lei (do Estado de Minas Gerais, 15.424, de 30 de dezembro de 2004.

Sendo mais de uma vítima atingida pela *poluição sonora* (em regra haverão vários prejudicados), não é necessário uma Ata para cada ofendido, pois se está aqui no terreno jurídico dos direitos difusos e/ou coletivos. Basta uma Ata Notarial para todos. Logicamente, esse instrumento possui grande utilidade nos planos *judicial e extrajudicial*.

### 10.3 Ações Policiais

O artigo 144 da Constituição Nacional de 1988 é destinado à Segurança Pública, ou seja, às Polícias e Guardas Municipais. Desde que devidamente preparados para o combate da poluição sonora urbana – incluindo, dentre outros, maquinismos de aferição necessários, como *decibelímetros* – os agentes policiais e guardas municipais compõem poderosa divisão do multicitado “*exercito ambiental*”.

As ações preventivas e repressivas dos agentes policiais ocorrem extrajudicialmente. Se forem eficientes, tais ações vão obstar a maioria dos autores poluidores e suas fontes de poluição móveis ou fixas, momentâneas ou permanentes. Inicialmente, ocorrerão advertências, podendo chegar a apreensões das fontes produtoras dos ruídos. Tudo sem necessidade de as vítimas acionarem o plano judicial.

Seus principais instrumentos normativos são a Lei de Contravenções Penais, que assim descreve:

**Art. 42.** Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal que tem de guarda;

**Pena** – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

E a Lei de Crimes Ambientais, quando dispõe:

**Art. 54.** Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortalidade de animais ou a destruição significativa da flora:

**Pena** – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1.º Se o crime é culposo:

**Pena** – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Se, em última análise, as ações policiais não forem suficientes para coibir a reincidência dos infratores ou “vilões acústicos”, servirão como meios de *prova* judicial: apreensão dos instrumentos sonoros, Boletim de Ocorrência, Registro de Eventos de Defesa Social (REDS), etc.

Infratores, vítimas e testemunhas serão ouvidos, a fim de relatar os fatos ocorridos, tendo como pano de fundo a *perturbação acústica* (ruído). Exauridas as providências policiais, todos serão encaminhados ao Juizado Especial Criminal, pois a contravenção e o crime em tela são considerados – pela legislação brasileira – de *menor potencial ofensivo*.

## 11 MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM AMBIENTAL

O fato de os *bens ambientais* possuírem natureza jurídica pública, difusa e indisponível, não obsta a possibilidade de mediações, conciliações e arbitragens, notadamente no plano da *poluição sonora urbana*. Tais mecanismos *extrajudiciais* (mediação e conciliação também podem ocorrer no plano *judicial*) compreendem, aqui no Brasil, instrumentos do movimento internacional – que está sendo engendrado em vários países – denominado *desjudicialização*.

Desta feita, vigoram atualmente algumas leis federais que explicitaram – e ampliaram – essas formas de resolução entre pessoas com posições antagônicas. Até 2015, só existia lei específica para a Arbitragem, que teve seus mecanismos ampliados recentemente. Eis os diplomas normativos em ordem cronológica:

- Lei de Arbitragem (Lei Federal 9.307, de 1996, ampliada após Lei 13.129, de 2015);
- Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal 13.105, de 2015). Vários artigos do CPC/2015 conduzem às mediações e conciliações (judiciais e extrajudiciais) e arbitragens. São exemplos: arts. 3.º; 42; 165 a 175; 359; 565; 694; 696, dentre outros;

- Lei de Mediação (Lei Federal 13.140, de 2015). Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Ressalta a doutrina:

É importante observar que a decisão de questões ambientais pelo caminho do Direito Privado tem sido muito relevante em nosso ordenamento jurídico, pois os Tribunais Judiciais, quase diariamente, decidem ações propostas com base no Direito de Vizinhança (artigo 1.277 do CC), referentes à poluição sonora, fumaça, construções irregulares, poluição hídrica e outras formas de incômodos. E de se registrar que, em sede penal, tem sido quase rotineira a prática de transações entre o Ministério Público e infratores da legislação ambiental, quando o delito é de pequeno potencial ofensivo, conforme admitido pela Lei n.º 9.099/95. Em minha opinião, a Lei de Arbitragem pode se transformar em poderoso instrumento de solução de conflitos ambientais entre particulares, em especial quanto aos efeitos patrimoniais que tais conflitos possam ter (ANTUNES, 2004, p. 894).

Sendo assim, *autores* das fontes de poluição sonora, de um lado, indústrias, estabelecimentos empresariais em geral, casas noturnas, residências etc.; e *vítimas* ou *ofendidos*, do outro, que são obrigados a auscultar involuntariamente o *ruído*, têm a seu favor diversos meios extrajudiciais de resolução do conflito ambiental e social, no caso em tela, *poluição sonora urbana*.

É sabido que uma boa conversa, com sólidas ponderações, celebrada por um terceiro imparcial, tem o poder de arrefecer a maioria dos *sentimentos bélicos* entre lados opostos. Sendo assim, desde que o mediador e/ou conciliador seja preparado e, sobretudo conhecedor da questão ambiental – aqui, *poluição sonora urbana* – seus esclarecimentos tendem a produzir a resolução da questão. Na maioria das vezes, o autor da fonte de poluição sonora será levado a firmar compromisso de *minimizar o ruído acústico*.

## 12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pesquisa, infere-se a compreensão da aplicação do *princípio constitucional de indissociabilidade* entre ensino – pesquisa – extensão (CRFB/1988, art. 207). Esse trinômio constitucional perfaz a base da educação superior brasileira, em nível de graduação e/ou pós-graduação. Ficaram evidenciadas, pela presente investigação, várias diretas aptas ao esclarecimento e compreensão do tema proposto: *poluição sonora urbana*.

As questões sonoras urbanas (*ruídos*) atingiram níveis degenerativos e maléficos ao sossego, saúde e qualidade de vida humana e não humana nunca vistas antes. As perspectivas em curto prazo não indicam redução dos problemas de poluição sonora. Em que pese amplíssimo espectro normativo brasileiro, a começar pela Constituição Brasileira vigente (1988), denominada Carta “verde” ou “ecológica”, patinam as múltiplas ações que poderiam ser manejadas nesse desiderato.

Mas, novos instrumentos estão surgindo, sobretudo mecanismos extrajudiciais, a fim de fortalecer o combate aos “vilões sonoros” ou “acústicos”. Em complemento, outros mecanismos existentes estão sendo aperfeiçoados e ampliados. Dentro dessa logística, destacam-se mediações, conciliações e arbitragens.

O ingresso de novas divisões ao multicitado “exército ambiental” certamente fortalecerão os mecanismos de controle à *poluição sonora urbana*. Sendo os controles mais eficientes, tornar-se-ão as ações mais eficazes. Não se trata de empreitada a ser resolvida sozinha, mas através de “mutirão” em que todos devem chamar para si uma parcela de responsabilidade na tarefa.

## REFERÊNCIAS

AGENDA 21 - Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições, 2001. 598 p

ALMEIDA, S. I. C. de et al. História natural da perda auditiva ocupacional provocada por ruído. In: **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, SP, v. 46, n.º 2, p. 143-158, jun. 2000.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 5.ed. São Paulo: Método, 2014. 1.040 p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 1.060 p.

BELO HORIZONTE. Lei 9.505, de 23 de janeiro de 2008. Dispõe sobre o controle de ruídos, sons e vibrações no Município de Belo Horizonte. **Diário Oficial [do] Município de Belo Horizonte**. Belo Horizonte, MG, 24 de janeiro de 2008.

BORTZ, Marco Antônio Greco. A desjudicialização: um fenômeno histórico e global. **RDN - Revista de Direito Notarial**, São Paulo, Ed. Quartier Latin, ano 1, n. 1. p. 75-110, 2009.

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

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 jul. 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 3.668, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, DF, 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei 6.803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jul. 1980.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos Cartórios). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1994.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1997, e retificada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 set. 1997.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

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.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. **Doenças relacionadas ao trabalho**: manual de procedimentos para os serviços de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. 580 p. Organizado por Elizabeth Costa Dias com colaboração de Idelberto Muniz Almeida et al (Série A. Normas e Manuais Técnicos, 114).

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR -



do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jul. 1978.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (Col.). **Vademécum saraiva**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 2.294 p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 937 p.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: SAFE, 1999. 448 p.

GALVÁN, Rafael Barla (Org). **Glosario ecológico**. Montevideo (Uruguai): [S. n. t.]. 257 p.

GRISI, Breno Machado. **Glossário de ecologia e ciências ambientais**. 3. ed. rev. e ampl. João Pessoa: [S. n.], 2007. 276 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1.838 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1.301 p.

MANAUS. Lei 605, de 24 de julho de 2001. Institui o código ambiental do Município de Manaus. **Diário Oficial [do] Município de Manaus**. Manaus, AM, 25 jul. 2001.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 764 p.

MEDAUAR, Odete (Org.). **Coletânea de legislação ambiental: Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1.231 p.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1.343 p.

MINAS GERAIS. Lei 7.302, de 21 de julho de 1978. Dispõe sobre a proteção contra a poluição sonora no Estado de Minas Gerais. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 22 jul. 1978.

MINAS GERAIS. Lei 7.772, de 8 de setembro de 1980. Dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 9 set. 1980.

MINAS GERAIS. Lei 15.424, de 30 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a fixação, a contagem, a cobrança e o pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, o recolhimento da Taxa de Fiscalização Judiciária e a compensação dos atos sujeitos à gratuidade estabelecida em lei federal e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 31 dez. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 11.520 de 3 de agosto de 2000. Institui o código estadual do meio ambiente do Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 4 ago. 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1.093 p.

SOUZA, Fernando Pimentel. **Efeito do ruído no homem dormindo e acordado: XIX ESBA**. Belo Horizonte: SOBRAC, 2000. 15 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1.225 p.

VEROCAI, Iara (Org.). **Vocabulário básico de meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Secretaria Estadual de Meio Ambiente, 1997. 276 p.

Submissão em: janeiro de 2017  
Pareceres favoráveis em: março de 2017

A R T I G O S



# El Genoma Humano: derecho y salud

ANA CAROLINA MOLINA VILLAR\*

*“Mi sospecha es que el mundo no sólo es más extraño de lo que suponemos,  
sino más extraño de lo que podemos suponer”*  
(J. B. S. Haldane, 1892-1964, apud DRONAMRAJU, 1995).

---

\* Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia); Especialización de Derecho Procesal Penal (Universidad Externado de Colombia); ex-Auxiliar de Magistrado do Tribunal Superior de Bogotá (enero de 2009 – febrero de 2011), actual Profesional grado 033 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (agosto de 2012 – actualidad). Abogada.

Primer día de la primavera de 2016. 16:40 horas. Carlos Polido, hijo de una bella mujer Colombiana y un famoso periodista Brasileño, paciente recurrente del hospital São Luiz, ha sido informado que padece de leucemia.

Días después...

22 de octubre de 2016. 9:40 horas. Carlos se encuentra en la sala de espera de un consultorio médico. Ha decidido preguntarle a un grupo de científicos, entre ellos, un médico internista, un genetista y dos especialistas en farmacología, si existe o no una cura milagrosa, esto es, alguna nueva terapia que mengue su dolor y los demás síntomas de su enfermedad.

En el entretanto, mientras aguarda para poder hablar con los galenos, el sonido generado por el péndulo de un gran reloj cucú colgado en una de las paredes principales de ese recinto le ha recordado cuán estrecho se torna el rango de sus expectativas de vida.

En la búsqueda de una buena distracción para evitar que la ansiedad lo devore y le haga cumplir tempranamente esa inevitable cita con la muerte, clava su mirada en los folletos de publicidad de las compañías farmacológicas que se encuentran abandonadas en la mesa principal de ese salón, con tan buena o mala suerte que encuentra uno que se intitula: “*Terapia génica para enfermos de cáncer. Su implementación en Latinoamérica*”.

A partir de ese instante su atención se desvía en tratar de resolver una serie de interrogantes tales como: (i) ¿El sistema nacional de salud permite que cualquier ciudadano que padezca una enfermedad catastrófica acceda a esas terapias génicas? (ii) ¿El sistema nacional de salud permite a los descendientes de ese paciente acceder

a ese avance científico o, incluso, a las que en la postrimería logren crear con el fin de evitar se desarrolle esa tara?

De repente, Carlos ya no espera que el equipo médico le dé una respuesta milagrosa sino que su atención se centra en tratar de resolver si tiene o no derecho a acceder a la terapia génica de que trata ese folleto que sostiene entre sus manos. Evoca el nombre de una amiga abogada a la que en alguna ocasión escuchó hablar sobre la deficiente asistencia que se brinda en Colombia a enfermedades de alto costo, la busca entre sus contactos y, seguidamente, le escribe un mensaje en el chat de una popular red social en línea, formulándole las inquietudes previamente señaladas.

Minutos después, la jurista responde a tales dudas así:

### **DESDE EL IDEARIO**

Algún día podríamos llegar a aceptar, como parte de aquellas verdades que se revelan a partir de un cúmulo de malas experiencias, que todos los seres vivos somos iguales o semejantes. Y solo entonces, quizás, podríamos ver desaparecer ante nuestros ojos cientos de problemas que a diario nos someten a luchar por sobrevivir y no a trabajar por nuestra supervivencia.

Y aun cuando a ese grado de evolución pudiésemos llegar, mucho me temo, que nada nos impediría caer en la tentación de querer contestar compulsivamente la duda que le subyace a tal revelación, esto es, si todos somos semejantes ¿A qué o a quién(es) nos asemejamos todos? Por la variedad de respuestas que tal pregunta incita dar, cada una conforme a la particular forma en que percibimos el mundo, probablemente nos veríamos compelidos a recorrer el largo camino ya andado. De nuevo nos dividiríamos en creyentes o no creyentes, nos fraccionaríamos en extremistas, neutrales y conciliadores, hasta llegaríamos a discriminarnos sin saber porqué razón lo hacemos, solo por el gusto de seguir las masas.

Al respecto, una gran mente científica expresó con gran lucidez en alguna oportunidad:

La ciencia y la vida diaria no pueden y no deberían ser separadas. La ciencia, para mí, otorga una explicación parcial de la vida... No acepto tu definición de fe, es decir, en la vida después de la muerte... Tu fe se basa en el futuro y el de otros como individuos; la mía en mi futuro y en el de mis sucesores. Me parece que la tuya es más egoísta... Refiriéndome a la pregunta de un creador. ¿Creador de qué? No veo razón para creer que el creador del protoplasma o de la materia primigenia tenga alguna razón para sentir interés por nuestra

raza en un pequeño rincón del universo (Rosalind Elsie Franklin<sup>1</sup>, *apud* MADDOX, 2003, p. 120).

Así que con menos sabiduría que ella y en mi grado de involución, tan solo me atrevo hacer la siguiente afirmación: todas las especies que habitamos este planeta tenemos en común algo más que el instinto de supervivencia.

Al menos es la idea a la que arribé cuando me vi compelida a investigar la causa de la malaria letal, el mal neurológico Creutzfeldt-Jakob<sup>2</sup> y otras tantas variedades de enfermedades que traspasan la barrera de las especies y, en un evento más extremo, cuando analicé el tema de los trasplantes xenogénicos.

Hace una década tuve la oportunidad de escuchar a un paciente al que le diagnosticaron malaria letal. Él, quizás, como gesto de agradecimiento por haberle obsequiado una edición impresa de la novela picaresca “*El Lazarillo de Tormes*”, me explicó que llevaba más de dos meses tratando de disipar una espesa neblina de reproches e interrogantes que se habían apoderado de su mente desde el instante que había sido informado de su afección, los cuales iban desde ¿Cómo podría haber evitado (prevenido) tal enfermedad? Hasta ¿Qué podría hacer para impedir transmitirla a su descendencia?

Pese a la congoja de mi interlocutor, su mirada se transformaba cuando contaba anécdotas recientes en su vida en las que había experimentado lo que él denominó: “el goce de la vida”, que no eran otra cosa distinta a eventos cotidianos en los cuales había logrado sentir “*destellos de felicidad*” cuando se derrumbaba cualesquiera de esos factores diferenciales con los que solía observar el mundo. Algo similar a que el lector de estas humildes líneas optara por suprimir mentalmente los signos de puntuación que separan las siguientes palabras: cosa, animal o persona; raza, origen, etnia, nacionalidad, color de piel.

Cuánta sabiduría encerraba aquellas palabras. Tal vez producto del mismo sentimiento que debió inundar al autor del ensayo titulado “*orgullosamente un gusano*”, esto es, Owen S. Wangensteen, quien probablemente hubiera recibido con beneplácito el estudio científico publicado recientemente en la revista *The Lancet Gastroenterology & Hepatology*, dado que en pleno siglo XXI al “mesenterio” se le ha definido como un

---

<sup>1</sup> Rosalind Elsie Franklin (1920-1958) fue una química y cristalógrafa inglesa, que se definía como **agnóstica**. Gracias a su ardua labor, actualmente, comprendemos la estructura del ADN, pues fue ella la responsable de tomar la famosa fotografía 51, esto es, la imagen por difracción de rayos X que reveló la forma de doble hélice de esta molécula. Fuente de consulta: *Defending Franklin's Legacy. Secret of Photo 51*. NOVA. Fuente de consulta: <http://www.pbs.org/wgbh/nova/photo51/elkin.html>.

<sup>2</sup> Una variante de la encefalopatía espongiforme bovina, mejor conocida como “enfermedad de las vacas locas”.



“órgano”, lo cual confirma la tesis expuesta por Leonardo Da Vinci en el siglo XV y, de paso, la del referido autor, expresada de forma magistral en los siguientes términos:

¿Cuántas especies distintas de animales existen?

[...]

Para mí, sólo existen tres tipos distintos de animales: esponjas, medusas y gusanos.

Hablemos del primer nivel de complejidad. Las esponjas son animales muy simples, que poseen un único tipo básico de células. Son poco más que un amasijo indiferenciado de estas células que se extiende en las tres dimensiones del espacio. Son unos bichos aburridísimos. Uno diría que tienen poco futuro como animadores de un programa de T.V.

El segundo nivel está constituido por las medusas y sus parientes, los corales y las anémonas. Básicamente, tienen dos tipos de células, las externas (o ectodermo), especializadas en la protección y defensa, y las internas (o endodermo), que son las responsables de la digestión. Los Celentéreos, o Cnidarios, como se conoce técnicamente a este grupo, no son más que una cavidad rodeada de estas dos capas de células y que posee un solo agujero de entrada/salida. Poco más.

Todos los demás animales son (somos) gusanos.

En efecto, ¿qué es lo que caracteriza a un gusano? Un gusano es un tubo con dos orificios, uno para la entrada de comida y otro para la salida de cosas desagradables. Alrededor del tubo, se sitúan tres capas de células, entre el endodermo y el ectodermo que heredamos de las medusas, se coloca una tercera capa, **el mesodermo, que es lo que nos permite hacer cosas realmente interesantes, tales como sostenernos, desarrollar apéndices móviles o ¡ser tridimensionales!**

Los gusanos poseemos diferentes apéndices. Las formas más sencillas no eran más que un tubo alargado, pero pronto en la evolución comenzaron a aparecer pelos, aparatos bucales, espinas, ojos y otros órganos sensoriales, cráneos abultados, capaces de albergar cerebros, o patas y manos, con las que los gusanos podemos escribir artículos como este que el lector tiene entre sus apéndices (WANGENSTEEN). (Resaltado fuera del texto original).

Aun cuando esa teoría continúa siendo propugnada por médicos y biólogos, resultándonos encantadora a los legos en esas áreas del conocimiento porque (nos) pone en pie igualdad a todas las especies animales; lo cierto es que, paradójicamente, en los albores del siglo XXI fue “revaluada” por colegas (médicos) de aquel importante galeno, quienes comprometidos en hallar una cura para enfermedades tan degenerativas como las prenombradas se embarcaron en el Proyecto del Genoma Humano, el cual, tal como lo vaticinaron algunos científicos, no solo sepultó “*la creencia de que todos somos iguales* [bajo la categoría] de *un mito*” (David Baltimore) sino que, también, logró encender las alertas al mundo de las ciencias jurídicas en cuanto a una nueva forma de discriminación que aparejaría “*implicaciones éticas [para el sector] salud y de las políticas sociales*” (Marc Lappé).

## LA DISCRIMINACIÓN GENÉTICA Y SU JUSTIFICACIÓN

Lo cierto hasta ahora, es que para alejarnos de la noción despectiva de *discriminación genética*, esto es, el acto de brindar un trato desigual arbitrario, para entenderla aquí en su acepción neutra, relativa a “*distinguir*” o “*colocar a parte un objeto o varios dentro de los de su especie*”, podríamos retomar la idea que llevó a Renato Dulbecco, un virólogo italiano, a convencer a la comunidad científica del año 1986 que la mejor forma de entender la etiología del cáncer sería descifrar el genoma humano, esto es, conocer las tres mil (3.000.000) millones de letras de que éste se compone.

A ese Proyecto del Genoma Humano se le dio inicio el 1º de octubre de 1990, previéndose que finalizaría en el año 2005, el cual, gracias a la labor conjunta de un grupo de científicos de 18 países, culminó antes de lo planeado, esto es, en el año 2003<sup>3</sup>.

En efecto, tal como lo predijera Dulbecco, el Proyecto del Genoma Humano permitió establecer, en esa enorme enciclopedia (ADN), que la ubicación de una palabra (cualesquiera de las cuatro bases nitrogenadas) de manera errónea en una frase, malogra todas las frases en que se emplee aquella, lo cual podría pasar inadvertido o arruinar una página (V. gr. persistencia hereditaria de la hemoglobina fetal<sup>4</sup>) y hasta una obra literaria entera (enfermedades mortales o degenerativas como lo es el cáncer, por dar tan solo un ejemplo).

Trasladado eso al campo de la genética, hablaríamos de *mutaciones* o alteraciones del gen por sustitución de uno o varios nucleótidos, que podríamos agruparlas en: (i) Enfermedades monogénicas y (ii) desórdenes multifactoriales (ROMEO CASABONA, 2003).

Mientras las enfermedades monogénicas dependen exclusivamente de si el individuo heredó o no cierto gen para determinar que este padecerá de cierta afección, V. gr. corea de Huntington; los desórdenes multifactoriales no obedecen únicamente a los genes, pues

---

<sup>3</sup> Un borrador inicial del genoma fue terminado en el año 2000, siendo anunciado conjuntamente por el entonces presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, y el primer ministro británico de la época, Tony Blair, el 26 de junio de ese año. Finalmente, el genoma completo fue presentado en abril del 2003, dos años antes de lo esperado.

<sup>4</sup> “Estaba estudiando la producción de una sola proteína que se encuentra en los glóbulos rojos del feto humano in utero, que se supone que debe desaparecer gradualmente después del nacimiento, cuando el bebé empieza a respirar con sus propios pulmones. La proteína se llama hemoglobina fetal... nunca olvidaré el día en que mis esfuerzos de secuenciación revelaron una G en vez de una C en un posición específica, justo hacia arriba de uno de los genes que desencadenaban la producción de hemoglobina fetal. Esta alteración de una sola letra resultó ser la responsable de que el programa fetal quedara activado en adultos.” (COLLINS, p. 121).

tal como su nombre lo indica, requieren de la interacción de variados factores para que se hagan presentes, entre ellos el ambiente y los hábitos o comportamientos habituales del individuo; por ejemplo, el cáncer de mama<sup>5</sup>.

Las pruebas genéticas en uno y otro tipo de enfermedad o desorden cumplen un propósito distinto. El test de ADN en las primeras pnombradas (enfermedades monogénicas) permiten identificar a personas saludables (asintomáticas) o aparentemente saludables (presintomáticos) que pueden haber heredado un gen, el cual de manera tardía las hará padecer cierta enfermedad, excepto que sufran de una muerte prematura por otra causa, una eventualidad a la que en realidad todos estamos expuestos; al tiempo, que le permitiría informarse sobre lo estrecho que se tornaría el rango de sus expectativas de vida y pronosticar a cuanto se elevarán los costos relacionados con los servicios de salud que habrá de recibir. En los desórdenes multifactoriales *“las pruebas genéticas no diagnostican, sino que consisten en exámenes de susceptibilidad que permiten determinar si una persona, aún saludable, ha heredado un gen que aumenta el riesgo de desarrollar”* (GODARD et al) alguna enfermedad; la cual, huelga resaltarlo, puede ser que nunca padezca. De tal forma que, a lo sumo, el test genético permitirá es evidenciar una predisposición de un individuo a desarrollar cierta afección.

Dicho de otra forma, a partir de la información revelada en el Proyecto del Genoma Humano se ha logrado establecer que el mayor número de enfermedades, verbigracia el cáncer y la hepatitis II, son consecuencia de las mutaciones de genes específicos que interactúan entre sí y con el ambiente intra y extracelular; así como, que existen otras anomalías en las que solamente un gen es defectuoso, como por ejemplo el Alzheimer, un tipo de demencia que afecta aproximadamente un seis por ciento (6%) de personas de 65 años o más.

Luego, entonces, una de las principales motivaciones para secuenciar y, consiguientemente, conocer el genoma humano, es el de descifrar o extraer la información encriptada en el ADN y advertir la predisposición a determinadas enfermedades que puede tener cierto individuo o grupo de individuos que los hace diferentes respecto de su etnia; un dato que contribuye a establecer: (i) las diferentes maneras en las que esa persona metaboliza un medicamento; (ii) seleccionar una respuesta más eficaz dentro de las existentes en la actualidad en la terapia génica; e, inclusive, situar el gen alterado o disfuncional que causa esa tara hereditaria para (iii) “editar” o “reescribirlo”.

---

<sup>5</sup> El último análisis de la Subdirección de Enfermedades No Transmisibles (ENT) del Ministerio de Salud y Protección Social da cuenta de un aumento del cáncer de mama en el país. En Colombia, esta enfermedad se perfila como un problema de salud pública debido a que por su causa anualmente fallecen 2.649 mujeres. Disponible en: <<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/-Cancer-de-mama,-una-enfermedad-en-ascenso-en-Colombia.aspx>>.

Con alguno de esos propósitos meramente terapéutico desde el año 2003 al 2015 se recolectó y procesó información genética de cientos de habitantes de varias regiones de estados o países del continente americano, financiados tales estudios, en su mayoría, por compañías farmacológicas, empresas aseguradoras y otras tantas personas con especial interés en tener acceso a esa información.

Colombia, que no suele ser la excepción a ningún evento deportivo o musical, catástrofe, siniestro, tendencia o “*crónica de una muerte anunciada*”, como bien lo titularía mi compatriota Gabriel García Márquez, también ha contribuido con su granito de arena o, mejor aún, con muestras de material biológico de sus ciudadanos para que se lleven a cabo estudios genético poblacionales<sup>6</sup>.

Es más, recientemente se adelantó uno en el departamento del Chocó al que se le denominó “Chocogen”. La idea que impulsó a llevar a cabo tal análisis genético a los pobladores de esa región del pacífico colombiano resulta espectacularmente ilustrada en las siguientes palabras que empleó Augusto Valderrama, uno de los líderes de ese estudio, pues al respecto dijo:

la población estudiada tiene una marcada herencia africana, pero también europeo y nativo americano... Esta mezcla los hace muy diferentes a los afros de Estados Unidos y del Caribe... Los chocoanos están más predispuestos a enfermarse de malaria cerebral, la más letal... En un país como Colombia esta información ayudaría a guiar la distribución de los recursos económicos de acuerdo a los perfiles genómicos de salud y enfermedad (CHOCOGEN, 2016, p. 88). (Subrayas fuera del texto original).

En efecto, se itera, los datos genéticos permiten separar, distinguir o discernir a un grupo de individuos entre otros que se consideraban del mismo género con el objeto de ofrecer una respuesta terapéutica más eficaz a las enfermedades genéticas que los aquejan.

A eso se le suele denominar: terapia génica. Respecto de la cual, por cierto, “*desde los inicios del Proyecto del Genoma Humano se reconoció que el desarrollo de pruebas genéticas seguramente precedería, tal vez por décadas, la capacidad de tratar de manera exitosa las enfermedades que con estas se pudiesen identificar.*” (GANNETT, 2010).

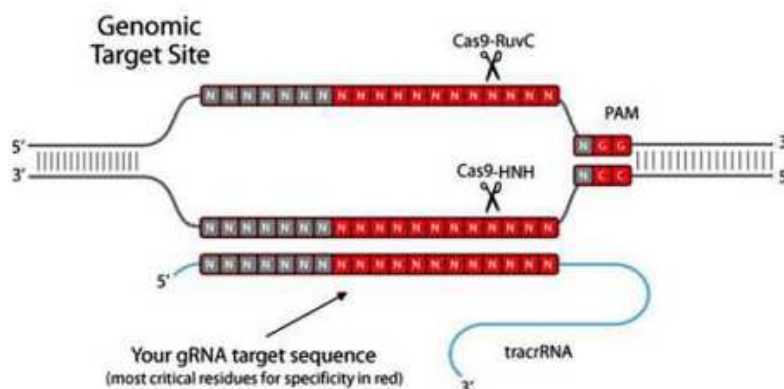
---

<sup>6</sup> Según lo reportado por la Universidad Nacional en su página web: UNIMEDIOS, el estudio más amplio hasta ahora realizado en la historia de la genética de Colombia se llevó a cabo por el Instituto de Genética de la Universidad Nacional de Colombia y el Grupo Colombiano de Identificación Genética Humana y Forense, en el cual se llegaron a analizar muestras de 3.500 personas de 23 departamentos de la región Andina y las costas Atlántica y Pacífica. Disponible en: <<http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/105/15.html>>.

Igualmente, detengamos un poco en la última afirmación que hizo el prenombrado científico, la referida a que las pruebas genéticas practicadas a un grupo considerable de chocoanos puede contribuir notablemente a mejorar la destinación de los recursos públicos del sector salud. Le asiste toda la razón. Según cifras del Ministerio de Salud de Colombia, en 2014 el sistema gastó aproximadamente el 80% de sus recursos en curar enfermedades, el 15% en administrarlo y solo el 5% en la salud pública, promoción y prevención (COLOMBIA, 2016). Esa cifras podrían invertirse si aprovechásemos la calidad predictiva de los test de ADN, pues fundados en sus resultados la medicina podría ser precisa, personalizada y predictiva.

### EVOLUCIÓN DE LAS TERAPIAS GÉNICAS

Ese efímero mundo de las terapias génicas ha visto un nuevo despertar ante la nueva aplicación que se le ha venido dando desde finales del año 2015 a la técnica denominada “Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats”, más conocida por sus siglas: CRISPR, la que al ser traducida en español sería algo así como “*repeticiones palindrómicas cortas interespaciadas y agrupadas regularmente*”, que tal como lo indica su nombre permite corregir ciertas mutaciones genéticas como las que generan una leucemia porque edita los genes alterados mediante la función de “cortar, copiar y pegar”.



Para poder “cortar” el ADN en la zona específica en la que previamente se ha advertido la existencia de una mutación, se utilizan dos moléculas: la proteína Cas9 y el “ARN guía”, las cuales forman una especie de “tijera proteica”. Luego de ese corte, conforme a lo hasta ahora experimentado, la célula se auto-re conoce como “dañada” y trata de “repararse”, siendo en ese instante que los científicos intervendrán, nuevamente, para introducir modificaciones en uno o más genes.

En el año 2015 un equipo de oncólogos de Lu You, de la Universidad de Sichuan, China, utilizó esta técnica para “desconectar” o “bloquear” los códigos genéticos que codifican la proteína PD-1 (Programmed Death -1), esto es, aquella molécula que impide al sistema inmunológico eliminar células tumorales malignas.

En razón a que los resultados han sido exitosos para enfermos de leucemia, se pretende que en el año 2017 se realicen nuevas pruebas para combatir otros tipos de cáncer, esta vez financiado por Estados Unidos de América. Lo cual hará parte de una guerra clásica de titanes tecnológicos, de la cual podríamos sacar provecho los países tercermundistas o, nuevamente, ser sus conejillos de indias.

Lo cierto es que ya no hablamos de hacer uso de la información genética para elaborar tratamientos terapéuticos, sino que nos encontramos en otro nivel, en un peldaño en el que esos datos del ADN de un individuo son analizados para determinar si deben o no ser modificados, reescritos o, mejor aún, *editados*.

Y la pregunta que válidamente emergería, entonces, en la mente de cualquier lector que padezca una enfermedad degenerativa como lo es el cáncer, la malaria letal o Creutzfeldt-Jakob sería: ¿Puedo acceder a esa terapia génica? O mejor aún ¿El sistema nacional de salud me garantiza el acceso a esa novedoso avance tecnológico para curar mi enfermedad? Y si ello no fuera posible por el avanzado estado deterioro en el que se encuentra, el interrogante que seguramente balbucearía no podría ser otro distinto a ¿Mis descendientes podrán acceder a ese avance científico para que se les edite su información genética y jamás desarrollen esta tara?

### **EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A LA “COLOMBIANA”**

Debo precisar que me referiré exclusivamente a las regulaciones que el Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia ha desarrollado de cara a la necesidad de brindar asistencia a quienes padecen enfermedades de alto costo o catastróficas.

En el lapso comprendido entre los años 1975 a 1993 el gobierno optó por clasificar los niveles de complejidad en salud para delimitar por cuales respondería como sector público. Llegó a afirmarse, en diferentes legislaciones, que el Estado respondería hasta el tercer nivel, se negó a obligarse a cubrir el denominado cuarto nivel o de las enfermedades ruinosas o catastróficas, las cuales, dijo en su momento el jefe de Estado, quedarían bajo el amparo de los Hospitales Universitarios en razón de su complejidad.

Como habría de esperarse en nuestra cultura *macondiana*<sup>7</sup> ese Sistema Nacional de Salud quedó espectacularmente diseñado en el papel; empero, fue distorsionado en la práctica. Los Hospitales Universitarios no se dedicaron a responder por la adecuada atención de las enfermedades de alto costo y complejidad sino a atender patologías de baja complicación.

De esa forma, la atención de las enfermedades de alto costo y de alta complejidad solo resultaban garantizadas a una minoría privilegiada de los afiliados a la seguridad social, lo cuales no superaban el 20% de la población, toda vez que la mitad de los asalariados (dependientes) no les resultaba fácil afiliarse a las Cajas Publicas de Previsión, y los trabajadores independiente encontraba serias barreras para ingresar al Instituto de los Seguros Sociales (ISS), precisamente, para evitar que de esa formar ingresaran enfermos de alto costo.

En el perímetro más cercano a ese Sistema de Seguridad Social se encontraba la “*Medicina Prepagada*”, la cual no resultó ser una alternativa a la hora de cubrir esas enfermedades catastróficas, pues resultaba un imposible superar su sofisticado sistema de selección adversa, que iba desde reglas propias de preexistencias, pasando por exclusiones contractuales, hasta los famosos “*períodos de carencia*”.

Así fue como Colombia implementó hace 24 años un nuevo sistema de salud con la Ley 100 de 1993, normatividad que – según decían sus defensores– tenía el propósito de dar un desarrollo legal al derecho constitucional de la seguridad social, el cual había sido elevado a ese supremo rango desde el año 1991.

El Sistema de Seguridad Social de la Salud ahora marcharía, básicamente, con tres entes: El Gobierno (Estado) encabezaría las funciones de coordinación (Ministerio de Protección Social), dirección (Comisión de Regulación en Salud) y control (Superintendencia Nacional de Salud), tanto de las Entidades Promotoras de Salud –EPS– y las Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS–, las cuales son entidades privadas que sirven como intermediarias para administrar los recursos que provee el Estado anualmente en forma de prima (Unidad de Pago por Capitación –UPC–); como también, la de ejercer vigilancia sobre las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS– (hospitales, clínicas, laboratorios, empresas de ambulancia y profesionales independientes: médicos, enfermeras, paramédicos, etc.), que son las encargadas de ofrecer un paquete de servicios, medicamentos y tecnologías, denominado Plan Obligatorio de Salud –POS– a los usuarios.

---

<sup>7</sup> Macondo es un vocativo referido a lo irreal, absurdo e irracional que se tornan la actuaciones del pueblo colombiano. Viene acuñado a la pluma mágica del pueblo del que era oriundo el escritor Gabriel García Márquez.



En el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 se afirmó que el derecho de la Seguridad Social (art. 49) era “irrenunciable” y “universal”. Esa doble categoría puso a suspirar a más de un enfermo de las denominadas afecciones “ruinosas” o “catastróficas” porque finalmente su mayor deseo se cumpliría: recibir atención por parte del Estado o, lo que es lo mismo, ya no quedaría excluido del sistema de salud público.

En efecto, eso fue lo que, al menos en el papel, aconteció porque el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 allanó camino para lograr un efectivo sistema de cobertura y materializar ese mandato constitucional, toda vez que ese dispositivo normativo exigió el “reaseguro” para las enfermedades de “alto costo”, como una especie de garantía de cumplimiento integral del Plan Obligatorio de Salud –POS– y como un mecanismo preventivo contra la selección adversa de los riesgos costosos que activaban las Entidades Promotoras de Salud –EPS– y las Administradoras de Régimen Subsidiado –ARS–.

*“El reaseguro colectivo y obligatorio para enfermedades de alto costo”* se trata de un mecanismo novedoso *made in Colombia*, pues no existe tan si quiera uno similar en el mundo<sup>8</sup>, en tanto con éste se procura evitar caer en los problemas que aquejaban los sistemas de salud de países vecinos, siendo el principal *“la selección negativa”* a la que se enfrentan los pacientes de enfermedades catastróficas (cáncer, VIH), las cuales suelen ser excluidas de cualquier cobertura que brinden las entidades privadas que operan como Empresas Promotoras de Salud – EPS–.

Empero, como quien sumara un punto más a la lista de paradojas que acontecen en Colombia, fue el Estado el primero que actuó para acabar ese mecanismo útil, eficaz y justo del *“El reaseguro colectivo y obligatorio para enfermedades de alto costo”*, toda vez que el Gobierno no tardó en expedir acuerdos para que la atención de las enfermedades catastróficas, las cuales se estiman cuestan aproximadamente diez mil dólares (\$10.000) por persona al año, se sometieran a un sistema de períodos mínimos de cotización y copagos, lo que en la práctica se convirtió en una barrera infranqueable para que los asegurados pudiesen acceder a estos servicios.

Y como si ya no fuese suficiente para que la espada de Damocles cayera sobre el interés general (léase: el interés de los ciudadanos colombianos), un buen grupo de Entidades Promotoras de Salud interpretaron que ese *“reaseguro”* no era obligatorio o, en su defecto, que el derecho a la atención de tales enfermedades estaba sometido al mismo régimen excluyente de las preexistencias de las Empresas de Medicina Prepagada.

---

<sup>8</sup> Posiblemente el más cercano (como lo es de usted su primo en tercer grado) sería el seguro Holandés de tipo estatal para esta clase de enfermedades.



La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han proferido hasta la fecha actual más de un centenar de fallos de tutela (amparo) corrigiendo tales erradas interpretaciones de la norma, reivindicando los derechos de los pacientes de enfermedades de “alta complejidad y elevados costos”, ordenando sancionar (desacatos) a quienes se empeñan en negar la obligatoriedad de la atención sin restricciones, sin preexistencias, sin exclusiones contractuales y sin copagos al menos excesivos.

Sin embargo, al mal comportamiento de las EPS se sumó el de las reaseguradoras, el cual quedó espectacularmente retratado en las palabras de Toro Jimenez en su tesis doctoral, cuando nos dice:

las reaseguradoras han tratado por todos los medios de no reconocer oportunamente los siniestros, o reembolsarlos a tarifas no remunerativas y lo que es más grave han tratado de estimular la selección de riesgos de los enfermos de alto costo, invitando a las EPS y ARS a participar de las “utilidades” que produciría la supuesta buena administración del reaseguro (léase “buenas prácticas de la selección de riesgos”), llegando incluso a ofrecer beneficios camuflados como asistencia técnica a los administradores de la seguridad social y especialmente a los líderes populares al mando de las ESS (Empresas Solidarias de Salud), para evitar la referencia de pacientes con problemas de alto costo (TORO JIMENEZ, 2003).

Como la realidad siempre supera la ficción, con vergüenza debo reconocer que aún continuamos en ese proceso de concientización en Colombia. Cada acción de amparo pareciera ser una batalla de una incesante guerra contra la corrupción que inocular el sistema nacional de seguridad social de mi país.

Respecto a este tópico, resultan ilustrativas las palabras del “gurú del crimen organizado”, el periodista Misha Glenny, quien luego de analizar los distintos tipos de mafias que han surgido en el mundo actual, concluyó brillantemente lo siguiente:

las redes de crimen organizado que surgieron en Sicilia, Italia, en 1860, ante la incapacidad del Estado por regular el mercado del ganado y del limón, con el fin de garantizar que los tratos se cumplieran, así fuera a la fuerza”, actualmente cometen todo tipo de delitos: “tráfico de drogas, de armas, de personas y de recursos naturales, el comercio ilegal de fauna, la venta de medicamentos fraudulentos, de bienes falsificados y el cibercrimen... y la corrupción [porque ésta última] funciona como cualquier otra categoría del crimen organizado: los ciudadanos pagan los impuestos para que el Estado cuide de ellos (en todo sentido) y, en los países corruptos, ese dinero llega al bolsillo de los políticos, personas que simplemente usan su poder disfrutar de ese dinero ¿ No hacen eso los pandilleros que extorsionan a la gente para garantizarle seguridad y luego lo desamparan? (EL GURU, 2017, p. 53).

Así, entonces, a manera de antídoto, que más parecen paliativos, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-313 de 2015, la cual reitera lo dicho siete (7) y seis (6) años atrás (entre otras sentencias, en la T-760 de 2008 y la T-365 de 2009) responde las dudas planteadas por el paciente de leucemia, Carlos Polido, en el preámbulo del presente escrito, mismas que se pueden sintetizar en el siguiente interrogante:

**¿ES POSIBLE ACCEDER A TERAPIAS GÉNICAS,  
AUN NO SIENDO DEL POS?**

¿Un paciente de una enfermedad catastrófica puede acceder a terapias génicas, aún cuando éstas no se encuentren incluidas en el POS?

En la sentencia T-313 de 2015, el problema jurídico que se planteó la Corte realmente estuvo delineado por lo que expresó el accionante y por la experiencia que esa Alta Corporación había recaudado de casos similares durante casi una década.

El accionante era un ciudadano que padecía de artritis rematoide (desorden genético), el cual afirmó en su libelo que la Empresa Promotora de Salud –EPS– a la cual se encontraba afiliado se había negado en repetidas ocasiones a suministrarle el medicamento *Tocilizumab*<sup>9</sup>, pese a que su médico tratante había sido claro y enfático en señalar que no existía otro fármaco que le ayudara a detener el avanzado grado de deterioro en el que se encontraba su salud a causa de la referida afección.

Durante el trámite de la acción de amparo, la Empresa Promotora de Salud –EPS– explicó que el fundamento de su negativa era sencilla: (i) el medicamento solicitado no se encontraba amparado por el Plan Obligatorio de Salud –POS–, (ii) sumado a que la solicitud de aquel había sido rechazada por el Comité Técnico Científico por carecer del registro sanitario que otorga el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA–.

En la parte considerativa del fallo de amparo, la Corte Constitucional opta por hacer una breve reseña de los “*dichos de paso*” (obiter dicta) consagrados en más de una decena de sus decisiones (T-914 de 2012, T-004 de 2013, C-117 de 2008, C-119 de 2008), referentes todos ellos a lo que debe entenderse por “*acceso efectivo a las*

---

<sup>9</sup> Lo cual, acotó en su demanda de amparo, no solo le generaba un deterioro a su salud sino que, también, afectó su derecho fundamental a una vida digna porque lo obligaba a “*pasar en vigilancia muy buena parte de las noches*”.

*prestaciones contenidas en el POS*”, con la finalidad tal vez de resaltar la fuerza vinculante de su precedente (jurisprudencial), para, seguidamente, concluir:

*“en escenarios en los que se analiza la denegación del acceso efectivo al servicio asistencial de salud, no será necesario que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela”, refiriéndose a la no existencia de otro medio de defensa judicial (principio de subsidiariedad aplicable en las acciones de tutela o de amparo).*

Lo cierto es que la Corte Constitucional con esa afirmación logró allanar camino, pues el siguiente tema que debía analizar y evitó infirmar era lo atinente a la falta de competencia de la Alta Corporación (Corte Constitucional) para dirimir esa clase de conflictos, pues tales son del conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y otras regulaciones expedidas posteriormente. Un defecto argumentativo en el que, en efecto, incurrió la judicatura, empero que tan solo me limitaré a enunciar porque se pone en evidencia en el ítem siguiente.

Volviendo al tópico que es de nuestro especial interés, esto es, si realmente el sistema nacional de salud colombiano cuenta con la fuerza financiera suficiente para ganarle el pulso a los “*malos comportamientos*” en que incurren las Empresas Promotoras de Salud y las reaseguradoras, en eventos como el citado, al pretender sacar “provecho” o “partida” de la reticencia que genera a cualquier persona ajena al padecimiento de una “enfermedad de alto costo” o “enfermedad catastrófica” el saber que el sistema público sufraga cuantiosas sumas para dar atención integral a un grupo reducido de personas que las padecen, pudiéndose destinar esos recursos para cubrir los servicios de salud de un mayor número de ciudadanos que sufren de afecciones leves; resulta interesante traer a colación los fragmentos en que la Alta Corporación logra en detalle hacer las cuentas, así:

5.La negación de procedimientos, tratamientos o medicamentos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración jurisprudencial  
La Corte abordará lo concerniente a la negación de servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), puesto que a la luz de la jurisprudencia constitucional, esto constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud de los usuarios. Así las cosas la Ley 100 de 1993<sup>10</sup> señaló que la Unidad

<sup>10</sup> La Ley 100 en su artículo 182 señala: “De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud. Por la organización y **garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC.** Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.” (Negrilla fuera de texto original).

de Pago por Capitalización tiene como finalidad la financiación de los servicios incluidos en el Plan de Beneficios, por tal motivo las EPS están negando servicios de salud que se encuentran pagos por el Estado.

La jurisprudencia<sup>11</sup> ha señalado que los conceptos incluidos en el POS deben ser suministrados de manera ineludible, en razón a que es el médico tratante quien los ordena con base en la valoración médica que ha hecho previamente a su paciente, es decir, que dicho estudio permite al galeno establecer qué tecnología en salud es más eficaz e idónea para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad<sup>12</sup>, de tal suerte que si la promotora de salud niega la prescripción médica realizada, está vulnerando el derecho fundamental a la salud de los afiliados.

Por lo anterior, la Corte ha sostenido que no es constitucionalmente válido que se niegue la prestación de cualquier tecnología en salud que se encuentre incluida en el Plan de Beneficios y haya sido formulada por el médico tratante, ya que tal accionar pone en riesgo la vida e integridad de la persona, máxime cuando el servicio ya se encuentra financiado por la UPC.

El solo hecho de negar un servicio cubierto por el POS ocasiona un efecto adverso entre los pacientes, debido a que se transgrede el derecho a la salud del usuario cuando se le obliga a acudir a la administración de justicia para hacer valer sus derechos constitucionales. Por consiguiente, ante la sistemática interposición de acciones de tutela para reclamar dichos servicios, este Tribunal concluye que no se está garantizando de manera efectiva el acceso que tienen los usuarios para acceder a los servicios de salud.

Finalmente, la negación de este tipo de tecnologías en salud genera una solicitud de recobro ilegal, que de plano es improcedente, como quiera que el Estado pagó por el servicio incluido en el plan de beneficios. Por tanto, no puede bajo ningún motivo generarse un segundo pago a cargo del erario por un mismo concepto, en esa medida la EPS no asumió ningún rubro que no hubiere estado obligado normativamente a cancelar<sup>13</sup>. En tal contexto, no se puede permitir que las promotoras de salud recobren esos dineros ante el Fosyga o el ente territorial, puesto que constituye un pago de lo no debido<sup>14</sup>. Por ello, la Corte Constitucional deja establecido que en ningún caso podrá ser procedente una solicitud de recobro por prestaciones incluidas en el POS. (Subrayas fuera del texto principal).

<sup>11</sup> Sentencias T-971 de 2011 y T-918 de 2012, T-073 de 2013, T-160 de 2014, entre otras.

<sup>12</sup> Al respecto en la Sentencia T-918 de 2012, este Tribunal precisó que: “las entidades promotoras de salud se encuentran en la obligación legal de brindar dichos servicios cuando hayan sido ordenados por el médico tratante, puesto que ya están financiados en la unidad de pago por capitalización del régimen contributivo (UPC) entregada por el Estado para la atención de la población asegurada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. En ese sentido, en el fallo C-655 de 2003 la Corte precisó que “la UPC es la cuota de valor anual que reciben las EPS por cada una de las personas afiliadas, cotizantes o beneficiarias, para garantizar la adecuada prestación de los servicios que ofrece el POS durante ese período de tiempo”. Por tanto, los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios médicos incluidos en el POS, sin que deba mediar demanda de tutela alguna.

<sup>13</sup> Al respecto, en la Sentencia C-463 de 2008, se manifestó expresamente que “a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de **las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.**” (Negrilla fuera de texto original.)

<sup>14</sup> Auto 263 de 2012, consideración jurídica 3.6.

Pese a la claridad de tal disertación, la Corte Constitucional se vio compelida a recordar aquello que desde antaño había venido afirmado (entre otras, en las sentencias T-760 de 2008 y la T-365 de 2009) respecto a lo que acontece con aquellos medicamentos y servicios tecnológicos que están por fuera del Plan Obligatorio de Salud –POS–. Diciéndonos:

este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. (T- 365 de 2009).

Así entonces, el derecho a la salud, reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que la Corte Constitucional resolvió garantizar una vez más en uno de sus múltiples fallos de amparo, tras advertir la presencia o existencia de ciertos elementos fácticos, los cuales, huelga señalarlo, se asemejan al caso hipotético planteado en el presente análisis, en razón a que se trata de un paciente que requiere de un tratamiento médicamente adecuado para la patología que padece, el cual está por fuera del Plan Obligatorio de Salud –POS–, empero que cumple con los siguientes elementos:

- Primero, la comunidad científica y bioética mundial informa o indica que ese nuevo medicamento o novedosa técnica (léase técnica génica) es eficaz para tratar la patología en cuestión y para ello se basa en la sintomatología que presenta en concreto ese paciente.
- Segundo, la razonabilidad de la relación entre riesgo (efectos secundarios desconocidos, precisamente por la novedad de la técnica) y beneficios.
- Tercero, se cuenta con el consentimiento informado del paciente.

Ahora bien, en un sistema del Civil Law, como lo es el colombiano, siempre existirá un tufillo “prevaricador” cuando se habla de un fallo de tutela o sentencia de amparo que “hizo justicia en el sector salud” porque, en esa visión obtusa, el Derecho es solo aquello que se consagra en el texto legal, ergo la jurisprudencia es solo una “fuente auxiliar” a la cual debe recurrir el operador jurídico (interprete) cuando se ve enfrentado a una laguna legal o vacío normativo.

Por esa razón es que el Congreso de la República de Colombia se vio compelido a expedir la Ley 1751 de 2015 “*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la*

*salud*”, contemplándose expresamente en su artículo 14<sup>15</sup> la prohibición de la negación de prestación de servicios de salud.

Pero además, como si ello no fuese suficiente, el Gobierno expidió la Resolución 1479 de 2015 “*Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado de Salud*”, siendo este el dispositivo normativo que da respuesta a los interrogantes que enuncié en el preámbulo de este análisis. Especialmente, el artículo 6º, el parágrafo del artículo 7º y el artículo 8º, por establecer expresamente lo siguiente:

Artículo 6. Organización de la red para la garantía de los servicios y tecnología sin cobertura en el POS. El departamento o Distrito que adopte el modelo de garantía de prestación de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS centralizado, deberá:

- a) Definir el listado de prestadores de servicios de la salud a través de los cuales se brindarán los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS a los afiliados al Régimen Subsidiado.
- b) Informar a los usuarios y a las EPS que operan en su territorio, la red de prestadores definida (sic) para garantizar los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.
- c) Publicar el listado de prestadores de servicios de salud en la página web de la respectiva entidad territorial, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia de la presente resolución, el cual debe permanecer actualizado.

Parágrafo. La prestación de estos servicios y tecnologías se hará a través de las Empresas Sociales del Estado –ESE– que se encuentran habilitadas, salvo que la oferta de servicios requerida no exista en el municipio o su área de influencia, caso en el cual, previa autorización del Ministerio, la entidad territorial podrá incluir dentro del listado seleccionado otros operadores de servicios de la salud habilitados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007.

Artículo 7. Atención de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

[...]

Parágrafo. Los servicios o tecnologías sin cobertura en el POS que superen la etapa de verificación y control de que trata el Título III de la presente resolución, serán pagados directamente por la entidad territorial al Prestador de Servicios de Salud, previa presentación de cobro.

---

<sup>15</sup> Ley 1751 de 2015, **Artículo 14**. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud. Parágrafo 1º. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

Artículo 8. Negociación y compra centralizada de servicio y tecnologías sin cobertura en el POS. Los Departamentos y Distritos, con base en el diagnóstico sobre la situación de salud en sus territorios, podrán mantener o implementar esquemas de negociación y compra centralizada de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, siempre y cuando:

- i) Exista un concepto técnico-médico que soporte la conveniencia de adelantar dicho esquema para el tratamiento continuo de enfermedades crónicas o degenerativas, de alto costo o huérfanas de un determinado grupo de usuarios.
- ii) La entidad territorial asegure el correcto funcionamiento y control del esquema de compra centralizada, distribución de tecnologías, seguridad en su administración y manejo de la información
- iii) La entidad territorial tenga evidencia de que el esquema de compra centralizada disminuye los costos que debe pagar por dichos servicios o tecnologías
- iv) La escogencia del proveedor se haga a través de un proceso de selección objetiva.

Luego, entonces, pese a la corrupción, a los malos comportamientos de las EPS y reaseguradoras y a las erróneas interpretaciones de las autoridades administrativas y judiciales, en la actualidad las denominadas “*enfermedades catastróficas o de alto costo*”, como el cáncer (dentro de ése género se encuentra la leucemia), se encuentran cubiertas por el Sistema Nacional de Salud, lo cual implica que un ciudadano como el del caso hipotético planteado en el preámbulo de este ensayo podría acceder a ese avance tecnológico siempre y cuando fuese él el paciente o receptor de esa novedosa terapia génica y no sus descendientes, toda vez que debe contar con un concepto técnico-médico, lo cual implica que debe habersele diagnosticado una enfermedad crónica o degenerativa, como en efecto lo es la leucemia.

Retrocedamos un poco en la lectura del caso hipotético, esto es, en el preámbulo de este escrito. Allí se habló de “mala suerte” cuando el paciente de leucemia se encontró el folleto que le informó de la existencia de la terapia génica para resaltar la siguiente idea: el paciente desvió su atención en hallar a su amiga abogada para que le asesorara sobre si tenía o no derecho a acceder a las terapias génicas, cuando lo cierto es que, conforme con lo anteriormente analizado, él debía continuar esperando el concepto de los médicos especialistas que se encontraban en ese consultorio médico.

Y ello es así, al menos en Colombia lo es, porque un paciente de una enfermedad catastrófica o de alto costo debe contar con un concepto técnico-científico referido a lo “adecuado” y “necesario” que, en su caso particular, resulta aplicar o no una técnica novedosa para tratar su patología de acuerdo a la sintomatología que presenta.

Repárese, igualmente, en que también se hizo referencia a la “buena suerte” de Carlos Polido, en cuanto a toparse con ese folleto que le informaba sobre la existencia de ese



avance científico, en tanto se utilizó la “y”, conjuntiva, que no la “o”, disyuntiva, con el propósito de resaltar el beneficio de haber sido informado de sus derechos, pues la jurista le ofreció una breve reseña sobre la regulación o reglamentación que rige su derecho a la salud. De tal forma que si no hubiese desviado su atención para consultar con un profesional del derecho, difícilmente podríamos hablar que el paciente dio su “consentimiento informado”.

Informar debidamente al cliente o al paciente es el primer eslabón de una cadena de pasos que debe dar todo profesional ético, pues, de lo contrario, todo se resumiría en un acto de fe y no en la razón. Todo abogado o profesional del Derecho cumpliría la misma función que un sacerdote sentado en el confesionario, escuchando el mal que le aqueja a ese ciudadano (cliente o paciente) y haciéndole creer que el espíritu santo descenderá en forma de paloma para iluminarnos y, solo entonces, poder dar una respuesta a su “pena” o “enfermedad” o, mejor aún, “castigo divino” que lo exima y, ergo, lo sane.

Así, entonces, conforme con el estado actual de la jurisprudencia y la ley, el sistema de seguridad social de la salud en Colombia no aprobaría que los familiares del paciente de leucemia tuviesen acceso a esa novedosa terapia génica porque la entenderían como un tratamiento preventivo, y con esa errónea idea considerarían que se desnaturaliza el concepto mismo de “terapia”, dado que ésta presupone la existencia de una “enfermedad”.

Ello se constituye en un error, en mi humilde criterio, pues se hace depender el concepto de “enfermedad” de la evidencia de una sintomatología propia de la patología en cuestión, cuando perfectamente cómo se enunció en un ítem precedente podemos estar hablando de personas saludables (asintomáticas) o aparentemente saludables (presintomáticos) que pueden haber heredado un gen, el cual de manera tardía las hará padecer cierta enfermedad, excepto que sufran de una muerte prematura por otra causa. Pues, se itera, podemos estar ante una enfermedad monogénica.

Empero, en la actualidad, aun es recurrente que nos deslicemos continuamente en esa rampa de actuar frente “*al dolor*” o ante la presencia de una “*agonía*”, para confirmar esa circunstancia, basta con responder la siguiente pregunta: ¿Cuántas veces llamó el año pasado a su Empresa Promotora de Salud solicitando le autorizaran una cita con el médico general para que le practicara un chequeo (examen preventivo)?

Ahora bien, vayámonos al otro extremo, escarbemos en otra verdad inocultable: ya no tenemos certeza sobre qué se encuentra comprendido en el concepto de “enfermedad”, pues cuando uno lee con detenimiento los diversos aspectos concernidos en el concepto que de “la salud” presenta la Organización Mundial de la Salud en los siguientes



términos: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”, solo puede sentirse que está caminando por arenas movedizas, esto es, en un terreno lleno de incertidumbres. Y de eso poco o nada gustamos los abogados, menos aún los funcionarios públicos porque la “inseguridad jurídica” nos pone a “pensar” y “*el que tanto la piensa, termina viendo cómo le hacen los goles*”, decían mis abuelos.

Esa definición aceptémoslo es bastante difusa o laxa. Al punto que cualquiera de nosotros podría ser considerado “enfermo”, tras haber padecido por horas enteras un trancón o un embotellamiento porque ¿quién se siente en un “*estado de bienestar mental*” después de haber perdido un tiempo valioso de su vida en medio de la catástrofe provocada por los nuevos burgueses de la empresa automotriz? O, mejor aún, ¿Quién no se siente enfermo después de haber visto ganar a Donald Trump las elecciones presidenciales?

Así que resulta necesario precisar que lo anteriormente expresado, esto es, que solo el paciente de leucemia podría acceder a esa nueva terapia génica, sería una respuesta parcial a los interrogantes inicialmente planteados, pues luego de analizar todos los factores que podrían “encajar” en la categoría de “enfermedad”, aunado a lo que debe entenderse por medicina preventiva y terapia génica de enfermedades monogénicas, podría usted terminar incluyendo como beneficiario de tal tratamiento a los familiares del paciente de leucemia del caso hipotético que he propuesto en este ensayo.

Eso no suena alentador, si en cuenta se tiene que, parafraseando al ilustre doctrinante Elian Pregno, ello nos conduciría a tener un “*derecho a la salud a la carta*”, lo cual termina deteriorando el sistema de salud pública.

Para no desentonar con el tema culinario, vamos a finalizar este escrito con el siguiente abrebocas: ¿La Seguridad Social deberá tener acceso a los resultados de los análisis genéticos que se practique uno de sus afiliados?

### **LOS ANÁLISIS GENÉTICOS DE CARA A LA SEGURIDAD SOCIAL**

¿Deberá tener acceso la Seguridad Social a los resultados de los análisis de genéticos que se practique un ciudadano?

Concédase unos segundos para responderla razonadamente porque, de lo contrario, la respuesta que de manera compulsiva brote en su mente, independientemente de si es negativa o positiva, revelará un rasgo de su personalidad.

Aquellos que fuimos formados en centros educativos públicos no suele gustarnos la intromisión del Estado en nuestras vidas ¿Qué ironía? Educados con recursos públicos pero nos da urticaria que el Estado meta sus narices en nuestra vidas porque tememos convertimos en el protagonista de “Big Brother”, la famosa obra de George Orwell.

En la otra cara de la moneda, probablemente, se encontrará un empresario del sector privado, quien le dirá: *informar los resultados de los análisis genéticos que usted se practicó a expensas del Sistema Nacional de Salud es lo menos que puede esperar la administración pública.*

Tal vez en un análisis costos – beneficios, esa solución puede ser irrefutable; empero, cuando la pasamos por el tamiz de los derechos humanos en juego, ésta no suele ser necesariamente la correcta.

En realidad, considero que poco o nada importa por cuál de los extremos se incline (sí/no), dado que no hay respuesta correcta a tal cuestionamiento. A lo sumo dependerá del rol que desempeñe para cuando se vea convocado a responderla.

Lo que sí, considero, importante es que se la formule ahora, en el presente. Es una problemática actual que golpeará a su puerta “*Certus an et incertus quando*” porque dejó de ser parte de un futuro incierto o de una película de ciencia ficción. Si no lo cree, basta con que haga una lectura sobre el tema que tiene conmocionados a químicos, médicos especialistas en farmacología clínica y hasta a la Organización Mundial de la Salud: la creciente demanda de las terapias biológicas, las cuales remplazan con creces los medicamentos, pues mientras éstos son “*moléculas sencillas obtenidas mediante procesos químicos*”, aquellas son “*moléculas complejas creadas a partir de organismos vivos*”; lo cual apareja, dentro de tantas otras, complicaciones tales como: ¿Quién o cómo se hará su farmacovigilancia? Si se presenta un evento adverso ¿A quién se lo achacamos? (EL PACIENTE, 2017. p. 82).

Esos temas no resueltos tornan más atractiva aún la terapia génica, porque en este campo los fármacos se diseñan de forma personalizada, esto es, teniendo en cuenta la información genética del paciente. De eso, al menos, se benefició Steve Jobs antes de que muriera de cáncer pancreático, pues se sabe que el genio de Apple habría pagado cien mil dólares para que se secuenciara su ADN (BERNARDO, 2017).

En la actualidad empresas como “VERITAS”, cobra 999 dólares para transferir todo el mapa genómico de un de sus clientes a su teléfono celular; “COLOR GENOMICS”, busca genes comunes asociados con un alto riesgo de cáncer hereditario; “23ADNME”,

ofrece exámenes genéticos a millones de personas y colabora con las farmacéuticas para la creación de nuevos tratamientos curativos (SNPedia, 2017).

En Colombia, Gustavo Zambrano, Gerente General de RIGS, una de las pocas compañías que en el país hace test genéticos, asegura que un examen de este tipo, que solo requiere una muestra de saliva y cuyo resultado se obtiene en 20 días, ronda en los 2 millones de pesos. Zambrano explicó recientemente a los medios de comunicación:

Estas tecnologías pueden parecer costosas para un sistema frágil como el nuestro, pero precisamente permiten gestionar los riesgos y hacer una verdadera promoción y prevención de la salud que genere menos costos en tratamientos y una mejor calidad de vida de las personas (ES MEJOR, 2016)

Pensemos de nuevo en darle una respuesta al interrogante recientemente planteado. Y dado que un ensayo se asemeja mucho a un monólogo, autocráticamente diré: sí. Ahora veamos las implicaciones de mi respuesta.

Cuando usted opta por informar al sistema nacional de salud de su país los resultados del análisis genético que se practicó debe ser consciente que no solo estará suministrando datos sobre su estructura genética (ADN) o su genoma sino, también, sobre la de sus ascendientes, descendientes, las generaciones futuras y las de su etnia. De tal forma que usted debe asegurarse que el tratamiento de esa información se sujete siempre al fin por la cual se recauda: contribuir a su salud.

Esa respuesta podría refutarse diciendo, entre otras tantas buenas ideas, que el Sistema de Seguridad Social siempre ha accedido, por otras vías, a tal información. Verbigracia cuando usted llena una serie de formas que van a parar a su historia clínica o todo aquello que le confesó a su Empresa Promotora de Salud cuando ingresó o afilió.

A menudo solemos suministrar datos sobre “antecedentes familiares” referentes a quién de sus ascendientes y descendientes sufre de diabetes, miopía, cáncer y otras taras hereditarias. A partir de esos datos personales puede cualquier mente acuciosa empezar hacer cálculos probabilísticos para llegar a establecer su predisposición a ciertas enfermedades.

Hecha tal salvedad, solo me resta recordar que el sistema de la seguridad social de la salud está basado en la solidaridad para la cobertura de necesidades básicas, pues las partes aportan al fondo de acuerdo con su capacidad de pago y con base al riesgo que para el grupo representan (RAITHATHA; SMITH, 2004, p. 395). De tal forma que las protecciones (opcionales) adicionales tendrían que ser provistas en esquemas basados en la mutualidad.

Verbigracia, una multinacional farmacológica o una gigante genómica como ILLUMINIA le propone al paciente de leucemia que a cambio de costearle todos los gastos (costos) que implica aplicarle la terapia génica que usted desea, él y sus descendientes deberán consentir que se les practiquen análisis de ADN y que se secuencie la totalidad de sus genomas, para que la información que de ello se obtenga pueda destinarlo a fines científicos y del comercio farmacológico.

Eso no deja de dar cierto escozor porque ya no podríamos seguir afirmando que *“La ciencia se encuentra al servicio de la humanidad”* sino que deberíamos confesar que damos pasos agigantados para que *“la humanidad esté al servicio de la ciencia”*. Y ¿A cuál ciencia? Usted válidamente podría preguntarme.

*A la que financian las empresas farmacológicas para lograr avances en el cuidado de la salud* –podría responderle–.

Y usted, a su vez, decirme en forma sarcástica: *–Así, esa misma... la que se jacta de ser la “dueña” o “propietaria” de las patentes de los fármacos que se crearon gracias a su información genética, alumna–*.

Para la muestra un botón. El referido estudio genético poblacional recientemente realizado en el departamento del Chocó, no deja de generar suspicacias, pues se trata de una región abandonada desde antaño por el Estado Colombiano, sumado a que es víctima de la violencia que genera el tráfico de estupefacientes, pues es uno de los “corredores” y “puertos” preferidos de los nuevos “cártel de las drogas”.

En el territorio del departamento del Chocó y en Colombia, en general, poseemos tal grado de biodiversidad (fauna y flora) y riqueza minera que, irónicamente, hemos soportado toda clase de tipologías de corrupción, entre ellas las que desangran los rubros del erario público destinado a la “Salud” y “Educación” y, aún así, *“sobrevivimos”*, como dice la canción *“De dónde vengo yo”* del un grupo musical Chocquibtown (2016).

Por esa razón, incluso, resulta una verdadera paradoja que haga parte de la región que denominamos: “pacífico colombiano”, porque al referir algo de ella frente a un extranjero podríamos llevarlo al siguiente engaño: *“somos pacíficos, estamos unidos, nos une la región, la pinta, la raza y don del sabor”* (CHOCQUIBTOWN, 2017). Es decir, hacerle creer que en esa región de Colombia abunda “la paz”, cuando lo cierto es que es de lo que más carecemos.

Precisando tales circunstancias ¿Usted no dudaría de un interés inusitado de empresas extranjeras en analizar el ADN de los chochoanos?

“Recordar es vivir”, dicen por ahí; empero, en otras tantas ocasiones nos ayuda es a sobrevivir. Hace 20 años se dijo en varios medios de comunicación masivos (radio, prensa y televisión) que Estados Unidos de América (USA) estaba interesado en determinar el gen por el que “*los colombianos somos violentos por naturaleza*”. Ello no está lejos de ser incluido en un discurso nacist, fascista y sus derivados para propender por la eugenesia ¿verdad?

### REFLEXIONES O CONCLUSIONES

- El sistema de seguridad social de la salud en Colombia incurre en una constante falacia: no tiene en cuenta las tecnologías no POS que deben ser financiadas por las aseguradoras con cargo al dinero que es destinado al plan de beneficios, lo cual genera un desbalance financiero por la avalancha de fallos de tutela o de amparo en los que se obliga a reconocerlas o cubrirlas o subsidiarlas.
- Ello quizás se deba a que el sistema de salud se convirtió, en esencia, en una mercantilización (compraventa) de servicios, lo que abona terreno a las prácticas corruptas porque la “salud” se compra y se vende, olvidándonos que es un derecho fundamental y no un objeto de transacción.
- Otro olvido en el que se incurre, casi que de manera consciente, a un alto costo es de propender por el desarrollo del talento humano, por las políticas preventivas, centrando la atención en los enfermos; dado que éstos si “facturan”.
- Las terapias génicas en su esencia son preventivas, razón por la cual las vemos como un tema de “futurología”, cuando en realidad son un tema actual respecto del cual no estamos preparados para dar un debate ético y jurídico que nos garantice que nuestro genoma (datos de ADN) se convierta en un producto más de mercado de la salud.

### REFERENCIAS

BERNARDO, Ángela. Las lecciones sobre el diagnóstico (y la muerte) de Steve Jobs. 5-10- 2016. Hipertextual: Ciencias. Disponible en: <<https://hipertextual.com/2016/10/steve-jobs-cancer-muerte>>. Acceso en: enero, 7, 2017.

CHOCOGEN y el genoma de los colombianos. **Revista Semana**. Edición impresa n.º 1.793, publicación del 11 al 18 de septiembre de 2016. Bogotá, Colombia.

CHOCQUIBTOWN. De donde vengo yo. Video. 4min25seg. Disponible en: <[https://www.youtube.com/watch?v=yb\\_jD—Yfp4](https://www.youtube.com/watch?v=yb_jD—Yfp4)>. Acceso en: diciembre, 27, 2016.

CHOCQUIBTOWN. Somos Pacifico. Video. 4min1seg. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=reB4YLS-49U>>. Acceso en: enero, 2, 2017.

COLLINS, Francis S. **¿Cómo habla Dios?**: la evidencia científica de la fe. 6. edición. Bogotá: Planeta Colombia, [S. d.].

COLOMBIA. Ministerio de Salud e Protección Social. Disponible en: <<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/default.aspx>>. Acceso en: diciembre, 21, 2016.

DRONAMRAJU, Krishna Rao (Ed.). *Haldane's Daedalus Revisited*. Londo: Oxford University Press, 1995. Edición con una introducción de Krishna Rao Dronamraju, prefacio de Joshua Lederberg; con ensayos de M. F. Perutz, Freeman Dyson, Yaron Ezrahi, Ernst Mayr, Elof Axel Carlson, D. J. Weatherall, N.A. Mitchison y del editor.

DUARTE, José Luis Barragán. Mapa genético de los colombianos. Unimedios. In: Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <<http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/105/15.html>>. Acceso en: enero, 12, 2017.

EL GURÚ del crimen organizado. **Revista Semana**. Sección Entrevista. Edición impresa n.º 1.812. Bogotá, Colombia, 22 al 29 de enero de 2017.

EL PACIENTE y la farmacovigilancia. **Revista Semana**. Sección Salud. Edición impresa número 1.812. Bogotá, Colombia, 22 al 29 de enero de 2017.

ES MEJOR prevenir que curar. **Revista Semana**. Especial de SALUD. Edición impresa 1.800, octubre 30 de 2016.

GANNETT, L. The human genome project. Editorial E. N. Zalta, 2010, hallado en: <<https://plato.stanford.edu/entries/human-genome/>>.

GODARD, B. et al. Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues. **European Journal of Human Genetics**, pág. 124 y 125, Diciembre de 2003. Find Full Text at Georgetown University Library: <<http://hdl.handle.net/10822/524769>>.

MADDOX, Brenda. **Rosalind Franklin**: the dark lady of DNA. London: Harper Collins, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. Meditación de la técnica. Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía. En: **Revista de Occidente en Alianza Editorial**, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

RAITHATHA, N.; SMITH, R. Disclosure of genetic tests for health insurance: is it ethical not to? **Lancet**, n.º 363, p. 395-396, January, 31, 2004.

ROMEO CASABONA, C. M. El tratamiento y la protección de los datos genéticos. en: MAYOR ZARAGOZA, F.; ALONSO BEDATE, C. (coord.). **Gen-Ética**. Barcelona: Ariel, 2003.

SNPedia. DNA testing services usable with SNPedia and Promethease. Disponible en: <<http://snpedia.com/index.php/Testing>>. Acceso en: enero, 7, 2017.

TORO JIMENEZ, Walter R. Modelo de simulación prospectiva de la demanda de servicios de salud para enfermedades de alto costo: aplicación para una entidad promotora de salud colombiana. Tesis doctoral presentada ante la Universidad Politécnica de Valencia en el año 2003. Disponible en: <<http://www.eumed.net/tesis-doctorales/wrtj/SISTEMA%20DE%20SALUD%20COLOMBIANO.htm>>.

WANGENSTEEN, Owen S. Orgullosamente un gusano. Disponible en: <<http://www.cienciateca.com/gusano.html>>.

Submissão em: março de 2017  
Pareceres favoráveis em: abril de 2017





**“Que la sangre no llegue *Al(barracini)*...”**  
**Comentario al fallo de la Corte Suprema de**  
**Justicia de la Nación Argentina: “Albarracini**  
**Nieves, Jorge Washington s/ Medidas**  
**precautorias”, del 01/06/2012**

ELIAN PREGNO\*

**Resumen:** La judicialización de conductas autorreferentes, como resultan ser los rechazos de tratamientos médicos, en general, y las transfusiones sanguíneas (por parte de los fieles de la “Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová”), en particular, no reviste –a nuestro juicio– dilema alguno, mas sí implicancias que se disparan hacia la teoría general del derecho, en tanto se topa con un problema que se ha encarecido en nuestros días: “¿cómo dialogar con el dogma?” Sin perjuicio de ello, es un tema recurrente en los tribunales y no es sino la libertad de conciencia la que se pone en jaque, ante el juicio de la opinión pública que audita el proceso decisonal (personal e institucional) a través de los medios de comunicación masiva, siendo que se trata de un área exenta de la autoridad pública y se reputa como territorio ajeno a la injerencia estatal: nadie como el propio individuo para ponderar beneficios, riesgos y perjuicios y determinar en las arenas de la soberanía corporal. Muchas veces, el consentimiento/rechazo de los pacientes no es actual sino que se presenta diferido en el tiempo, como ocurre con las “directivas anticipadas”, auténticas manifestaciones de la autonomía personal.

**Palabras claves:** Directivas anticipadas – Libre profesión del culto – Autonomía personal – Moral autorreferencial – Rechazo de transfusión sanguínea.

---

\* 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 del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la Universidad Nacional de Quilmes. Director Ejecutivo del “Centro de Estudios y Participación Ciudadana” (C.E.P.Ci.).

“Y yo pediré cuenta de la sangre  
*de cada uno de ustedes...*”(Libro del Génesis, Capítulo 9, versículo 5)

## I PÓRTICO

1. No resulta fácil emular la capacidad de los avances de la ciencia y la tecnología, especialmente en el campo de la biomedicina, para inaugurar controversias con alto impacto para la especie humana que, en última instancia y las más de las veces, remiten a cosmovisiones fundacionales de la vida en sociedad que habilitan la comprensión de “el todo”.

Consecuentemente, la “exigencia de definiciones (a veces más sinceras, a veces más hipócritas) recae tanto sobre los círculos intelectuales más eximios, esos que premoldean las prioridades de la academia e, incluso, inciden en la construcción de la agenda pública, como sobre aquellos líderes con apetencia de incumbencias en la toma decisiones de alcance colectivo” (PREGNO, 2011a, p. 85).

Al unísono, desde la ciudadanía y, principalmente, a través de los medios de comunicación masiva, se despliegan verdaderos procesos de vigilancia cívica que sellan el futuro de los referentes políticos en la disputa por el poder (Puede verse ROSANVALLON, 2007; ROSANVALLON, 2009).

Entonces, nadie permanece en silencio.

Luego, el auditorio se biseca de manera irreconciliable.

2. Promediando el año 2012, asistimos en la Argentina a un nuevo caso de judicialización de conductas autorreferentes y reeditamos discusiones que creíamos zanjadas en torno al derecho a rechazar tratamientos, en general, y transfusiones de sangre por parte de los fieles de la "Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová"<sup>1</sup>, en particular.

Mientras, cual "eterno retorno", los titulares de prensa en la primera plana de los diarios daban cuenta de las disputas entre interés particular e interés general, como si se tratase de un *déjà vu*, Bahamondez<sup>2</sup> sobrevolaba los pasillos tribunalicios.

Así las cosas, corresponde sincerarse con el lector de estas líneas: después de pensar el tema y problematizarlo tanto cómo nos resultó posible, no advertimos dilema alguno; más aún, no dudamos en desconocerle entidad a la cuestión en sí misma considerada, toda vez que, según nos parece, encubre una inusitada violencia simbólica que arremete contra "las pautas morales que definen modelos de virtud personal y que permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros" (NINO, 1989, p. 425).

En todo caso, las implicancias se disparan hacia el campo de la teoría general del derecho, donde sí se topa con un problema que, si bien tampoco es nuevo, se ha encarecido en nuestros días, cual es: "¿cómo dialogar con el dogma?"

Hacia allí se dirigen, pues, las reflexiones que siguen.

---

<sup>1</sup> Sobre el particular, pueden verse: *¿Cómo puede salvarle la vida la sangre?*, documento del año 1990 de la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania e impreso en la Argentina por la Asociación de los Testigos de Jehová; *¿Qué enseña realmente la Biblia?*, documento del año 2005 de la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania e impreso en 2009 por la Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, en Brasil (versión traducida al español).

<sup>2</sup> Fallos CSJN: 316:479. Y en el considerando 14 del voto que conforma la mayoría del voto de la Corte luce el corazón de la sinergia doctrinaria del máximo tribunal al sostener: "*Que, tal como recordó la disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi en la citada causa "Bahamondez", esta Corte ha dejado claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros*". Así, se adscribe a la tradición liberal que dejó sentada en otros importantes antecedentes, también citados, como el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios" (Fallos CSJN: 306:1892) o el más reciente y sonado "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación" (La Ley, 2003-F, 437).

## II PROCEDENCIA TEÓRICA Y COORDENADAS BÁSICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN “COMPLEJA” DE DERECHO

3. Entendemos a “lo jurídico” como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades (PREGNO, 2011b, p. 75-92), por lo que huelga decir que propiciamos una construcción compleja<sup>3</sup> del objeto jurídico.

Como puede advertirse, participamos de una noción que, sin dejar de reconocer la positividad del Derecho –en tanto lo entendemos como fenómeno “puesto por el hombre”–, no se agota en el paradigma planteado por el positivismo normativista, desde que habilitamos los hechos y ensanchamos el concepto de norma en la medida que registramos, junto a las fuentes formales de Derecho, la influencia de las valoraciones, siempre en términos de constructo<sup>4</sup> y descartando de plano una concepción natural de las consideraciones de valor. Esto último no significa superponer, con ánimo de confusión, las ya diferenciadas órbitas de “lo moral” y “lo jurídico”, sino transparentar la tarea interpretativa, fuertemente signada por la argumentación y condicionada por una serie de elementos meta-formales para generar y aplicar el derecho.

Así, la recepción de la facticidad, según lo estimamos, da cuenta de una tensión brutal para el discurso jurídico: “hechos-normas”. Esta polémica ha quedado sepultada siempre bajo la presunta mayor relevancia de los conflictos “valores – normas”, plasmados en los enfrentamientos entre iusnaturalistas y positivistas. Hoy, tenemos la convicción de que las deudas de los operadores jurídicos son más bien con la historia y no tanto con el “deber ser” (PREGNO, 2011, p. 181-198).

En resumidas cuentas: a partir de la identificación de los órganos centralizados que elaboran las normas y de los procedimientos pre-establecidos para ello, se puede distinguir, con

---

<sup>3</sup> “Complejidad significa aquí, la emergencia de procesos, hechos u objetos multidimensionales, multirreferenciales, interactivos (retroactivos y recursivos) y con componentes de aleatoriedad, azar e indeterminación, que conforman en su aprehensión grados irreductibles de incertidumbre. Por lo tanto un fenómeno complejo exige de parte del sujeto una estrategia de pensamiento, a la vez reflexiva, no reductiva, polifónica y no totalitaria/totalizante. Un contexto inédito y enorme requiere un pensamiento creativo, radical y polifónico. Un pensamiento exorbitante (capaz de pensar fuera de la órbita de los lugares comunes). [...]”

La complejidad, es a primera vista un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente unidos, que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple. La complejidad es efectivamente el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que, la complejidad se presenta con los rasgos perturbadores de la perplejidad, es decir de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüedad y la incertidumbre. Hoy la complejidad es nuestro contexto”. Disponible en: <<http://www.complejidad.org/penscompl.htm>>. Fecha de consulta: 24.04.2005.

<sup>4</sup> Sobre la idea de “constructo”, puede verse, por ejemplo: GUIBOURG, 2004. Sobre constructivismo, conviene ver, por ejemplo: NINO, 1989b.

mayor o menor claridad, la pertenencia de esos enunciados prescriptivos al sistema, toda vez que la regla de reconocimiento (HART, 1998, p. 137) arroja criterios de alta precisión para validar el sistema normativo en su origen; mas, el rigor que cabe reconocer en esa instancia acaba por perderse definitivamente en el funcionamiento de la norma, aunque existan órganos centralizados de aplicación, pues se encubren elementos valorativos y la objetividad invocada sucumbe ante el tráfico (a veces más, a veces menos) camuflado de contenidos morales en la decisión judicial.

4. Si bien es cierto que promover la ampliación de la "juridicidad" más allá de la "normatividad puesta" mediante fuentes formales debilita niveles de precisión, no lo es menos que se potencia la capacidad explicativa de la ciencia jurídica al recuperar al objeto como un fenómeno retórico y no silogístico.

En esa inteligencia, no desconocemos las fuentes formales (determinantes para delimitar la pertenencia de las prescripciones al sistema jurídico en orden a su producción) sino que las reforzamos explicitando la libre circulación de las valoraciones (de urgente desocultamiento en el razonamiento práctico que actualiza los contenidos del Derecho).

Con este panorama, no debería extrañar, entonces, el desencuentro axiológico; y más que destacar a los mismos como una debilidad del sistema, dado que no resulta posible la "generalización", cabe reconocerlos como una variable de ajuste que desoculta las "preferencias" y deja al desnudo la naturaleza política del Derecho; mas, para escrutarla, resulta insoslayable la consulta a los esquemas mentales de los individuos.

A ese respecto, concluimos que la aspiración máxima del debate moral no es sino la exteriorización de los pareceres que hacen las veces de puntos de partida; en otras términos, poner en palabras, tanto como resulte posible, una (de las tantas posibles) visiones del mundo. Luego, si las ideas originarias de los interlocutores resultaren compatibles, habrá acuerdo, aunque todavía no lo hayan explicitado. De ahí que nos permitamos afirmar que la búsqueda de consensos reviste carácter *ex ante* y no *ex post* o resultante del intercambio de ideas, como ficticiamente se suele afirmar (PREGNO, 2006, p. 331-348).

### **III EL CASO "ALBARRACINI"**

5. El 5 de mayo de 20112, Pablo Jorge Albarracini Ottonelli, de 38 años de edad, resultó víctima de un robo a mano armada en la puerta de su casa, ubicada en la localidad bonaerense de San Justo.

Ingresó con seis balazos en el cuerpo en un sanatorio privado capitalino y fue intervenido quirúrgicamente de urgencia. El paciente sobrevivió a la operación y, en estado crítico y

con pronóstico reservado, fue trasladado a la unidad de cuidados intensivos del nosocomio donde permaneció alojado con un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundaria. Con ese cuadro, el cuerpo médico indicó una transfusión de glóbulos rojos.

De inmediato, la esposa de Albarracini Otonelli indicó que su marido pertenecía a la grey de los Testigos de Jehová y que, como es sabido, los fieles de esa congregación religiosa no aceptan transfusiones sanguíneas.

Acto seguido, la cónyuge acreditó sus dichos exhibiendo un documento que daba cuenta de la negativa anticipada del paciente, en virtud de sus creencias religiosas, a que se le administrasen prácticas como la indicada por el equipo de salud; mas, para reasegurar la declaración de voluntad y despejar todo tipo de dudas hacia el porvenir, el instrumento intitulado: “*Directivas anticipadas y designación de un representante para la atención médica*”, certificaba por escribano público la siguiente leyenda: “*Soy testigo de Jehová y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida*”.

6. Hasta aquí, fuera del dramático escenario, no había margen para apartarse de lo que discernida, intencionada y libremente había expresado Pablo para su propia vida; y, como si fuera poco, lo había protocolizado mediante un acto notarial.

Sin embargo, apareció un nuevo portavoz: Jorge Washington Albarracini Nieves, papá del paciente, demandando la realización del mismo acto médico que su nuera rechazaba. El progenitor respaldaba su criterio en: por un lado, el grave estado de salud en que se encontraba su hijo y en la pertinencia de la indicación terapéutica; y, por otro, en la imposibilidad de que el paciente actualizase el rechazo de la práctica transfusional, dado que se hallaba en estado de inconsciencia.

7. Desandando el derrotero judicial, surge que: a) en primera instancia se hizo lugar a la pretensión del progenitor del paciente<sup>5</sup>; apelado el resuelto por la esposa del paciente, b) la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones ofició como tribunal de alzada y revocó la decisión del inferior; finalmente, el itinerario procesal se completa con la

---

<sup>5</sup> Resulta por demás de elocuente el dato que surge del tercer considerando del voto del señor ministro doctor don Enrique Santiago Petracchi, al agregar que el fundamento de la primera instancia para hacer lugar a la medida solicitada por el padre del paciente es que éste “*no se encuentra en condiciones de tomar decisiones con pleno discernimiento*”. Nos permitimos destacarlo porque lejos de ser la resolución del problema es, con claridad meridiana, su perfecta enunciación.

intervención de c) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vía recurso extraordinario federal (denegado en lo relativo a la tacha de arbitrariedad y concedido por la cuestión federal<sup>6</sup>), que confirmó la sentencia recurrida, contra lo preopinado por el Procurador General de la Nación y al límite de los presupuestos de validez de la sentencia, toda vez que el máximo tribunal resolvió con el voto de cuatro de sus (siete) integrantes y dos de ellos lo hicieron según su voto<sup>7</sup>.

#### IV NOTAS MARGINALES AL CASO “ALBARRACINI”

8. El Art. 11 de la Ley sobre “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”<sup>8</sup> 26.529 manda que:

Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas **deberán ser aceptadas** por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

En otro lugar (PREGNO, 2011c, p. 193) nos hemos permitido concluir el déficit de redacción del mentado artículo, toda vez que introducir la noción de “deber” siembra dudas en torno a la voluntad del paciente, pues no se sabe si el legislador establece que: a) “deberán ser aceptadas” por el médico tratante como una imposición para el galeno; o, b) “deberán ser aceptadas” por el médico tratante como requisito de validez de la directiva anticipada y así tornarla operativa.

Lamentablemente, como otrora lo apuntamos, resulta infeliz la incorporación de la cópula deóntica (y he aquí una materialización de ello), desde que el titular del Ministerio Público Fiscal centró su argumentación en que: la “*incertidumbre sobre la voluntad del paciente impide situar el caso en el supuesto del artículo 11 de la ley 26.529, que la exige como presupuesto básico*”<sup>9</sup>; luego, en lugar de privilegiar la voluntad oportunamente exteriorizada por el paciente, corre el eje de la cuestión a la aceptación que se hace de esa manifestación.

<sup>6</sup> No obstante, es opinión del Señor Procurador que la Corte se encuentra habilitada a tratar también las cuestiones vinculadas a la alegada arbitrariedad de sentencia.

<sup>7</sup> En el fallo lucen las firmas de: *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carlos S. Fayt (según su voto)*. — *Enrique Santiago Petracchi (según su voto)*. — *Juan Carlos Maqueda*.

<sup>8</sup> Sancionada por el Congreso Nacional el 21 de octubre de 2009, promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo Nacional el 19 de noviembre de 2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20 de noviembre de 2009 (el destacado, no consta en el original).

<sup>9</sup> Apartado III, párrafo 5.º del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde.

Mas, aunque manteniendo la observación planteada, nobleza obliga coadyuvar a visibilizar un pronunciamiento extraordinario en el considerando 12 del voto que conforma la mayoría del fallo de Corte, desde que aborda la constitucionalidad del mentado precepto y no dudan los jueces en inscribirlo en la esfera de libertad que consagra el Art. 19 de la Carta Magna, actualizando la doctrina sentada en el ya referenciado *leading case* “Bahamóndez” al concluir que sus

principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.

Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2 inc. e)<sup>10</sup>.

Una hilacha final en el desmenuce pormenorizado de este párrafo, pretende desocultar otra manifestación relevante de la Corte. El considerando 10 reza textualmente que: “*Pablo ha manifestado su negativa a ser transfundido fue formulado con discernimiento, intención y libertad*”.

Llamamos la atención sobre este respecto, pues nos plegamos gustosamente a las posiciones doctrinarias que encuadran al consentimiento informado como mero acto lícito o no prohibido de naturaleza no negocial (HIGHOTN; WIERZBA, 1991). Se trata, entonces, de una declaración de voluntad, en los términos del Art. 897 del Código Civil Argentino; consecuentemente:

- a) si sólo se requiere la voluntariedad del acto; y,
- b) ello se logra con la confluencia del discernimiento, la intención y la libertad del

---

<sup>10</sup> Considerando 16 del voto en mayoría del fallo de Corte. Y abona sus fundamentos en el siguiente invocando un argumento de autoridad, en tanto invoca a la Corte Europea de Derechos Humanos: “*prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes*”. No nos cabe más que coincidir con este criterio; reconocemos el derecho, incluso, de los terceros a manifestar desagrado sobre planes de vida ajenos, pero allí se agota esa potestad.



agente; y,

- c) el discernimiento para los actos lícitos se alcanza a los 14 años (Art. 921 del Código Civil Argentino ); cabe extraer como corolario que:
- d) se puede otorgar válidamente el consentimiento a partir de los 14 años (para un desarrollo más acabado de este postulado, puede verse PREGNO, 2006); línea en la que se inscribe el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en tratamiento en el Congreso Nacional.

9. No desconoce la propia Cámara Civil, ni tampoco el autor de estas líneas, que el caso reviste particularidades que exigen un plus en el temple del juzgador; pues, más allá de reconocer la plena vigencia la Ley 26.529 (pese a no estar reglamentada), como catalizadora del derecho a la autodeterminación, a la libre profesión del culto y a la dignidad, no cabe duda que el más elemental humanismo torna inexcusable la audiencia de los seres queridos del paciente. Mas la excelentísima cámara del fuero interviniente deja a salvo que: *"no hay ningún elemento que lleve a la alzada a considerar 'que pudo haber mediado algún cambio en la idea religiosa del paciente', porque de haber existido intención de modificarlo lo hubiera revocado"*<sup>11</sup>.

Aún así, el Jefe de los Fiscales no es del mismo parecer y en su dictamen enfatiza que no sabe(mos) cuál es la voluntad actual de Pablo Albarracini Otonelli. Será en esa incertidumbre en la que apoye el bloqueo a la aplicación del tan mentado artículo 11 de la ley 26.529 y desconozca la directiva anticipada otorgada por el paciente.

Frente al criterio de interpretación adoptado, no dudamos en afirmar que el Señor Procurador incurre en un corrimiento argumental conocido como falacia de "petición de principio", dado que incluye como premisa de su razonamiento a la proposición que pretende justificar.

A su tiempo, semejante temperamento acaba por desconocer la finalidad misma de las "directivas anticipadas", las cuales constituyen una modalidad del "consentimiento diferido" y éste no es más que especie del instituto que hace las veces de género: el "consentimiento", liso y llano.

10. Ciertamente, la estructura del "consentimiento diferido" es idéntica a la que presentan todos los actos voluntarios; esto es: su otorgamiento válido requiere la concurrencia simultánea en el mismo agente de discernimiento, intención y libertad, sólo que sus efectos se proyectan hacia el porvenir.

---

<sup>11</sup> Apartado III, párrafo 3.º, *in fine*, del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde.

Así, la dinámica del instituto se pergenio para que las consecuencias jurídicas del acto, válidamente otorgado, queden suspendidas en el tiempo y diferidas al futuro. De modo que: mal puede reprochársele la carencia de “actualidad” y resulta inadmisibles una impugnación epistemológica fundada en esos términos; por el contrario, cuando se pretende salvaguardar la “previsibilidad”, el “dominio de la temporalidad” se reporta como una estrategia necesaria.

A no dudarlo que la lógica del diseño resulta portadora de una “potencialidad retrógrada”, en tanto y en cuanto manda bucear en el pasado para dotar de contenido una “voluntad actual”, mas en modo alguno constituye el mecanismo una innovación para el Derecho<sup>12</sup>.

Por lo demás, tampoco se nos oculta que el funcionamiento pleno se alcanza cuando el otorgante ya no puede ratificarlo ni rectificarlo; mas, por esa misma causa, se fortalece el justificativo que veda toda modificación sobreviniente de parte de un tercero.

Tampoco esta respuesta constituye novedad alguna para el Derecho; sin embargo, se nos impone reconocer algún caso en el que, escándalo mediante para el razonamiento jurídico, se “desactiva” la voluntad del causante por fuera lo que él mismo estableció válidamente.

Un claro ejemplo de ello acontece en materia trasplantológica, cuando por negativa familiar se clausura *ex nunc* la decisión de una persona que había elegido donar sus órganos para después de su propia muerte, a pesar de haber exteriorizado esa opción con perfecto apego al marco legal<sup>13</sup> y sin que se verifiquen causales médicas<sup>14</sup> que desactiven el parecer del difunto. Para reforzar esto que decimos, resulta muy elocuente la redacción del último párrafo del artículo 19 de la ley de trasplantes, antes de las modificaciones introducidas por la Ley n.º 26.066, el cual destablecía enfáticamente que la autorización conferida en vida por el dador no podía “*ser revocada por persona alguna después de su muerte*”. Empero, en un ostensible caso de costumbre *contra legem*, la propia autoridad de aplicación: el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (I.N.C.U.C.A.I.), con buen tino y para no “conmover la confianza pública”, torcía la voluntad del extinto.

---

<sup>12</sup> Si bien nosotros preferimos reservar al “testamento” para las previsiones post-mortem de índole patrimonial, no en vano la nomenclatura “testamentos vitales” goza de considerable aceptación para tratar cuestiones como las que abordamos. Sin ánimo de forzar comparaciones y aceptando indubitadamente que se trata de supuestos ostensiblemente distintos, es posible que, en alguna medida, puedan parangonarse los extremos y debilitarse las objeciones a que la metodología empleada para resolver acaba por ser relativamente análoga.

<sup>13</sup> Cfr. Título VI: De los Actos de Disposición de Órganos o Materiales Anatómicos Cadavéricos, de la Ley n.º 24.193 sobre Trasplante de órganos y tejidos.

<sup>14</sup> Sólo a título ilustrativo, pongamos por caso órganos provenientes de personas que hubieran sufrido patologías infecciosas u oncológicas.

11. Es de destacar que la clínica se abstuvo de imprimir al caso cursos de acción afines al temor que inunda la práctica de la "medicina a la defensiva" y desconocer la voluntad del paciente, polemizar con los pretendidos subrogantes y/o judicializar la intimidad de una decisión vital.

Es cierto, y no pecamos de ingenuos, que el entorno familiar estaba manifiestamente fragmentado, (al punto tal de que ellos mismos habían optado por excitar la vía judicial) y que asumieron el temple que muy probablemente hubiera escogido el sanatorio; mas, tamañas especulaciones devienen ahora contrafácticas y el antecedente hacia el porvenir permite perfijar una regla: mediando declaración expresa de voluntad del paciente (aunque controvertida por sus familiares) o de legitimados en orden a "relaciones de proximidad" en condiciones de exteriorizarla, la institución nosocomial queda inhibida de intervenir y le resulta imponible la manifestación del destinatario directo de la práctica o de quien "lo cuide"<sup>15</sup>. Luego, el corolario de la inacción (que celebramos) de la clínica en este caso se erige en una autolimitación futura para otras situaciones donde media declaración de voluntad del paciente, independientemente de las divergencias del entorno afectivo.

A este último respecto, sobre los que deciden "en" el final de la vida ajena (sobre el particular, puede verse KRAUT, 1997, p. 745), nos basta con desocultar un tema que, por cierto, no ha merecido teorización suficiente: el "conflicto de interés" que asalta a terceros interesados, como es el caso de los que se saben herederos del paciente al que subrogan en decisiones vitales (cuánto más cuando se los grava a honrar la voluntad del causante en sentidos determinados, sea porque éste la exteriorizó previamente o –peor aún– porque la ley lo emplaza como deudor de una conducta debida). Esta vez nos basta con dejar nota sobre este asunto, pero el tema es denso y suele obviarse y evitarse en la literatura jurídica especializada.

12. A esta altura de la exposición, cabe señalar que, como ya se ha deslizado, se trata de un típico caso de conductas autorreferentes; como suele decirse coloquialmente, son supuestos que se resuelven en un: "*yo para yo y tú para tú*", puesto que el implicado directo es el que ha decidido por sí y para sí. Redoblando la apuesta, afirmamos contundentemente que: la persona ni siquiera debe fundar su curso de acción, pues sólo rinde cuentas ante sí mismo. Ergo, las motivaciones de su decisión, las exterioriza si le place; y, si no, lo mismo da.

---

<sup>15</sup> Sobre la figura de los "cuidadores" en salud y su relación con la teoría general de la representación, puede verse: PREGNO, 2011c, p. 190-191.

Así las cosas, no hay espacio para razonar en los términos que lo hace la procuraduría al sostener que:

más allá de la prohibición religiosa, **lo cierto es que se trata de una intervención menor y que de por sí no parece indicar una crueldad terapéutica. Y además, puesto que el Estado asume la responsabilidad de intentar salvar su vida, queda desplazada, en su inconsciencia, su propia responsabilidad ante el credo al que dijo pertenecer.**

Por lo demás, **esta solución se compadece con los protocolos médicos internacionales en la materia y, sobre todo, con lo que establecen las normas superiores.**

Porque cabe recordar que V.E. ha declarado que **el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana**, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, por lo que es de la mayor importancia advertir la especial perspectiva de este derecho (Fallos: 310:112), pues **el primer deber del juez es preservar la vida** (Fallos: 324:51, voto del juez Nazareno)<sup>16</sup>.

Resultan inconmensurables los extremos que pretenden parangonarse, pues: mientras el dictamen ventila el carácter materialmente invasivo de la práctica, el sentir del paciente transita por sendas metafísicas.

Luego, es un auténtico desconcepto pretender que el Estado subrogue a los seres humanos en su libertad de conciencia; toda vez que, precisamente, se trata de un área que queda exenta de la autoridad pública y se reputa como territorio ajeno a la injerencia estatal: nadie como el propio individuo para ponderar beneficios, riesgos y perjuicios y determinar en las arenas de la soberanía corporal.

En boca de la Corte: “Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”<sup>17</sup>.

Con nuestras propias palabras y si vale la apelación a la metáfora, puede decirse que la autodeterminación nace en los “bordes dérmicos” y se consume en los dominios de exclusivo señorío hasta confundirse con lo que quiera que sea el “fuero íntimo” de las personas.

---

<sup>16</sup> Apartado III, párrafos 5.º *in fine*, 6.º y 7.º del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde (el destacado no consta en el original).

<sup>17</sup> Disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi en Fallos: 316:479 y citada por la Corte en el considerando 19, párrafo 3.º.

Razonar por la contraria, como en efecto lo hace el dictaminante, desnaturaliza el derecho a la vida convirtiéndolo en obligación de vivir; no obstante, huelga reconocer que llega a esas conclusiones “transfundiendo” referencias morales rigoristas, bien enraizadas en la jurisprudencia constitucional norteamericana<sup>18</sup>, pero un tanto ajenas al acervo cultural de nuestros días.

## V COLOFÓN

13. Antes de finiquitar estas breves reflexiones, expuestas tan organizadamente como nos ha sido posible, dejamos formulado un interrogante al que vislumbramos intuitivamente como digno de ser tematizado en el porvenir: ¿cómo garantizamos que la hermandad no coaccione a los Testigos de Jehová?

Ciertamente, el circuito “conciencia–creencia–libertad–expresión” exige definiciones hondas para un montaje constructivista que se haga cargo de –al menos– los dos problemas que citamos al comienzo de estas líneas:

- a) ¿cómo dialogar con el dogma?
- b) ¿cómo integrar la tensión individuo-comunidad?

El desafío, está planteado.

## REFERENCIAS

EL LIBRO del pueblo de Dios. La Biblia. 5ª edición revisada y aumentada. Madrid-Buenos Aires: Paulinas, 1991.

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

HART, Herbert. **El concepto de derecho.** Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

---

<sup>18</sup> “Y siguiendo la postura adoptada por la jurisprudencia norteamericana, el Estado retiene cuatro intereses fundamentales respecto de las decisiones médicas que deben adoptarse en estas situaciones, a saber 1) la preservación de la vida; 2) la prevención del suicidio; 3) la protección de terceras personas inocentes; y 4) el mantener la integridad ética de la profesión médica (*Satz v. Perlmutter*, 362 S.º 2d 160, Fla. Dist. Ct. App., 1978, entre otros)”. Apartado III, párrafo 8.º del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde.

HIGHOTN, Elena; WIERZBA, Sandra. **La relación médico-paciente: consentimiento informado**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1991.

KRAUT, Alfredo J. Ausencia de consentimiento médico: la decisión por otro. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, n.º I, 1997.

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

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

PREGNO, Elian. El derecho de la salud como exigencia del Estado de derecho. Los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención. En: **Antecedentes Parlamentarios**, Buenos Aires, Ed. La Ley, n.º 5, p. 181-198, 2011c.

PREGNO, Elian. El fracaso del estado como genealogía de derechos: una mirada desde la Argentina sobre el caso del aborto. En: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba (Paraná, Brasil), Ed. FAE Centro Universitário, v. 3, n.º 5, 85-102, jul./dez. 2011a.

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

PREGNO, Elian. Meditaciones en torno a la reglamentación de la sexualidad: gozar de derechos y derecho a gozar. En: SLAVIN, Pablo E. (Compilador). **VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política**, Mar del Plata, Ed. Suárez, 2006, p. 331-348.

ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza**. Buenos Aires: Manantial, 2007

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexibilidad y proximidad**. Buenos Aires: Manantial, 2009.

Submissão em: junho de 2016  
Pareceres favoráveis em: janeiro de 2017

# El Arranque en la Política Económica y las Agencias de Clasificación de Crédito: derechos entre las urnas y la fuga de capitales<sup>1</sup>

HUGO LUÍS PENA FERREIRA\*

**Resumen.** Después de las elecciones presidenciales de 2014, cierto recoveco en los caminos de la política económica brasileña ocurrió en el inicio de 2015, cuando cambios normativos y cortes en los presupuestos con impactos tanto sobre derechos sociales ocurrieron en medio de perspectivas de rebajamiento de la nota de los títulos de la deuda pública brasileña por agencias privadas de clasificación de crédito. Delante de esto escenario, el artículo aborda la tensión entre la voluntad de las urnas y los indicadores de estas agencias, que señalan la posibilidad de fuga de capitales en caso de insuficiencia de las políticas económicas.

**Palabras clave:** agencias de clasificación de crédito; instituciones jurídicas; política económica; fuga de capitales; derechos sociales.

**Abstract:** After the 2014 elections, an about-face in economic policy in Brazil took place in 2015, when normative change and budget cutback affecting the enjoyment of social entitlements were implemented amid prospects of downgrading in the Brazilian public debt risk scores by private credit rating agencies. Given this scenario, the main subject of the present paper is the tension between popular will, as cast in the ballots, and the indicators produced by credit rating agencies, signaling the possibility of capital flight in case economic policy does not come to terms with their grading policy.

**Keywords:** credit rating agencies; legal institutions; economic policy; capital flight; social entitlements.

---

<sup>1</sup> Deseo agradecer a Gabriela Calixto Pena para la traducción de este artículo de Portugués al Español.

\* Doctor en Derecho (Universidade de Brasília - Brasil); Magister en Derecho (Universidade Federal de Santa Catarina - Brasil). Profesor de la Universidade Federal de Goiás (UFG), Regional Jataí.

## 1 INTRODUCCIÓN

La amenaza o concreción de la fuga de capitales actúa como freno a la adopción de políticas de redistribución que equivalen, en la lenguaje jurídica, a los directos sociales. La rentabilidad y seguridad de las inversiones relaciona en tensión con la redistribución de renta por enredaren expectativas distintas cuanto a lo que hacer con lo presupuesto público. En uno lado, la comunidad de los inversores financieros (internacionales incluso) es contemplada se lo comportamiento gubernamental es de presupuesto equilibrado o disciplina fiscal. En otro lado, sectores sociales como trabajadores y empresariado esperan gastos gubernamentales destinados a la expansión de los directos sociales y al estímulo a la actividad económica productiva. La dependencia del gobierno al acceso a financiamiento externo para complementar el presupuesto público añade complejidad a esta tensión. Mientras que la mayoría de los electores expresa en las urnas el deseo de continuidad de la práctica ampliación de derechos sociales, la misma expansión se ve como un riesgo por parte de los inversores, lo cual puede limitar a “votar con los pies” y promover la “fuga de capitales” –el acceso gubernamental al crédito necesario para manejo de políticas públicas de redistribución. El choque entre las urnas y los deseos de los mercados financieros ha marcado la reciente experiencia de Brasil en la política económica. En el año 2015, ocurrió un “arranque ortodoxa” después de señalizaciones, por agencias privadas de clasificación de riesgo de inversiones, que la nota de los títulos de la deuda pública brasileña mostraba tendencias a la baja. Agencias como Moody’s, Standard & Poor’s y Fitch Ratings expresaban lo descontento de los mercados financieros internacionales con el desequilibrio fiscal, el bajo crecimiento y el aumento de la inflación, que se perciben como amenazas a la seguridad del papel adquirido por parte de los inversores. En esta perspectiva, la “falta de flexibilidad” del mercado de trabajo brasileño –jurídicamente identificada con la existencia del artículo 7 de la Constitución– y los programas sociales de redistribución



de la renta, entre otras cosas, son vistos como obstáculos o riesgos para el funcionamiento adecuado de la economía y a la capacidad de honrar deudas. En el fondo, la perspectiva de rebajamiento de la nota de los títulos brasileños trae la amenaza de la *fuga de capitales* caso la política económica permanezca inadecuada en la evaluación de los inversores.

El arranque ortodoxo causó perplejidad por ocurrir pocos meses después de la elección presidencial en una campaña basada en los logros sociales, los bajos niveles de desempleo y contra las medidas de austeridad. El proyecto de la oposición fue marcadamente diferente, e insistía en la necesidad de la disciplina fiscal y de inflación para la conquista de la confianza de los mercados internacionales como factores clave para lograr una mayor integración del Brasil a cadenas globales de producción, aunque no se oponen abiertamente a los programas de redistribución de la renta. Pasadas las elecciones y empezado el segundo mandato, el Ministerio de Finanzas ha, curiosamente, privilegiado la conquista de la confianza de los mercados como un elemento fundamental para un nuevo ciclo de crecimiento, incorporando el discurso hasta entonces asociado a la oposición. En la búsqueda de esta confianza, surgirán en la agenda de la política económica la disciplina fiscal y el logro de los objetivos como superávit primario –en sí mismo un indicador de control del gasto gubernamental– y la inflación. Si el compromiso de los así llamados “trípode macroeconómica” –metas fiscales, inflación y tipo de cambio flotante– no ha venido a ser abandonado por los gobiernos de Lula o Dilma Rousseff, la reorientación económica de 2015 ha sido, sin embargo, marcada por las limitaciones de las políticas de redistribución y otros recortes en el gasto público que se refieren a tónico de austeridad, antes ausente en este linaje de gobiernos.

Los cortes anunciados –inicialmente hechos por medidas provisionales– incidirán en políticas de seguridad social y limitarán “el acceso al seguro de desempleo, al abono salarial, pensiones por muerte, auxilio-enfermedad y seguro-defenso” pagado a los pescadores en el período de la prohibición de su actividad. (DRUMMOND, 2015) Las limitaciones entraron en un paquete más amplio de “ajustes” para la contención de los gastos gubernamentales y señalaron el compromiso del gobierno con medidas de austeridad, disciplina fiscal y control de la inflación. Todos los ajustes pueden ser leídos como un “arranque de la derecha” después de las elecciones que corresponden también con la transformación de la política económica de contornos heterodoxos y desenvolvimentistas rumbo a otra, de acercamiento a los criterios económicos ortodoxos, de características más conservadoras.

El objetivo de este texto es plantear elementos para comprender lo que está en juego “en la influencia” que ejercen las agencias de calificación de crédito sobre la política económica brasileña y las instituciones jurídicas envueltas. Con este fin, la sección 2 busca la

reanudación de cierta era de configuración institucional esencialmente limitadora de la movilidad y volatilidad de los flujos internacionales de capital privados: el orden económico internacional Bretton Woods, asociado a la noción de “capitalismo democrático”. Enseguida la sección 3, describe la aparición del orden económico “neoliberal” en la década de 1970, que conformó el proyecto de “capitalismo financializado”, que perduran hasta hoy, a pesar de su prestigio haber sido sacudido por la crisis de 2007-8. A despecho de la coyuntura crítica actual, es posible verificar la ocurrencia de huellas inerciales, a ejemplo del arranque conservador en la política económica en Brasil en 2015, y que pueden contribuir a explicar la influencia aun ejercida por agencias de calificación de crédito. Estos elementos son destacados en la sección 4, que aborda aspectos de las dificultades de la conducción de la política económica entre las demandas de políticas redistributivas y amenazas de fuga de capitales, buscando plantear preguntas sobre el papel de los índices producidos por agencias de calificación crediticia y su influencia en los contextos domésticos, así como en el lugar de formulaciones legales a su respecto. La sección 5 contiene observaciones finales. A lo largo del texto, la cita de fragmentos de obras de lengua extranjera fueron traducidos libremente.

## **2 LAS FINANZAS BAJO CONTROL EN EL ORDEN DE BRETTON WOODS: CAPITALISMO DEMOCRÁTICO**

El orden económico internacional de Bretton Woods fue construido al final de la II Guerra Mundial. El nombre proviene de la ubicación donde se negocian los acuerdos constitutivos del Fondo Monetario Internacional (FMI) y de lo que después sería conocido como el Banco Mundial, en los Estados Unidos. La sensibilidad intelectual prevaleciente en Bretton Woods tenía influencias de la economía keynesiana y el deseo de evitar una repetición del escenario económico y político de lo período entreguerras. La cooperación económica tras la crisis de 1929 (comercial, financiero y monetario) internacional había sido roto delante de la prioridad asumida por demandas nacionales de estabilidad y protección social, en un contexto de depresión económica de proporciones globales, condiciones sociales deterioradas y políticamente inestables. Para sensibilidad intelectual que inspiró el Bretton Woods orden –conocida en la literatura de las relaciones internacionales como *embedded liberalism* (RUGGIE, 1982), y que Eiiti Sato (2012) se traduce como “liberalismo asistido”–, el deseable sería tener un orden económico internacional que favorezca la autonomía para que los Estados atiendan a presiones redistributivas internas de manera conciliada a la apertura al comercio internacional.

Los objetivos simultáneos de la apertura comercial internacional y de sustentación económica de las políticas de carácter redistributivo generaban la necesidad de alguna *combinación de medios cambiales y financieros* para apoyar las consecuencias

monetarias de los superávits y déficits comerciales (apreciación o depreciación de la moneda nacional, respectivamente) y el endeudamiento de los Estados. Es importante recordar que la posibilidad de cubrir el nuevo gasto público a través de aumentos en impuestos encuentra límites en el juego electoral. Especialmente por este motivo, la financiación de las políticas redistributivas generalmente ocurre en la forma de la contracción de deudas estatales. Vale la pena recordar que la existencia de presupuestos deficitario en el corto plazo seguía cancelada por la economía keynesiana. Al revés del equilibrio de la balanza fiscal anual, esta perspectiva sostenía que el presupuesto podía ser equilibrado en un período más largo, con beneficios para el nivel de actividad económica. Esencialmente, el gasto gubernamental deficitario es mirado por keynesianos, como una herramienta importante para impulsar la economía en las fases de desaceleración de negocios (CASTRO, 2006, p. 50-3; cf. GALBRAITH, 1989; 1997; DAVIDSON, 1981).

Delante de los elementos mencionados en el párrafo anterior, se puede entender el papel central del FMI en la constitución del orden de Bretton Woods (CASTRO, 2006; cf. EICHENGREEN, 2008, p. 91-133; SATO, 2012, p. 105-138). Según las normas del régimen cambiial, las monedas de diversos países serían convertibles en dólares y esto, a su vez, en oro. Ese cambio sería la base para el establecimiento de paridad “fija, pero ajustable”, entre las diferentes monedas, proporcionando estabilidad para las transacciones comerciales internacionales. Los desequilibrios en la balanza comercial serían compensados por préstamos de emergencia por el FMI, con el fin de suavizar la presión por la alteración de paridad entre las monedas. Aun en este escenario, la existencia de fuentes internacionales para financiamiento del gasto del gobierno, como el FMI, el Banco Mundial y, en el caso de Europa, el plan Marshall –creaba el espacio doméstico para la realización de las políticas económicas de carácter expansionista o redistributivo, como alternativa a amenazas que las presiones proteccionistas podrían representar al objetivo de la apertura comercial. La cooperación internacional amparaba el endeudamiento de los Estados.

Importante componente de la cooperación cambiial y financiera internacional típica del orden de Bretton Woods eran los controles de capital, de adopción generalizada hasta la década de 1970, con excepción de los Estados Unidos, que hicieron uso esporádico y puntual (EICHENGREEN, 2008; HELLEINER, 1994; RODRIK, 2011). En este contexto, con el aval expreso de las normas de IMF, los Estados restringieran la libertad de flujos privados internacionales de capital. La restricción legal contribuyó a generar el efecto económico de reducir la volatilidad transfronteriza de los capitales especulativos.

En parte, en términos de ideas, se puede asignar la existencia generalizada de controles de capital a la versión keynesiana a las medidas de política económica que favorezcan al *rentier*. Keynes, aunque él mismo se benefició en gran medida de la inversión de carácter

especulativo, predicó que el capitalismo debe estar configurado para que, en el futuro, resulte en la “eutanasia del *rentier*” (KEYNES, 1996 [1936], p. 344). En otra parte, en un plan más concreto, la existencia de controles de capital fue justificada por la necesidad de evitar que las súbitas movimentaciones de capital comprometiesen la paridad entre las monedas nacionales a punto de generar crisis, que por su vez podrían poner a perder el objetivo de la apertura del comercio para dar lugar al intensificación de posturas de proteccionismo comercial y de autarquía económica. La existencia de estos controles significaba que los particulares no podrían libremente –o sea, sin pasar por canales estatales y estar sujeto a su límites– comprar o vender moneda extranjera, llevar o remitir fondos del extranjero, pedir prestado o adquirir un seguro en el extranjero etc. Según Eric Helleiner, tanto Keynes como Harry Dexter White –los principales negociadores de los acuerdos de Bretton Woods– estaban convencidos de que “el nuevo *welfare state*” tenía que ser protegido de la fuga de capitales (*capital flight*) empezada por “razones políticas” o inducida por el deseo de evadir lo “fardo de la legislación social” (HELLEINER, 1994, p. 34).

Como resultado, el orden de Bretton Woods configuró cierta forma de “capitalismo administrado” o “vigilado”. Los Estados –y las estructuras de la cooperación económica internacional– estaban dirigidos para el mantenimiento de un orden económico internacional comprometido con la apertura comercial, la estabilidad del cambio y la existencia de espacios autónomos para la formulación de políticas nacionales. Vale la pena recordar, después de todo, que las principales economías capitalistas más avanzadas en el período fueron democracias representativas, en el sentido de que los cargos que constituyen la “clase política” habían guardado relación con el juego electoral y la voluntad de las urnas. Este fue un escenario propicio para las aspiraciones de la “democracia de masas” por el bienestar social y pleno empleo –que, como se señaló anteriormente, corresponden a las presiones por los derechos sociales– coexistiesen con los objetivos de la apertura económica, en un contexto cuyo tipo de cambio y cooperación financiera internacional fueron marcados por la existencia de controles de capital. Esto es lo que Wolfgang Streeck (2012) se refiere como “capitalismo democrático”, característica del orden de Bretton Woods.

En definitiva, el orden de Bretton Woods fue estratégicamente diseñada para limitar la posibilidad de que los inversores financieros “votasen con sus pies” al causar la *fuga de capitales*, dada la existencia de controles de capital y estructuras internacionales para la financiación asistencial a los Estados, que les permitieron combinar la apertura comercial, estabilidad cambial y la asistencia a las presiones de las urnas por los derechos sociales. Cabe señalar que esta configuración correspondió a la prominencia política doméstica, en las economías capitalistas avanzadas, coaliciones sociales entre trabajadores sindicalizados,

empresarios y funcionarios públicos de inclinación keynesiana (HELLEINER, 1994). Fue un orden que dialogó, por lo tanto, con los intereses de estos sectores, por el contrario a la regla de la llamada *haute finance* hasta el colapso del orden económico internacional del padrón oro internacional en el entreguerras (cf. POLANYI, 2001 [1944]).

### **3 ASCENSIÓN NEOLIBERAL Y EL CAPITALISMO FINANCIALIZADO EN EL PÓS-BRETTON WOODS**

A los principios de 1970, el orden económico internacional de Bretton Woods entró en crisis. En cambio, se construyó otro, impulsado por una sensibilidad económica que se quedó conocida como “neoliberalismo”. En términos de ideas en su relación con la coyuntura económica, las ideas keynesianas enfrentaron un desprestigio delante la ocurrencia simultánea de la aceleración de la inflación, bajo crecimiento y aumento del desempleo en muchas economías capitalistas avanzadas en la década de 1970. El escenario, que se conoce como *estanflación*, causó perplejidad entre los economistas keynesianos, puesto que en la prescripción de las políticas económicas la inflación se mostraba como una herramienta estratégica para estimular la actividad económica y por lo consiguiente a la lucha contra el desempleo. Además, los Estados enfrentaban problemas presupuestarios delante de condiciones internacionales adversas y veían las posibilidades de financiación de sus gastos deficitarios que, en gran parte, fueran abrigados y alentados intelectualmente por keynesianos (cf. HELLEINER, 1994; GALBRAITH, 1989; 1997).

Esta coyuntura crítica permitió la sustitución del keynesianismo por el neoliberalismo como *mainstream* económico o nueva ortodoxia. El término “neoliberalismo” no es exacto. De hecho, es un paraguas que acoge contribuciones intelectuales similares pero distintas, como las formulaciones de la “escuela austríaca” de Hayek de von Mises, el monetarismo de la “escuela de Chicago”, asociado con el nombre de Milton Friedman, o a la escuela de *public choice* de James Buchanan. Los linajes diferentes tienen mucho en común.

En un plan, todos tienen enlaces con la *Mont Pèlerin society* (MPS), que fomentó las interacciones entre los intelectuales considerados “anti-colectivistas” en varias partes del mundo (TURNER, 2008; PLEHWE, 2009). El proyecto de la MPS fue mantener viva la llama del liberalismo frente a las amenazas percibidas a la libertad individual y propiedad privada. Cabe mencionar que bajo la etiqueta de “colectivistas” eran encontrados diferentes proyectos como el socialismo soviético, nazi-fascismo y políticas económicas alemanas de “tercera vía” o keynesianas. Intelectuales de la MPS establecieron intercambios y enlaces con las universidades, *think tanks*, publicaciones académicas y dirigidas al público en general, partidos políticos de inclinación conservadora en Gran Bretaña y en Estados Unidos, así como con fundaciones y otros organismos de financiación. Hayek, Mises, Friedman y Buchanan fueron sólo algunos de los miembros de la MPS.

En otro plan, el neoliberal linaje, aunque sus enfoques y énfasis diferenciados, guardaban elementos en común el suficiente para permitir su agrupación bajo una etiqueta. Hay un motivo de fondo, o transversal, y cuatro principios correlatos que permean las diversas corrientes de pensamiento dentro del paraguas del neoliberalismo. El motivo de fondo fue la desconfianza en relación al Estado, vista como atentatoria a la autonomía y la iniciativa individuales, que representan peligro no sólo a la libertad individual, así como a la propiedad privada. Los cuatro principios a ello relacionados son (i) privilegio del orden espontáneo de los mercados como un medio para la distribución eficiente de los recursos y la protección de la libertad personal; (ii) compromiso con la idea de “Estado de derecho”, instruida por una noción de justicia esencialmente “negativa”, de limitación estatal y correspondiente preservación de la autonomía individual, sin que implique en el carácter “positivo” asociado a las medidas de redistribución de la renta y la participación del Estado en la economía; (iii) defensa de un Estado *fuerte* –capaz de asegurar el orden y proveer lo esencial para el funcionamiento de los mercados– pero *mínimo*, implicando abstención en relación a la participación activa en la economía y en los programas de “bienestar social”; y (iv) afirmación fortalecida de la propiedad privada, como el marco de la autonomía individual, del espacio en el que el Estado no puede interferir (TURNER, 2008).

Además de éstos, otros elementos pueden ser destacados, como el concepto de “mercados abstractos”, el uso de sofisticados modelos matemáticos, pero permeados por condiciones *coeteris paribus* –que terminan excluyendo del análisis variables empíricamente implicadas– para razonar acerca de la economía y basar la adecuación de las medidas propuestas y la preferencia por los elementos derivados de la microeconomía, especialmente de orientación neoclásica y no de la macroeconomía de matriz keynesiana (cf. CASTRO 2013).

En las décadas de 1970 y 1980, propuestas políticas que dialogaban con ideas neoliberales ganaron respaldo en las urnas, resultando en la ascendencia conservadora en varios puntos del mundo (cf. HALL, 1992; BLYTH, 2001). Entre ellos, sobre todo representando el thatcherismo en Gran Bretaña y en Estados Unidos, el *reaganomics*, que marcó la década de 1980. En común, los proyectos de Thatcher y Reagan adoptaban discursos de disciplina fiscal, la privatización y la reversión del *welfare state*, con la orientación económica del *supply-side* (en contraposición a la orientación keynesiana, en la que el estímulo de la demanda fue la clave para buenos niveles de actividad económica y el pleno empleo) que resultaban en medidas de desoneración tributaria de producción y finanzas y flexibilización de las relaciones de trabajo. En ese momento, ganó prestigio la concepción de *trickle-down economics* ventilada por Reagan. Esta visión propone que los beneficios sociales del crecimiento económico no necesitarían ser deliberadamente repartidos por la acción gubernamental (a través de políticas de *welfare state*), porque



los mercados se encargarían de dispersarlos *indirectamente* (*trickle-down*) en el conjunto social, como si por salpicaduras o caídas de agua. Así, el enriquecimiento de las clases más altas beneficiaría indirecta y espontáneamente la totalidad social, prescindiendo de la acción del Estado.

Cambios en las ideas y ajustes de las políticas prevalecientes en este nuevo momento también reflejaron cambios en las coaliciones subyacentes a diferentes proyectos. Si nel periodo de Bretton Woods la coalición política dominante estaba formada por trabajadores, empresarios y agentes gubernamentales de orientación keynesiana, en el nuevo escenario la *haute finance* gana otra vez el poder político que había disfrutado en los finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En este sentido, reaparece la influencia política de los banqueros y financistas que, además, transitaban entre las posiciones en el sector privado y en el sector público, trabajando sea en los mercados financieros, o en su reglamentación, sea en las esferas gubernamentales nacionales, sea en las estructuras de la cooperación económica internacional (cf. GUTTMANN, 2008, p. 27; HELLEINER, 1994). Estas dislocaciones correspondieron, por su vez, a la transición del “capitalismo democrático” al “capitalismo financializado”, así explicada por Bresser-Pereira:

Sus tres características centrales son: un enorme aumento en el valor total de los activos financieros en circulación en el mundo como consecuencia de la proliferación de instrumentos financieros facilitados por la securitización y por los derivados; la separación entre la economía real y la economía financiera, con la creación incontrolada de riqueza financiera ficticia en beneficio de los capitalistas rentistas; y un gran aumento en la tasa de lucros de las instituciones financieras, especialmente de su capacidad para pagar grandes bonificaciones a los operadores financieros por su capacidad de aumentar la renta capitalista (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 55)

De las transformaciones ideacionales, políticas y sociales aparecidas en los párrafos anteriores, es posible comprender el sentido asumido por la cooperación económica internacional en el momento pós-Bretton Woods. En 1971, Richard Nixon unilateralmente rompió el patrón dólar-oro, base monetaria del orden económica de la posguerra (HELLEINER, 1994; EICHENGREEN, 2008; SATO, 2012). Con esto, el dólar ya no es más convertible en oro. Las bases de la cooperación cambial internacional fueron derribadas, y en vez de paridades “fijas, pero ajustables”, la noción de “cambio flotante” pasó a instruir las interacciones entre las diferentes monedas nacionales. Cabe destacar que esta receta abandona la pretensión de que el estado y la cooperación internacional manejen el valor de las monedas, dejando su definición al libre desempeño de las “fuerzas del mercado”.

Además de estos aspectos, las bases de la cooperación financiera y cambial internacionales también fueron erosionadas por la eliminación de los *controles de capital* en varias

partes del mundo. Esta medida fue acompañada por las innovaciones tecnológicas en el campo de las telecomunicaciones que propiciaron aumento exponencial del volumen de actividad y de la volatilidad de los mercados financieros internacionales. El escenario se ha convertido nuevamente favorable a la revocación de medidas de política económica percibidas como atentatorias a la seguridad y rentabilidad de las inversiones a través del expediente de la amenaza o concretidad de la *fuga de capitales*.

Delante de esta situación, el papel del propio FMI fue resinificada (HELLEINER, 1994). La organización internacional ya no podría desempeñar el papel de guardián de las paridades entre las monedas, y el propio lastre fundamental del sistema monetario internacional había sido removido. Mantuvo su función de préstamos cambiales de emergencia. Sin embargo, entre las economías capitalistas avanzadas, esta función fue llevada a cabo en mayor medida por *swaps cambiales* negociados en ambiente más informal del *Banco de Compensaciones*, o BIS (*Bank of International Settlements*). Para los países en desarrollo, los préstamos del FMI empezaron a vincularse con las medidas de “ajuste estructural” y promoción del llamado “buen gobierno”, pasando a ser concedido por medio de aceptación de “condicionalidades”. El Banco Mundial fue otra institución que pasó a estar implicado en la concesión de préstamos condicionales, guiados por el lema de “buen gobierno” (cf. tendencialmente, 2004, p. 248-9).

El lema de “buen gobierno” objetivaba (y objetiva) la aproximación de la forma de las instituciones en los países receptores de préstamos de emergencia y asistencia del FMI y del Banco Mundial a aquellos de las economías capitalistas avanzadas. Como éstos habían adherido a formatos institucionales instruidos por la sensibilidad económica del neoliberalismo, las instituciones recomendadas eran las que podrían considerarse “pro-mercado”, como privatizaciones, fomentación de las libres acciones del mecanismo del precio en lugar de intervencionismo estatal, reducción de los gastos del gobierno—incluyendo cortes de gastos en programas sociales— control de la inflación y disciplina fiscal. Los formatos de las instituciones y de medidas de políticas públicas recomendados, conciliaban con el objetivo de garantizar la rentabilidad de las inversiones. En última análisis, las recomendaciones pretenden “ganar confianza” de los agentes en los mercados, proyectando el mensaje no sólo que las inversiones en un país que adoptó políticas e instituciones típicas del “buen gobierno” son seguras, pero también que presentan atractivas perspectivas de retornos financieros.

Los proyectos de “reingeniería institucional” del FMI y el Banco Mundial, a través de asistencia condicional, disponeron de influjos jurídicos (cf. CASTRO, de 2013, p. 36). Dos literaturas útiles para basar las reformas institucionales “Pro-mercado” fueron los movimientos *Law & Economics*, especialmente en la vertiente de la “Escuela de Chicago”,



y *Law & Finance*. Ambos dialogan con las contribuciones institucionalistas de Douglass North.

Los intelectuales que se insieren en el linaje de North ven las instituciones como moduladores de la *estructura de incentivos* para los agentes económicos –incluyendo instituciones jurídicas– se tornan relevantes para el crecimiento, estancamiento o disminución de la actividad económica (NORTH, 1991, p. 97). En profundidad, la receta para las instituciones consiste en la adopción de fórmulas que involucran la *reducción de los costos de transacción* (COASE, 1937), como un medio para fomentar los cambios, la especialización y división del trabajo y el aumento de la productividad como resultado de estos elementos (NORTH, 1991, p. 33). Independientemente del país o el contexto, la receta de las reformas institucionales para reducir los costos de transacción involucra elementos tales como la fuerte protección de los derechos de propiedad privada –incluyendo propiedad intelectual– y los mecanismos para garantizar y facilitar el cumplimiento de los contratos. Una crítica de la propuesta de North pretende lograr la suposición de que, dado el medio institucional de definición precisa y fuerte garantía de la propiedad y los contratos –el medio “correcto”–, “todo va a estar resuelto” (FIANI, 2011, p. 195).

El movimiento de *Law & Economics* (cf. MERCURO; MEDEMA, 2006; SALAMA, 2008; CASTRO, 2013; 2012), o el *Análisis Económico del Derecho* (AED) habla con aproximación con el North sobre el dibujo “correcto” de las instituciones. Entre sus exponentes están Ronald Coase y Guido Calabresi, pero la más conocida es la vertiente de la “escuela de Chicago”, capitaneada por Richard Posner. El AED es una perspectiva interdisciplinaria de derecho y economía que proyecta la mirada sobre las estructuras de incentivos que las instituciones jurídicas representan para el funcionamiento de los mercados. De esta manera, el AED trabaja con parámetros derivados de la microeconomía neoclásica (CASTRO, de 2012, p. 207), enfatizando los criterios de costo-beneficio y la eficiencia económica. En un modo resumido, esta literatura comenzó a emplear la eficiencia económica como criba de la validación de las instituciones jurídicas, o sea, como medida del “correcto”, “bueno” y “justo”, asociando este sentido de la eficiencia al libre funcionamiento de los mercados (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 102). En el fondo, las instituciones jurídicas son colocadas *en función* de la eficiencia económica, debiendo ser reformadas para promoverla. Tales características son indicativas de las razones por las cuales, según Stephen Talbot (2008), el AED fue uno de los instrumentos para que los grupos políticos conservadores si contraponesen (académica y judicialmente) al activismo económico del Estado y las titularidades sociales en los Estados Unidos desde principios de 1970. El AED se convirtió en influyentes espacios institucionales como el FMI y el Banco Mundial, componiendo la base para las recomendaciones de reforma institucional que estas organizaciones pretenden promover a través de préstamos condicionales.

Otra literatura con tráfico en estas instituciones es la *Law & Finance* (cf. La Porta et al., 1998; Castro, 2013). Sus principales exponentes son Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert Vishny, que a menudo publican conjuntamente. El punto principal de esta vertiente es relacionar el buen desempeño de los mercados financieros a dotaciones jurídicas “correctas”, resultando en medios institucionales que sean eficaces en atraer los inversores. Hay dos enlaces de fondo. Uno de ellos es la relación entre la dotación jurídica considerada “correcta” o eficiente y la prosperidad de los mercados financieros. A este respecto, La Porta et al (1998) sugieren que las buenas instituciones financieras son aquellas moldeadas según el *common law*. El segundo es el enlace entre los mercados financieros dinámicos y desarrollo, siendo aquellos tratados como presupuestos de estos. Juntos, los dos enlaces generan las recetas del *Law & Finance* para el crecimiento económico en el mundo, que consiste en la universalización de las instituciones del *common law*, vistas como más favorable a la libertad financiera y más propensas a generar la eficiencia económica que conduce a la prosperidad, y al desarrollo.

De estas caracterizaciones breves, es posible notar que ambas literaturas interdisciplinarias de derecho y economía se asocian con sensibilidades económicas de contorno más ortodoxo, o sea, de la economía neoclásica o neoliberal. Tienden, así, a tomar posiciones contrarias al activismo estatal y favorable a las reformas institucionales del mercado.

Si en el orden de Bretton Woods se confiaba a los Estados y a la cooperación económica internacional la tarea de promover el dinamismo económico según las nociones de capitalismo “vigilado” o “administrado”, en el momento “pós-Bretton Woods” o neoliberal, iniciado desde finales de los años 1970, la prosperidad económica comenzó a depender esencialmente del dinamismo de la esfera privada, dejando a los Estados –a los cuales se prescribía comedimiento en sus incursiones en lo dominio económico– conquistar y mantener la confianza de los inversores. En un escenario, la contraparte jurídica del proyecto económico keynesiano fue la institucionalización de los controles de capital. En otro, la contraparte jurídica del proyecto económico neoliberal fue la eliminación de estos controles, que se casó, en términos más generales, con perspectivas jurídicas interdisciplinarias promotoras de la eficiencia económica como criterio de justicia. En particular, es posible notar que no hay lugar en las formulaciones de una literatura como *Law & Finance*, para controles estatales y a los flujos internacionales de capital. Es posible leer que estas contribuciones jurídicas fueron y son auxiliares a la configuración del “capitalismo financialised”.

#### 4 POLÍTICA ECONÓMICA ENTRE LAS URNAS Y LAS AMENAZAS DE FUGA DE CAPITALES

El énfasis en ambientes institucionales correctos, en las instituciones jurídicas de reducción de costos de transacción y promotoras de la “eficiencia económica”, la sensibilidad política y económica receosa de invasividad estatal en la autonomía privada: juntos, estos elementos amplifican el poder efectivo que la amenaza o concretidad de la *fuga de capitales* tiene acerca de la dirección de la política económica y el formato de las políticas públicas en varios puntos del globo.

El jurista comúnmente puede no ser capaz de lo representar intelectualmente a través de formas jurídicas, pero la amenaza de *fuga de capitales* opera como freno de las decisiones políticas internas. Esto ocurre de modo análogo a la operación de los *frenos y contrapesos* que las formas jurídicas del derecho constitucional incorporan. Sin embargo, como señala Marcus Faro de Castro (2006), estos son frenos y contrapesos *internacionalizados* y que están presentes en la constitución *política*, y no en la constitución *jurídica*, a afectar la estructuración de las relaciones de poder en las sociedades. Aunque no sean tradicionalmente cubiertos por el análisis jurídico, frenos y contrapesos internacionalizados –como la amenaza representada por la fuga de capitales– deberían serlo, dados sus impactos en el disfrute de los derechos.

En la sección 2, se sugirió que la presencia de los controles de capital en el orden de Bretton Woods conservó la autonomía estatal para llevar a cabo las políticas redistributivas por limitar la movilidad y la volatilidad de los flujos financieros transfronterizos privados. El rescate de la libertad de las finanzas internacionales, desde la década de 1970, ayudó a restaurar el poder de los *rentiers* en la *constitución política* de los Estados en todo el mundo. Una evidencia reciente de este poder es presentada por Juan Martínez y Javier Santiso (2003).

En 2002, en Brasil, la disputa electoral por la Presidencia de la República se opuso, como favoritos, José Serra y Luiz Inácio Lula da Silva. Serra representaba la continuidad de las anteriores políticas del gobierno de Fernando Henrique Cardoso, que tenía la confianza de los inversores internacionales. Lula había, en el pasado, hecho campaña a respeto de la necesidad de reestructurar la deuda brasileña. A los inversores preocupó la posibilidad de que Lula llegase a la presidencia y se traduciría en la inestabilidad de ciertas variables económicas, como el dólar: de R\$2,30 en principios de 2002, el cambio había alcanzado más de R\$3,50 en julio –indicativo de la pérdida de confianza en el Real, que pasó así a valer menos frente al dólar. Los intereses de los títulos brasileños (tasa SELIC) dispararon, porque los inversores pasaron a percibirlos como más peligrosos. “La fuerza de Lula en

las encuestas fue vista por inversores y analistas como aumento de riesgo, ya que representaba seria amenaza de discontinuidad en la política económica.” (MARTÍNEZ; SANTISO, 2003, p. 371).

Ánimos se calmaron después de que el FMI prestó US\$30 billones para restaurar la confianza de los inversores. Cuando Lula se comprometió a honrar los compromisos brasileños con los inversores internacionales, el dólar volvió a menos de R\$3,00. Enseguida, disminuyeron las tasas de interés de los papeles brasileños. Lula se eligió después de apaciguar a los inversores que Brasil honraría sus deudas. Estos eventos conducen a la conclusión de que “corridas presidenciales no son sólo corridas nacionales, envolviendo ciudadanos, los medios de comunicación, etc. Los candidatos presidenciales también tiene que ganar el juego de confianza, o sea, el voto de aprobación de los mercados financieros.” (MARTÍNEZ; SANTISO, 2003, p. 388)

Estos elementos pueden ayudar a arrojar alguna luz sobre el embate existente entre los intereses de los *rentiers* y las preferencias expresadas en las urnas. El reciente arranque de la política económica brasileña a camino de las medidas de austeridad inspiradas en la economía ortodoxa y destinadas a ganar la “confianza de los mercados” es más una instancia del juego de confianza que Martínez y Santiso (2003) se refieren. Específicamente, se diseña un escenario posterior a las elecciones en que el resultado de las urnas –que mayoritariamente aprobaron programas de redistribución de la renta– es interrumpido por señales emitidos por agencias privadas de calificación de crédito. Las perspectivas de rebajamiento de la nota de los títulos brasileños y de la pérdida del llamado “grado de inversión” atrajeron gran interés en la prensa, llegando a las portadas de los periódicos y las llamadas del telediario. Acto continuo, la opinión de esas agencias ejerció influencia en la opinión pública –el “sentido común” se adhiere fácilmente a la idea de que la disciplina fiscal del gobierno es tan necesaria al país como el equilibrio de las cuentas es en la economía familiar– y en la agenda de gobierno.

Una de las consecuencias de la aparición del modelo de capitalismo “financialised”, en contraste con el “capitalismo democrático” de la era de Bretton Woods, es la tendencia de que los intereses manifiestos en las urnas pierdan la lucha para los intereses vinculados a los mercados de capitales. Las agencias privadas de clasificación actúan como voceros de la comunidad difusa de inversores, grandes y pequeños, que tienen en común aspiraciones a la rentabilidad y seguridad de los activos financieros que adquieren. Por supuesto, hay un *tradeoff* entre seguridad y rentabilidad, que la *tasa de interés* capturan: las inversiones más riesgosas son emparejadas con la mayor rentabilidad y viceversa. Como contrapartida, sin embargo, los gobiernos cuyos títulos son percibidos como *riesgosos* deberán gastar más para recaudar recursos en los mercados financieros que

aquellos cuyos activos recibieron el “grado de inversión” y por lo tanto pueden emitir papeles a tasas de interés inferiores. Como consecuencia, los gobiernos “más seguros” pueden captar dinero para financiar el gasto público de manera más barata.

Esta configuración acaba por dar a las agencias de calificación crediticia el poder de ejercer *autoridad* transfronteriza. David Lake (2010), un teórico de las relaciones internacionales y economía política internacional, destaca ser común asociar el ejercicio de la autoridad legítima a la noción de soberanía y a los Estados. Sin embargo, el autor señala que otros caminos son posibles, incluyendo el ejercicio de la autoridad privada sobre los Estados. En este sentido, agencias de calificación de crédito son capaces de crear restricciones efectivas al comportamiento económico de los Estados, los castigando, a su manera, con el rebajamiento de las notas en el caso de conductas consideradas como desviadas. El castigo se refleja en aumentos en las tasas de interés de los títulos de la deuda pública, encareciendo el acceso del Estado reprimido a los recursos en los mercados internacionales. La efectividad de este castigo es mayor cuanto más curso de los índices de las agencias de calificación tuvieron entre los inversores, prensa, opinión pública y representantes políticos. La autoridad y el derecho a castigar la desobediencia residen principalmente en la búsqueda colectiva de su ejercicio (LAKE, 2010, p. 592).

“Los académicos tradicionalmente comprenden la soberanía con el fin de implicar que los Estados sean las autoridades supremas dentro de sus dominios territoriales exclusivos.” (2010, p. 597). Sin embargo, dejando tal concepción “formal-legal” al lado, Lake sostiene que la soberanía es contingente, una vez que el Estado compite con otros actores relevantes en el ejercicio de la autoridad sobre las relaciones que afectan su propio territorio. La idea de contingencia rechaza la soberanía como ejercicio de poder supremo (2010, p. 598-9). Ella es una autoridad en medio a otras. “Autoridades globales”, en este sentido, sean formalmente productoras de normas jurídicas (*Law making*), o no, pueden restringir, en la práctica, la autoridad del estado. Karl Polanyi ya había indicado el papel de la *haute finance* y del patrón oro internacional en el término del siglo XIX y principios del siglo XX (2001, p. 10), precisamente para restringir los comportamientos estatales por medio de la operación de los mercados financieros internacionales. Las agencias de calificación de riesgo reviven una versión actualizada de esto poder privado.

Las calificaciones emitidas por agencias como la Standard & Poor’s, la Moody’s y la Fitch Ratings deberían tener intentado descredito –y perdido poder de orientación del comportamiento colectivo de los inversores– debido a su gran cuota de responsabilidad en la crisis de 2007-2008 (cf. WOLF, 2010; KRUGMAN, 2009; GUTTMANN, 2008). La crisis tuvo como telón de fondo las inversiones en el mercado inmobiliario estadounidense. Las hipotecas que garantían la deuda asumida por las familias en este

mercado pasaron por procesos cada vez más sofisticados de la innovación financiera, creando nuevos papeles, en un proceso que se conoce como “securitización”. En términos generales, las hipotecas eran agrupadas y divididas en capas o extractos, y estos paquetes de activos financieros, después de recibir una nota por las agencias de calificación de riesgo, eran ofrecidos a los inversores. En una etapa posterior de la burbuja del mercado inmobiliario estadounidense, mismo las hipotecas *subprime*, correspondientes a negocios extremadamente arriesgados, recibieron calificación máxima (AAA) por las agencias de calificación de crédito, fomentando la compra por los inversores atraídos por papeles que al mismo tiempo son clasificados como “seguros” y rentables. Curiosamente, sin embargo, mismo la crisis y sus nefastas consecuencias para la economía mundial no fueron capaces de llevar al descrédito de las agencias privadas de calificación, aunque éstos tengan atribuido la nota máxima a los activos “tóxicos” –y con eso impulsado artificialmente el crecimiento de la burbuja inmobiliaria cuando lanza “señales trocados” en los mercados.

En el campo de las políticas públicas y de la política económica, la crisis en el sistema financiero fue enderezada por las medidas destinadas a rescatar las instituciones en problemas con los recursos del gobierno, en una “socialización de los riesgos” (WOLF, 2010, p. 208). Las medidas de rescate de los bancos y otras instituciones fueron cuestionadas en protestas en todo el mundo. Al mismo tiempo, hubo un nuevo impulso gubernamental para la adopción de las medidas para regular los mercados financieros y una mayor participación interventora, principalmente a través de estímulos monetarios (incluido el cambio) y fiscales. Estas medidas fueron interpretadas como rescates de las ideas keynesianas y de la “economía de la depresión” por autores como Paul Krugman (2009), Bresser-Pereira (2010) y otros.

A pesar de estos desarrollos señalizaren la existencia de una *coyuntura crítica*, en que los ideales liberales se encuentran sacudidos, ellos no fueron suficientes para transformar los fundamentos para conducción de la política económica. Peck, Theodore y Brenner (2012), se preguntan si el neoliberalismo habría encontrado, “como muchos sugirieron, su propio ‘momento de muro de Berlín’, de colapso irreversible” (2012, p. 60), sugieren que, al revés, la crisis no representó su “fin”. Existe la permanencia de un “neoliberalismo ‘muerto-vivo’”, en lo que también se conoce como “fase pós-programática” de esta corriente, con “impulsos residuales neoliberales” (2012, p. 78). A respecto de los fundamentos neoliberales, se puede interpretar, que para la conducción de la política económica permanecen incrustados en espacios de decisiones y en los marcos cognitivos de los miembros de la prensa, disfrutando de lo tránsito también en la opinión pública. Quizá la noción de “impulsos residuales” tiene cierto poder explicativo de la persistencia del poder práctico de las agencias de calificación de crédito de ejercer influencia en el



curso de políticas públicas en Brasil e incluso revertir la orientación de la política económica favorecida por la plataforma de gobierno unos meses después de su reelección.

Aunque el jurista tradicional pueda despreciar la disputa entre las pretensiones de las urnas y las amenazas de fuga de capitales como problemas típicos del cientista político economista, o teórico de las relaciones internacionales –por no encontraren *formas jurídicas* con que representarla intelectualmente (cf. CASTRO, 2012)–, las repercusiones *jurídicas* de esta disputa son suficientes para mostrar la necesidad de que ella sea *interiorizada* por el discurso jurídico. Al fin, esta disputa se centra principalmente en la dirección de los caminos de la política económica, y las “decisiones de política económica afectan de manera diferenciada las acciones actuales y planeadas de grupos e individuos, con reflexiones sobre la formación de sus concepciones de lo que son (en términos de disfrute), o deben ser, sus derechos” (CASTRO, 2009, p. 24)

En particular, estos elementos pasan *a lo largo* de las formas jurídicas del derecho constitucional, que deberían captar la manera que los gobernantes son elegidos, como se relacionan y se limitan los poderes, como se hacen las normas etc. Gran parte de lo que es normativamente relevante es, sin embargo, excluido. Es necesario que la fuga de capitales sea percibida en su concretidad, como elemento que forma parte del juego por la definición de los caminos de la política y de los contenidos de las instituciones jurídicas (incluso aquellas que forman parte de la política económica) en el país y en otras partes del mundo. Para ver estas relaciones, y de pretender cubrir con su discurso, el jurista contribuye para preservar la economía como esfera autónoma y perpetuar su impenetrabilidad por instituciones jurídicas al balizar.

Una de las barreras a las pretensiones de disciplinar la “fuga de capitales” o a la actuación de las agencias de calificación de riesgo parece ser la percepción del “siempre ahí”. En esta perspectiva, la movilidad del capital y la influencia de estas agencias son consideradas como constantes históricas cuyo poder es irresistible. En consecuencia, nada se puede hacer sino adaptar las instituciones frente la necesidad de mantener el acceso al crédito. Esta percepción es, sin embargo, históricamente equivocada: entre el final de la II Guerra Mundial y principios de 1970 hubo, como indicado en la sección 2, un orden en que la movilidad y volatilidad de las finanzas internacionales fueron “domadas” y subordinadas a la autonomía interna de los Estados. Ella dispensaba los Estados de tañeren que conquistar y mantener, continuamente, la “confianza” de los mercados financieros. En su ámbito, el acceso al crédito no es escorava principalmente en el dinamismo privado, pero en una cooperación económica interestatal. Se concebía la asignación de capital como asunto *público* (estatal) y *estratégico*, sujeto a la cooperación internacional, y no exclusiva o principalmente afecto a la acción espontánea de las fuerzas privadas del mercado.

La mirada jurídica también necesita abarcar los preceptos de la política económica estimulada por las agencias de calificación de crédito. La receta para ganar la confianza de los mercados es principalmente el llamado “trípode macroeconómica”, cuya imperatividad se observa en el discurso que la prensa reproduce en Brasil. Como se destacó anteriormente, este trípode determina la adhesión estatal y las metas de inflación y tipo de cambio flotante. Metas fiscales significan adhesión a lo comprometido prioritario con presupuestos equilibrados. La disciplina fiscal es presentada como crucial para generar un *superavit* cuyo destino es la preservación de la capacidad de soldar las obligaciones financieras asumidas por el Estado. Junto con las metas fiscales, también el compromiso claro con las metas de inflación es presentado como fundamental para tranquilizar los inversores. Eso porque la existencia de la inflación en niveles superiores a las tasas de interés practicadas en una economía corroe el verdadero retorno de la inversión. Es necesario tener en cuenta que la adhesión del estado en estos objetivos, así como aquella de la tasa de cambio flotante, se retira del Estado la posibilidad de uso estratégico del presupuesto, de la inflación y del cambio de para la promoción de sectores económicos y para proporcionar las condiciones para el disfrute de los derechos sociales (de *consumo*) vinculadas a la propiedad *civil* –y de *producción*– o de la propiedad comercial (cf. CASTRO, 2009).

Vale la pena también recordar que el orden de Bretton Woods envolvió una prescripción esencialmente diferente. En consonancia con la sensibilidad keynesiana predominante, la cooperación económica internacional intentó amparar la coexistencia y la interacción comercial entre Estados que se valían de gastos deficitarios para financiar las políticas retributivas vinculadas al modelo de *welfare state*, y que colocaban en práctica la receta heterodoxo de uso de la inflación como elemento para impulsar el nivel de actividad económica y la contención del desempleo. O sea, como partes de una estrategia más amplia de diálogo con los deseos manifiestos en las urnas. A respeto del cambio, el orden de Bretton Woods rechazó el modelo de “cambio flotante”, ahora parte de la ortodoxia, a favor de la estabilidad y seguridad que ofrece el formato de “paridades fijas, pero ajustables”

La preservación de la autonomía interna es necesaria para que las urnas posan ejercer su peso adecuado en la dirección tomada por la política económica. Como Rodrik (2011) realza, no es posible tener, al mismo tiempo, Estado-nación, política democrática y hiperglobalización financiera. Es necesario elegir dos entre ellos. La crisis de 2007-8 trajo muestra de los peligros representados por la movilidad y innovación financeira sin restricción jurídica. A pesar de los impulsos residuales neoliberales –o mismo en virtud de ellos– el momento es propicio para que las instituciones jurídicas sean reformadas en el sentido de construcción de un orden diferente. Rodrik sugiere que la movilidad de las finanzas internacionales sea estricto en favor de la preservación del *policy space*, y que



la tecnocracia perca espacio para la deliberación democrática. Su propuesta es, de cierto modo, convergente con la de Thomas Piketty (2014), de tributación global de capital, aunque el enfoque de este último autor sea mantener la rentabilidad de las inversiones financieras abajo del retorno de trabajo y las ganancias para evitar la tendencia a la concentración de la renta. Rodrik (2011) también sugiere la tributación de las transacciones financieras transfronterizas.

Los diferentes regímenes que todavía componen el orden económico internacional contemporáneo representan obstáculos para muchas de las sugerencias heterodoxas de estos autores. Sin embargo, como Ha-Joon Chang y Illene Grabel afirman, “es imperativo que los defensores de las políticas económicas alternativas no encaren las reglas actuales del ambiente mundial como fijas. Siempre es posible y de hecho necesario, reescribir las reglas globales.” (2004, p. 203).

## 5 CONSIDERACIONES FINALES

El contraste entre las órdenes económicas internacionales de Bretton Woods y la que le sucedió sirva para cuestionar la impresión común de que la libertad y el poder de las finanzas internacionales sean un “siempre hay” histórico no sacudible. Esta impresión favorece el poder práctico de las agencias de calificación de crédito que, vía evaluaciones de riesgo de los títulos de la deuda pública de varios países, son capaces de constreñir el comportamiento económico del estado en todo el mundo. En este contexto, la amenaza – o realización– de la fuga de capitales puede hacer la reversión de los formatos de las políticas públicas de inclinación redistributiva. Mismo gobiernos elegidos con discursos económicos *heterodoxos* se miran forzados a adherir a las medidas *ortodoxas*, dado el riesgo de desinversión.

Si la movilidad y la volatilidad de las finanzas internacionales marcaron el mundo desde de los años 1970, el mismo no es verdadero para el período anterior. El capitalismo no siempre fue “financialised”. Entre la Segunda Guerra Mundial y aquella década, el modelo adoptado era del “capitalismo democrático”. El orden económico internacional de Bretton Woods estructuró los regímenes de cooperación de tipo de cambio y financiera amparaban no sólo para la apertura comercial, como también la autonomía doméstica necesaria para que los Estados adopten políticas coherentes con las aspiraciones de las urnas –que, en aquello contexto, eran de políticas redistributivas en línea con la noción del *welfare state*.

Desde el comienzo del año de 2015, el Brasil ha servido como ejemplo del poder de agencias de calificación de constreñir el comportamiento gubernamental y condicionar el formato de las instituciones jurídicas vinculadas a la política económica, promoviendo las

alteraciones legislativas condescendientes con los motivos de seguridad y rentabilidad de las inversiones. Las medidas de austeridad pasaron a componer la agenda del gobierno y, con ellas, los correspondientes cortes en los presupuestos que implican perjuicio en el goce de los derechos sociales y traen efectos adversos a la vida cotidiana de los sectores productivos dependientes del calentamiento del “nivel de actividad” de la economía en relación al cual los gastos gubernamentales tienen peso relevante.

Este artículo buscó, cuando levantó estos elementos y relaciones, llamar la atención sobre la necesidad de que los juristas agreguen al discurso jurídico elementos no tradicionalmente cubierto por ellos –tales como la *fuga de capitales* y la actuación de las agencias de calificación– de manera que posan tanto posicionarse críticamente a su respecto como desear dirigir reformas que busquen tornar las instituciones más cercanas a los deseos de las urnas y menos vinculados a los índices producidos por la Standard & Poor’s, la Fitch Ratings, y la Moody. Es posible considerar que estas agencias, aunque con sede en *Wall Street*, integran el juego (*constitucional*) de los poderes que compiten por la formulación de las políticas y definición del formato de las instituciones jurídicas. Este es el juicio *positivo*. El resultado *normativo* de tal juicio es la sugerencia de la necesidad de reformar las estructuras de la cooperación económica internacional para contener –a ejemplo de lo que se hizo durante el orden de Bretton Woods– el poder que las finanzas deben revertir las deliberaciones democráticas expresadas en las urnas. Con este fin, además del rescate de los mecanismos de cooperación financiera interestatales (que prioricen la distribución *pública* del capital internacional), controles de capital (limitaciones jurídicas a la movilidad y volatilidad de los flujos financieros transfronterizos privados) y tributación global de las transacciones financieras privadas internacionales pueden ser contribuciones relevantes para “domar” la fuga de capitales y rescatar la autonomía democrática nacional.

## REFERENCIAS

BLYTH, Mark. The transformation of the Swedish model: economic ideas, distributional conflict, and institutional change. **World Politics**, v. 54, n.º 1, p. 1-26, 2001.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira global e depois: um novo capitalismo? **Novos Estudos**, Ed. CEBRAP, n.º 86, p. 51-72, 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 3, p. 17-71, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. Economic development and the legal foundations of regulation in Brazil. **De Gruyter – Law and Development Review**, v. 6, n.º 1, p. 61-115, 2013.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba, n. 6, p. 41-62, jul./dez. 2006.

CHANG, Ha-Joon; GRABEL, Illene. **Reclaiming development: an alternative economic policy manual**. London: Zed, 2004.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, New Series, v. 4, n.º 16, p. 386-405, 1937.

DAVIDSON, Paul. Post keynesian economics: solving the crisis in economic theory. In: BELL, Daniel; KRISTOL, Irving (Ed.). **The crisis in economic theory**. New York: Basic, 1981. p. 151-173.

DRUMMOND, Carlos. A punhalada fiscal de Levy e Dilma: medidas do governo atingem os trabalhadores mais vulneráveis. Carta Capital. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/833/punhalada-fiscal-5133.html>>. Acesso em: 27 maio 2015.

EICHENGREEN, Barry. **Globalizing capital: a history of the international monetary system**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2008.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda: de onde veio, para onde foi**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1997.

GALBRAITH, John Kenneth. **O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. São Paulo: Pioneira, 1989.

GUTTMANN, Robert. Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças. **Novos Estudos**, Ed. CEBRAP, n.º 82, p. 11-33, 2008.

HALL, Peter A. The movement from keynesianism to monetarism: institutional analysis and British economic policy in the 1970s. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank (Ed.). **Structuring politics: historical institutionalism in comparative analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 90-113.

HELLEINER, Eric. **States and the reemergence of global finance: from Bretton Woods to the 1990s**. Ithaca: Cornell University Press, 1994.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 [1936].

KRUGMAN, Paul. **The return of depression economics and the crisis of 2008**. New York: Norton, 2009.

LA PORTA, Rafael et al. Law and finance. **The Journal of Political Economy**, v. 106, n.º 6, p. 1113-1155, 1998.

LAKE, David A. Rightful rules: authority, order, and the foundations of global governance. **International Studies Quarterly**, v. 54, n.º 1, p. 587-613, 2010.

MARTÍNEZ, Juan; SANTISO, Javier. Financial markets and politics: the confidence game in Latin American emerging economies. **International Political Science Review**, v. 24, n.º 3, p. 363-395, 2003.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Chicago Law and Economics. In: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 94-155.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

PECK, Jamie; THEODORE, Nik; BRENNER, Neil. Mal-estar no pós-neoliberalismo. **Novos Estudos**, Ed. CEBRAP, n.º 92, p. 59-78, 2012.

PIKETTY, Thomas. Introduction. In: PIKETTY, Thomas. **Capital in the twenty-first century**. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 1-35.

PLEHWE, Dieter. Introduction. In: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Ed.). **The road from Mont Pèlerin: the making of the neoliberal thought collective**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 1-44.

POLANYI, Karl. **The great transformation: the political and economic origins of our time**. Boston: Beacon, 2001[1944].

RODRIK, Dani. **One economics, many recipes: globalization, institutions and economic growth**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

RUGGIE, John Gerard. International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order. **International Organization**, v. 36, n.º 2, p. 379-415, 1982.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos de Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 5-58, mar. 2008.

SATO, Eiiti. **Economia e política das relações internacionais**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos Estudos**, Ed. CEBRAP, v. 92, p. 35-56, 2012.

TELES, Stephen M. **The rise of the conservative legal movement: the battle for control of the law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TURNER, Rachel S. **Neo-liberal ideology: history, concepts and policies**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2008.

WOLF, Martin. From imbalances to the subprime crisis. In: WOLF, Martin. **Fixing global finance**. 2. ed. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2010. p. 193-214.

Submissão em: dezembro de 2016  
Pareceres favoráveis em: março de 2017



**Aproximación al Proceso de Mediación  
Concursal: algunas distinciones respecto al  
modelo de mediación civil y mercantil de la Ley  
5/2012, de 6 de julio**

NANCY CARINA VERNENGO PELLEJERO\*

---

\* Doctora en Derecho. Profesora asociada de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Abogada.

## **1 INTRODUCCIÓN**

La presencia de la mediación en el ordenamiento jurídico español, ha adquirido especial relevancia en los últimos años debido, especialmente, a su celeridad a la hora de resolver conflictos, en comparación con la situación que podemos encontrar en los procesos judiciales. No podemos negar la utilidad que estos procedimientos de mediación presentan sobre las controversias civiles y mercantiles, en las cuales se han venido presentando como una forma de atenuar conflictos que, en ocasiones, se vienen mostrando especialmente complejos por los temas sobre los cuales se discute, y sobre cuestiones diversas (como son, entre otros, los asuntos relacionados con las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, o los incumplimientos contractuales)<sup>1</sup>.

Posiblemente, este afán por simplificar y agilizar los procedimientos haya servido de fundamento al legislador a la hora de prever un procedimiento de mediación específico para el ámbito concursal. Sin embargo, no podemos negar las diferencias que presentan el proceso de mediación concursal de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (presente también en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización), respecto al procedimiento descrito en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. A continuación, analizaremos los principales puntos de interés que presentan ambas formas de mediación y su rol en el ordenamiento jurídico español.

## **2 FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN**

El panorama que nos muestra el sistema judicial español, a pesar de las constantes reformas a las que se ha visto sometido recientemente, continúa reflejando una situación deficitaria

---

<sup>1</sup> Véanse, entre otros, Barona Villar, 2012; Larena Beldarrain, 2014; Pérez Guerra, 2014.



en lo que respecta a la celeridad y simplificación de los procedimientos. De igual modo, conviene recordar que cada conflicto presenta una naturaleza particular, que puede hacer más o menos compleja la tarea de resolver determinados asuntos. Este es el caso, entre otros, de los procesos de familia en los cuales se han de resolver cuestiones tan sensibles como la atribución de la patria potestad o el régimen de custodia de los hijos, así como el derecho de visita del progenitor no custodio; así como cualquier otro conflicto propio del ámbito mercantil (como por ejemplo, aquellos que se relacionan con las situaciones de insolvencia), que se han visto agravados por una más que evidente saturación de los juzgados de lo mercantil, derivada de nuestra profunda crisis económica, y que nos obliga a plantearnos la necesidad de contar con un procedimiento alternativo, viable y ágil, que ayude a atenuar las consecuencias negativas que se derivan *per se* de estos casos<sup>2</sup>.

En la actualidad, los métodos alternativos de resolución de conflictos intersubjetivos, como son la mediación, la conciliación y el arbitraje, vienen mostrándose como la mejor alternativa para resolver determinados casos, alejándolos de la concepción gravosa que se deriva de un proceso judicial<sup>3</sup>. Es en este punto, como hemos mencionado ya, donde tiene cabida la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pero, por otra parte, conviene atender también a la aplicación de este procedimiento extrajudicial en otros ámbitos específicos, como los procesos concursales, en los cuales la idea de mediación se nos viene presentando como una forma de atenuar las consecuencias que se asocian a todo procedimiento concursal, procurando un acuerdo previo a la declaración judicial de concurso, bajo la figura de un acuerdo extrajudicial de pagos, en el cual queden perfectamente definidos los intereses del deudor y los acreedores.

Tradicionalmente, la naturaleza jurídica de la mediación nos lleva a considerarla como un procedimiento extrajudicial voluntario, a través del cual son las propias partes las que alcanzan un acuerdo mutuo, sin que el tercero (o mediador) imponga una solución al conflicto (a diferencia de lo que viene sucediendo con el proceso judicial). Estos elementos definitorios lo convierten en un sistema ideal para dirimir algunos conflictos que, de derivarse directamente a la vía judicial, podrían agravarse, dilatándose en el tiempo, exigiéndose a su vez una inversión económica considerable. Todo ello sin olvidar, además, que a diferencia de lo que sucede con el proceso judicial, en la mediación se busca, por encima de todo, la satisfacción extrajudicial de las partes en conflicto; es decir, que no haya vencedores, ni vencidos, sino una auténtica conformidad de las partes con el acuerdo que se haya alcanzado. Como bien se expone en el art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución*

---

<sup>2</sup> Como sostienen, entre otros, Merino Espinar, 2015.

<sup>3</sup> *Vid.* San Cristóbal Reales, 2013.

*de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.*

La importancia de la mediación radica en la posición preferente del diálogo entre las partes, por encima incluso de sus propios intereses particulares. A través del diálogo, los interesados (y entendemos como tales a las partes en conflicto, ya que la palabra “interesados” puede abarcar también a terceros, que presenten intereses económicos o personales), han de ser capaces de llegar a un acuerdo que cierre el conflicto existente entre ellos. Por este motivo resulta de vital importancia la consecución de un diálogo fluido y constructivo entre las partes, y es aquí donde el rol del mediador adquiere mayor relevancia. A ello se ha de añadir la visión positivista que adquiere el conflicto, una vez sometido a la mediación. El conflicto en sí mismo es considerado como un instrumento para alcanzar acuerdos que sean beneficiosos para las partes en conflicto, las cuales han de identificar sus intereses y necesidades, para iniciar un diálogo constructivo. De este modo, el proceso de mediación se nos presenta como una forma de cooperación entre las partes, que han de adoptar una posición positivista de la controversia, para obtener un resultado favorable. Para que esto sea posible, es necesario que las partes en conflicto que acuden a la mediación, desarrollen habilidades de autocontrol de la conducta y del lenguaje, que les permita tratar la controversia con respeto mutuo, a la par que desarrollan una capacidad de empatía entre ellos; de hecho, únicamente así podrá garantizarse la fluidez en las negociaciones<sup>4</sup>.

Si nos detenemos a analizar la visión más tradicional del proceso de mediación, observamos como la Ley 5/2012, en contraposición al modelo propio de la mediación concursal (al cual nos aproximaremos con más detalle en el siguiente apartado), presta especial atención a la figura del mediador y su rol en el procedimiento de mediación, en el cual ha de ser capaz de mostrar conocimientos y aptitudes propias de psicólogo. En general, la mediación prevista para los asuntos civiles y mercantiles a la que hace referencia esta Ley 5/2012, presenta auténticas ventajas en comparación con la opción (más gravosa sin duda) de un proceso judicial. Sin embargo, el hecho de que nos encontremos ante un procedimiento voluntario, representa uno de sus hándicaps más evidentes, ya que la posibilidad de someter un conflicto a la mediación, quedará inevitablemente condicionado a la voluntad de las propias partes. A nuestro modesto entender, y a pesar de los intentos del legislador procesal

---

<sup>4</sup> Vid. Vernengo Pellejero (2014, p. 427): “Los elementos base que formarán parte del proceso son: la revalorización (por el que se valora la capacidad y fuerza de los participantes para afrontar y tratar de solucionar el conflicto a lo largo de todo el proceso); el reconocimiento (presta atención al momento y la condición en la que los sujetos pueden mostrar una mayor sensibilidad a las cualidades y sentimientos comunes con la contraparte); y los ejes metodológicos (la metodología de trabajo del propio mediador)”.

por normalizar estas situaciones y potenciar su uso<sup>5</sup>, en realidad debería imponerse, de forma obligada, este modelo de resolución de conflictos en determinados casos, abogando por una solución pactada y rápida, y que, por extensión, sirva para descargar de asuntos a unos tribunales de justicia en constante saturación.

En contraposición al modelo que nos muestra la Ley de mediación 5/2012, cuando nos referimos al sistema de mediación concursal, observamos ciertos matices que, sin duda, marcan la diferencia y lo convierten en un procedimiento particular, con una naturaleza jurídica propia. Al analizar la mediación concursal, observamos como su concepción se aleja del “auténtico” modelo de mediación que se aplica sobre los acuerdos extraprocerales, para acercarse a una forma genuina de negociación, en la cual interviene un profesional especializado en materia concursal, y donde se ha de negociar un acuerdo extrajudicial de pagos, antes de que el deudor sea declarado en concurso. Así, y mientras que en la mediación nos aguarda un procedimiento flexible y adaptable a las circunstancias de las partes que en él intervienen, en la mediación concursal nos encontramos ante un procedimiento autónomo, reglado, y que no obedece, en ningún caso, a la autonomía de la voluntad de las partes, sino que se limita a la negociación sobre el acuerdo de pago al cual se verá sometido el deudor insolvente, en caso de prosperar la propuesta presentada. Por lo tanto, dentro de la mediación concursal no hay una controversia a resolver, sino un mero proceso de negociación de deudas impagadas.

De este modo, la verdadera naturaleza jurídica de la mediación concursal nos lleva a considerarlo un procedimiento especial y específico, que deja a un lado la mediación clásica que se nos describe en la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, para resolver un único tipo de controversia, propia del ámbito concursal, y cuya finalidad básica se centra en evitar la declaración judicial de concurso. Mas a ello dedicaremos los siguientes apartados de este estudio.

---

<sup>5</sup> En este mismo sentido, el art. 414 LEC, dispone: “Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario judicial, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria. En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”; por lo tanto, la opción de someter la controversia a mediación, lejos de apreciarse como un deber ante determinados casos, se presenta como una alternativa posible, o incluso recomendable, pero no obligada.

### **3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN CONCURSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE MEDIACIÓN CONCURSAL Y EL MODELO DE MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL, DE LA LEY 5/2012**

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la mediación, conviene en este punto aproximarnos al ámbito de aplicación, del modelo de mediación civil y mercantil, de la Ley 5/2012, así como del sistema propio de la mediación concursal de la Ley 22/2003, de 9 de julio; respecto de los cuales, y como observaremos a continuación, cabe establecer algunas distinciones que nos aproximarán al verdadero rol de la mediación concursal en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo relativo a la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio), su regulación es de aplicación tanto a conflictos nacionales como transfronterizos, excluyéndose aquellos asuntos que no estén a disposición de las partes, de acuerdo con la normativa aplicable. La misma Ley se encarga también de excluir de su ámbito de aplicación, los asuntos específicos sobre mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral, y la mediación en materia de consumo. En términos generales, al referirnos a la mediación regulada en la Ley 5/2012, es obligado mencionar sus principios informadores básicos (arts. 6 a 10 LMACM); como son, su voluntariedad, la neutralidad del mediador (en relación directa con el principio de imparcialidad), el deber de confidencialidad y el principio de igualdad de las partes.

En lo relativo a la **voluntariedad**, observamos como representa uno de los principios básicos de la mediación, ya que las partes, como verdaderas protagonistas de este procedimiento, se someten voluntariamente a ella para acordar una solución pactada a una controversia. No obstante, la propia Ley 5/2012, nos recuerda que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni tampoco a concluirlo con un acuerdo, y ello viene a reflejar, en definitiva, el cariz voluntario de la mediación (art. 6.3 LMACM). Cuando hacemos referencia a la **neutralidad del mediador**, es menester relacionarlo con su **imparcialidad** a la hora de intervenir en el procedimiento (art. 7 LMACM). Así, en el procedimiento de mediación ha de garantizarse la **igualdad** entre las partes, otorgándoseles las mismas garantías ante sus posicionamientos<sup>6</sup>. La neutralidad del mediador se relaciona de forma directa con el principio anterior, en el bien entendido que nos hallamos ante un profesional independiente, que actúa con total imparcialidad. El mediador no ha de presionar a las partes para que adopten un acuerdo, o influenciarlas

---

<sup>6</sup> Este aspecto representa un lugar común con el principio de igualdad de armas procesales que se propugna en nuestro Derecho procesal constitucional, respecto a los procesos judiciales.

de algún modo para que opten por una u otra decisión, sino que ha de limitarse a dirigir las sesiones entre ellas (tanto las individuales – o Caucus – como las celebradas en grupo), procurando el respeto entre ellas, y el diálogo para que puedan lograr un acuerdo que sea satisfactorio para todos. Además, se ha de garantizar la plena **confidencialidad** de las sesiones y de todo lo tratado en ellas; es decir, que todo aquello que se discute en la mediación, ha de quedar circunscrito al propio procedimiento. En esencia, nos encontramos ante una garantía que encuentra su razón de ser en la posibilidad de que ese mismo conflicto pueda llegar a derivar en un proceso judicial posterior, si fracasara la mediación<sup>7</sup>.

El procedimiento de mediación descrito en la Ley de 2012, puede iniciarse, bien, de común acuerdo entre las partes, en cuyo caso, la solicitud de mediación formulada ante el mediador o la institución de mediación, deberá incluir la designación de un mediador o institución de mediación que llevará el caso, así como el momento, lugar y lengua oficial en la cual se desarrollarán las sesiones de la mediación; o bien, en cumplimiento de un pacto de sometimiento a la mediación, suscrito entre las partes (art. 16 LMACM). Una vez recibida esta solicitud, el mediador o institución correspondiente deberá citar a las partes a una sesión informativa; en caso de incomparecencia injustificada de cualquiera de ellas, se considerará que se le tiene por desistido del proceso de mediación. Las sesiones tendrán como punto de partida una sesión constitutiva, de la cual se levantará acta (si bien, de todas las sesiones deberá levantarse un acta, en la que quedarán plenamente reflejados los asuntos que se han debatido en cada una de ellas), y en la que las partes deberán expresar su intención de continuar con la mediación. Además, deberá dejarse constancia de otros aspectos imprescindibles para el correcto desarrollo posterior de las demás sesiones (art. 19 LMACM):

- a) la identificación de las partes;
- b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación de aquel que ha sido designado por una de las partes;
- c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación;
- d) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación;
- e) la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos;

---

<sup>7</sup> Para una visión más completa de los principios básicos de la mediación, véase, entre otros, Vernengo Pellejero (2014): “Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en: *Asesoramiento y habilidades profesionales del abogado. Especial consideración a la mediación, arbitraje y conciliación*, Bosch, Barcelona, 2014.

- f) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas;
- g) el lugar de celebración de la mediación y la lengua en la cual se desarrollarán las sesiones.

Uno de los factores más importantes de la mediación, radica en el hecho de que la propia legislación impone la obligación de brevedad en el procedimiento, abogando por el principio de concentración de las actuaciones, las cuales deberán desarrollarse en el menor número posible de sesiones. En definitiva, y de acuerdo con su propia naturaleza, se procura que la mediación resuelva los conflictos de forma efectiva y en un plazo de tiempo mucho más breve, que aquel que se destinaría a resolver la misma cuestión en sede judicial.

El desarrollo de cada sesión es anunciada con antelación por el mediador, el cual, además, es el encargado de dirigirlas y procurar fluidez en el diálogo que mantengan las partes. No obstante, el hecho de iniciar la mediación no significa que la misma deba finalizar obligatoriamente con un acuerdo, ya que no son raros los casos en los cuales las posiciones de las partes son irreconciliables, o transcurre el tiempo previsto para la consecución del procedimiento sin que se divise posibilidad alguna de llegar a un acuerdo entre ellas. La conclusión del procedimiento de mediación quedará reflejada en el acta final, en la cual se deben hacer constar los acuerdos adoptados por las partes o, por el contrario, la finalización del procedimiento por cualquier otro motivo, que impida el acuerdo entre ellas. Esta acta, como es lógico, deberá contar con la firma de las partes y del propio mediador; de hecho, si alguna de las partes se niega a rubricarla, también debe especificarse esta circunstancia. Si el proceso tiene éxito, ya sea en todas las cuestiones debatidas o sólo en parte, los acuerdos adoptados han de incluirse en el denominado “acuerdo de mediación” (art. 23 LMACM), en el cual constarán todos los datos identificativos de las partes y el contenido de las obligaciones que cada una asume como consecuencia del acuerdo consensuado entre ellas. Como resulta lógico pensar, este acuerdo es de carácter vinculante para las partes, pudiéndose elevar a escritura pública, a modo de título ejecutivo. La Ley reconoce además la posibilidad de impugnar este acuerdo, bajo la acción de nulidad, y por las causas que sirven para invalidar los contratos. En general, observamos cómo este procedimiento presenta tantas garantías como el proceso judicial, pero su formato se nos muestra, sin duda, más ventajoso y simplificado que éste.

En contraposición con el modelo de mediación que propugna la Ley 5/2012, encontramos el modelo de **mediación concursal** de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la cual se recoge una visión particular del proceso de mediación, con algunos matices destacables respecto del modelo de mediación “clásico” de la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Entre otros aspectos conviene señalar, por una parte, que nos



encontramos ante una institución extrajudicial, reconocida para el caso específico de los intentos de acuerdo extrajudicial de pagos, y cuya finalidad se centra en la paralización del proceso concursal, es decir, antes de la declaración judicial de concurso<sup>8</sup> (procedimiento pre-concursal). Nos encontramos, por lo tanto, ante una forma específica de mediación, pensada para un caso concreto del tráfico jurídico, y cuyo ámbito de aplicación se nos muestra más restringido que el procedimiento descrito en la Ley 5/2012. De hecho, cuando nos referimos al acuerdo extrajudicial de pagos, hemos de tener en cuenta que no nos encontramos ante una controversia susceptible de resolverse por los cauces de la mediación, como sí sucede con los conflictos que se someten a la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, sino que se trata de una negociación para llegar a un acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores. En consecuencia, la naturaleza de la controversia que se somete a mediación difiere en ambos casos, representando otro aspecto distintivo entre ambos modelos de mediación<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> En este sentido, y por una parte, el apartado 1, del art. 5 bis LC, dispone: “*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso*”; mientras que el art. 231 LC prevé, además: “*1. El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. 2. También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones: a) Se encuentren en estado de insolvencia. b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley. c) Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. 3. No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos: 1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso. 4. No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite. 5. Los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis. Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real. No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras.*”

<sup>9</sup> Sobre este particular, véase, por todos, Boldó Roda, 2015, p. 391 y ss.

En lo respecta al acuerdo extrajudicial de pagos, procede recordar que supone un mecanismo de negociación para el pago de las deudas, al que hace referencia la Ley Concursal, y sobre el cual se dispone, de forma expresa, que el mismo ha de solicitarse por el propio deudor que pretende alcanzar un acuerdo de pago, y que para ello solicita el nombramiento de un mediador concursal. Esta solicitud deberá efectuarse mediante formulario normalizado (232.2 LC), en el cual se ha de hacer constar, entre otras cosas, un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone el deudor, los bienes y derechos de los cuales sea titular y los ingresos regulares previstos, así como la identidad del cónyuge, cuando el deudor fuere persona casada en régimen de gananciales<sup>10</sup>.

Una vez nombrado el mediador concursal, y habiendo aceptado éste el cargo, deberá convocar al deudor y a los acreedores, en los diez días siguientes a la aceptación, a una reunión que deberá celebrarse dentro de los dos meses siguientes. Esta reunión será convocada mediante conducto notarial y tendrá lugar en la localidad donde radique el

---

<sup>10</sup> Art. 232 LC: “1. El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal. Si el deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador. 2. La solicitud se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor e incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos. Se acompañará también de una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, en la que se incluirán una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Lo dispuesto en el artículo 164.2.2.º será de aplicación, en caso de concurso consecutivo, a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos. El contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, se determinará mediante orden del Ministerio de Justicia. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Para la valoración de los préstamos o créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5. Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios. Cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. 3. En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor. En el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. El receptor de la solicitud comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231, los datos y la documentación aportados por el deudor. Si estimara que la solicitud o la documentación adjunta adolecen de algún defecto o que esta es insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para iniciar un acuerdo extrajudicial de pagos, señalará al solicitante un único plazo de subsanación, que no podrá exceder de cinco días. La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudiera acreditarse la concurrencia de dichos requisitos”.



domicilio del deudor; una circunstancia que refleja otra de las diferencias más evidentes con el sistema de mediación de la Ley 5/2012, ya que en aquel caso eran las propias partes las que acordaban el lugar, tiempo y lengua oficial en la cual se debían realizar las sesiones del procedimiento de mediación, en el mismo momento de presentar la solicitud, o en el acuerdo de sometimiento a la mediación, suscrito previamente por éstas. El hecho que, en la mediación concursal, el lugar de celebración venga determinado por el domicilio del deudor, nos lleva a considerar que, posiblemente, el legislador ha pretendido facilitar la movilidad de aquel que ostenta la posición débil en el procedimiento.

Una vez recibida la convocatoria de reunión, los acreedores deberán comunicarlo al mediador, de forma expresa, en el plazo máximo de un mes. La posibilidad de negociar un acuerdo extrajudicial, pasa por la presentación de un plan de pagos de los créditos pendientes, que el mediador concursal deberá hacer llegar a los acreedores, previo consentimiento del deudor (art. 236 LC). Llama la atención que sea el propio mediador quien propone y presenta el plan de pagos; sobre todo teniendo en cuenta que la propia redacción del art. 236 LC, induce a error en este sentido, al no especificarse realmente quien presenta esta propuesta de pago, limitándose a decir que *“el mediador concursal remitirá a los acreedores, con consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud”*. Con independencia de ello, y de las posibles interpretaciones que pueden surgir de su redacción, en la práctica, es la versión literal la que parece haberse impuesto; por lo que será el propio mediador quien elabora el plan de pago extrajudicial. De este modo, observamos como el rol de este mediador concursal no sólo se limita a intervenir a modo de tercero imparcial, como se espera de un mediador propiamente dicho, y cuya función principal se orienta a la organización y dirección de las sesiones de mediación, en las cuales ha de procurar la consecución del diálogo entre las partes; sino que, en lo que respecta a los acuerdos extrajudiciales de pago, será el encargado, *motu proprio*, de comprobar la existencia de las deudas pendientes del deudor concursal y presentar el plan de pagos en torno al cual girará la negociación entre las partes. Por consiguiente, en lugar de mostrarse como una persona ajena al conflicto, este mediador concursal va un paso más allá y se dedica a intervenir de forma directa en los acuerdos de pago entre el deudor y los acreedores; una función que lo aleja de la imagen propia del mediador.

Al hablar del plan de pagos al cual alude la legislación concursal, se ha de tener en cuenta que el mismo ha de contener, asimismo, un plan de viabilidad, además de una propuesta de cumplimiento regular de las obligaciones, que podrá incluir una previsión de pago de alimentos para el deudor y su familia; y otro plan complementario para la continuación de la actividad empresarial, que el deudor estuviera desarrollando hasta ese momento. Esta previsión se orienta, en definitiva, a la consecución de la actividad empresarial; un aspecto

de vital importancia en el dilatado clima de crisis económica al cual se ha visto sometida nuestra sociedad actual. El plan de pagos, además, ha de ir acompañado de una propuesta de negociación de las condiciones contractuales de los créditos y préstamos. Esta propuesta también puede consistir en una cesión de bienes a favor de los acreedores, a modo de pago de las deudas contraídas frente a éstos, aunque en este caso se requerirá de aprobación por parte de los acreedores que representen un mínimo del 75% del pasivo, y del acreedor que tenga constituida garantía real sobre estos bienes a su favor. Una vez presentada, los acreedores dispondrán de un plazo de diez días para presentar sus proposiciones de modificación sobre la propuesta de acuerdo, o su versión alternativa de la misma. Transcurridos estos diez días, el propio mediador es el encargado de remitir a los acreedores el plan de pago definitivo que ha sido aceptado por el deudor. Si por contra, en ese plazo de diez días, los acreedores que representan la mayoría del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo, deciden suspender las negociaciones, el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso de forma inmediata.

Observamos, por lo tanto, como en sede de mediación concursal, las “clásicas” sesiones de mediación adquieren un cariz distinto, al quedar relegadas a una mera negociación sobre la deuda pendiente y sus condiciones de pago. Unos aspectos puramente económicos que, lógicamente, se distancian del perfil de la mediación que proclama la Ley 5/2012, en el cual suele prestarse una especial atención a la situación personal de las partes, haciendo especial hincapié a su perfil psicológico; de ahí que los mediadores, en este caso en particular, sean especialistas con conocimientos en psicología, o profesionales dedicados al Trabajo social. En la Ley Concursal, por su parte, lo más cercano a esta concepción de la mediación viene representado por la posibilidad de prever una reserva, dentro del plan de pagos, dedicada a cubrir los alimentos del deudor y su familia; teniendo en cuenta que la situación de insolvencia no sólo presenta consecuencias negativas sobre la persona del deudor, o los acreedores, sino que también repercute de forma muy directa en la situación de estos terceros vinculados por relación afectiva con el deudor.

El procedimiento de mediación prevé que, una vez convocados, los acreedores estarán obligados a asistir a la reunión, a salvo de los casos en los cuales hubiesen manifestado su aprobación u oposición a la propuesta de acuerdo, dentro de los diez días anteriores a la celebración de la reunión (art. 237 LC). Para considerar aceptado el acuerdo extrajudicial de pagos que ha sido propuesto, los incisos 1 y 2, del art. 238 LC (incisos 1.º y 2.º) disponen:

1. Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:
  - a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que pudiera

verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236.

2. Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario, el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido.

Por contra, si el plan es rechazado, y el deudor continúa en situación de insolvencia, el mediador concursal deberá solicitar, de forma inmediata, la declaración de concurso ante el juez competente. La Ley reconoce, además, la posibilidad de impugnar el acuerdo cuando algún acreedor no hubiese sido convocado, o no hubiera votado a favor del acuerdo y este hubiese sido aprobado tras alcanzarse el porcentaje legal de votos necesarios; así como en los casos en los que el acreedor se opone en los términos establecidos en el art. 237.1 LC<sup>11</sup>. Cabe destacar, además, que otra de las facultades que la Ley otorga al

---

<sup>11</sup> Nos encontramos, por lo tanto, ante el caso concreto en el cual el acreedor que hubiera recibido la convocatoria de reunión, decidiese no asistir o no manifestase su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la celebración de la misma; en este caso, esos créditos se calificarán como subordinados en el caso que fracase la negociación y se declare el concurso de acreedores del deudor.

mediador concursal, es la de supervisor encargado de verificar el cumplimiento efectivo del acuerdo, una vez adoptado; ya que, en caso de incumplimiento, deberá instar la declaración judicial de concurso del deudor insolvente. Este extremo sugiere, nuevamente, su intervención directa en el conflicto, para derivar la cuestión a la vía judicial, cuando proceda. Desde este punto de vista, las partes parecen ostentar un tímido papel en las negociaciones, en contra de lo que sucede en la mediación de la Ley 5/2012; en la cual son éstas las que representan el papel principal a lo largo de todo el procedimiento. De este modo, y en lo que respecta a la mediación concursal, nos encontramos ante un procedimiento eminentemente reglado, en el cual la posición fuerte parece recaer sobre el propio mediador, el cual ostenta la posición de negociador sobre el plan de pagos presentado, dejando en un segundo plano la presencia de las partes en conflicto.

#### **4 EL MEDIADOR Y SU ROL EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN**

Al hablar de la mediación, en general, resulta imprescindible hacer referencia a los sujetos que en ella intervienen y que no sólo vienen representados por aquellos que acuden a este procedimiento para hacer valer sus intereses (las partes en conflicto), sino que también, y muy especialmente, procede destacar el rol del mediador, como garante de las reglas y principios que rigen este proceso.

Por una parte, cuando nos referimos a la figura del mediador que nos describe la Ley 5/2012, debemos tener en cuenta es que no se trata de una persona semejante al Juez o al Árbitro, sino que su tarea se circunscribe, básicamente, en procurar el respeto entre las partes y en intentar que éstas lleguen a un acuerdo sin intervenir activamente en las decisiones que decidan adoptar<sup>12</sup>. Aquí, el mediador se nos muestra como una persona absolutamente imparcial, sin ningún interés en el conflicto que se le presenta, pero sujeto a un sistema de deberes y responsabilidades que ha de cumplir. El mediador descrito en esta Ley 5/2012, puede ser una persona natural o jurídica (aunque en los casos en los que interviene una persona jurídica, se ha de designar a un mediador persona natural, que reúna los requisitos que establece la Ley). Para ejercer sus funciones, es necesario que el mediador acredite méritos académicos que confirmen sus conocimientos en mediación. Es decir, que la persona susceptible de ser designada como mediadora, ha de tener titulación oficial universitaria o de formación profesional superior; además de contar con formación específica que le permita ejercer como mediador, y que, en la práctica, se traduce, generalmente, en formación superior

---

<sup>12</sup> No obstante, y como veremos a continuación, existen algunas excepciones a esta regla general, como es el caso del mediador concursal, cuya figura parece perder parte de su imparcialidad, asemejándolo a otras figuras como el árbitro.

acreditable (como bien puede ser un máster o posgrado especializado en mediación y métodos alternativos de resolución de conflictos)<sup>13</sup>. El hecho de ejercer la función de mediador exige, como también sucede con la profesión de abogado, de la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, para hacer frente a las posibles responsabilidades en las que incurra el mediador en el ejercicio de sus funciones.

Como ya hemos mencionado, las tareas del mediador de la Ley 5/2012, se circunscriben, básicamente, a procurar el acuerdo entre las partes, sin intervenir en las decisiones que éstos adopten. De este modo, el mediador ha de dedicarse a facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, velando además porque dispongan del asesoramiento y la información suficientes sobre el tema. En esencia, ello supone su forma de ayudar al éxito del procedimiento, ya que su conducta deberá ser activa en todo momento, procurando el acercamiento de las partes, pero sin influenciar sobre su toma de decisiones. La Ley le reconoce, además, la posibilidad de renunciar a su cargo (art. 13.4 LMACM), siempre que entregue un acta a las partes, en la cual conste su renuncia y los motivos que le han llevado a tomar esta decisión (como pueden ser los casos en los que se aprecien circunstancias que afectan a su imparcialidad como mediador). De hecho, se le viene exigiendo que revele cualquier circunstancia que le impida acometer la tarea que le ha sido encomendada, en cumplimiento del deber de independencia en sus actuaciones. En lo relativo a la responsabilidad del mediador, esta circunstancia descansa en el hecho de que el mediador está obligado al cumplimiento del encargo que se le ha encomendado, y que no es otro que el de ejercer su tarea de mediador con total independencia, imparcialidad y neutralidad, pudiendo incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados en caso de no obrar así. En este sentido, la Ley 5/2012 reconoce al perjudicado el derecho de interponer acción directa contra el mediador y, si procede, contra la institución de mediación, por el nombramiento de ese mediador, o por el incumplimiento de sus obligaciones; y sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a esta institución frente al mediador persona natural por sus actuaciones (art. 14 LMACM).

En definitiva, y como podemos observar, nos encontramos ante un cargo completamente imparcial, aunque más cercano al conflicto de las partes, que aquella que podemos observar cuando la controversia se deriva a un Tribunal de Justicia; y ello es debido, principalmente, a que la propia naturaleza de este procedimiento extrajudicial así lo prevé.

---

<sup>13</sup> Es menester puntualizar que no nos encontramos ante una profesión exenta de control o cuya formación quede al libre albedrío de los centros de formación, sino que estas enseñanzas regladas presentan un cierto control por parte del Ministerio de Justicia y de las Administraciones Públicas (art. 12 LMACM).

Mención aparte merece el caso concreto del **mediador concursal**, ya que en este caso en particular la figura del mediador parece extenderse más allá de las funciones propias de este cargo, no sólo por su intervención durante el proceso concursal, en el cual incluso es el encargado de presentar el plan de pagos que centrará las negociaciones entre las partes, sino porque también puede ser nombrado administrador concursal cuando la mediación no prospere. Este hecho añade una cierta complejidad a la definición de mediador, pues la naturaleza jurídica que ostenta en este caso en particular, lo aleja del concepto clásico de mediador<sup>14</sup>.

Cuando nos referimos al mediador concursal, hemos de tener en cuenta que se trata de un cargo pensado para una situación muy concreta (el proceso concursal), y cuya presencia se circunscribe, como hemos puntualizado anteriormente, a los casos de acuerdo extrajudicial de pagos. Si bien el mediador concursal presenta similitudes con la figura que describe la Ley 5/2012 (como su deber de guardar confidencialidad de la información conocida durante el procedimiento de mediación), en otros aspectos su figura resulta más discutible<sup>15</sup>; como lo demuestra el hecho de que el propio mediador puede pasar a ejercer otras funciones impropias de la mediación como tal, pudiendo así ostentar el cargo de administrador concursal si las negociaciones no prosperan y se declara el concurso consecutivo. El hecho de que una misma persona sea capaz de ostentar dos cargos distintos sobre el mismo asunto, parece alejarse de la necesidad de independencia y confidencialidad que se espera, necesariamente, de un mediador.

Por más que el legislador haya optado por considerarlo la persona más idónea para gestionar *a posteriori* ese mismo caso tras la declaración de concurso consecutivo, debido a los conocimientos que ha adquirido durante el proceso de mediación, no parece adecuado derivar esa tarea en la misma persona que, en teoría, debiera permanecer ajena a la situación del insolvente y sus acreedores, una vez finalizado su rol como mediador (como sí sucede con la situación del mediador para asuntos civiles y mercantiles, que nos describe la Ley 5/2012). El hecho de nombrar al mismo mediador como administrador concursal, excede de las tareas que le han sido encomendadas, tomando parte en un procedimiento posterior, en el cual, y ateniéndonos a la definición y funciones propias de un mediador independiente, ya no debería intervenir (arts. 242 LC). Por este motivo, algunos juristas consideran que, en realidad, no nos encontramos ante un auténtico mediador, sino ante una concepción totalmente distinta, con funciones propias, que lo

---

<sup>14</sup> No han faltado autores que han considerado que, en este caso concreto, la figura del mediador queda "distorsionada"; en concreto, Castillejo Manzanares, 2013, p. 33.

<sup>15</sup> Véanse, entre otros, Casanueva Tomás, 2014; Orozco Barquín, 2015, p. 66-67; Tallens Seguí, 2014, p. 328.

alejan de la definición de mediador<sup>16</sup>, y lo acercan a la del negociador. De hecho, y de acuerdo con el art. 242.2.2.<sup>a</sup> LC, en el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal que le han sido asignadas.

En otro orden de las cosas, a parte de la controversia que se suscita en torno a las funciones propias del mediador concursal, conviene destacar que otro de sus matices distintivos, guarda relación con su formación específica para el cargo que le ha sido encomendado. Desde esta perspectiva, y en lo relativo a los requisitos para ser nombrado mediador concursal, la Ley exige que éstos reúnan las condiciones establecidas en la Ley 5/2012, y además que, o bien ostenten la condición de abogado en ejercicio con más de cinco años en el ejercicio de la profesión; o bien, acrediten formación especializada en materia concursal; o que sean economistas, titulados mercantiles o auditores de cuentas con más de cinco años de experiencia profesional y especializados en procedimientos concursales<sup>17</sup>. Cabe observar que del mismo modo que sucede en la mediación sobre otros asuntos, en la mediación concursal también se exige una formación específica y amplia sobre esta materia en concreto, para garantizar así la profesionalidad del mediador que ha de intervenir en el procedimiento y, por extensión, para ganar la confianza de las personas que se someten voluntariamente a ella. Pero en el caso del mediador concursal, la faceta de “psicólogo” que se espera de un mediador propiamente dicho, se deja a un lado, para atender a la vertiente puramente económica que se deriva irremediablemente, de un proceso de estas características.

---

<sup>16</sup> Como bien sostiene Merino Espinar (2015, p. 182-183): “Si analizamos el contenido de su función, fácilmente concluiremos que este nuevo ‘mediador’, poco tiene en común con el papel de mediador; entendido este con los requisitos de la Ley 5/2012, sometido al código de conducta europeo para mediadores. El mediador en sentido estricto solo tiene encomendada la función asesora de las partes, ayudándoles a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por ellas, sin que pueda decidir sobre la cuestión, rigiéndose por los principios de neutralidad, imparcialidad, voluntariedad, confidencialidad, eficacia, buena fe y transparencia. Atendiendo al cometido y facultades del mediador concursal, resulta evidente que no encaja con este concepto. Nos encontramos ante una figura nueva, híbrida entre el mediador y el árbitro”.

<sup>17</sup> De acuerdo con la Ley Concursal, una vez nombrado el mediador concursal, el registrador mercantil o el notario, comunica el nombramiento, mediante certificación o copia remitida a los registros públicos competentes, para que realicen una anotación preventiva en la correspondiente hoja registral (art. 233.3 LC). Por su parte, el registrador deberá comunicar de oficio la apertura de las negociaciones de pago extrajudicial al juez que ostente la competencia para declarar el concurso de acreedores, a la par que ordena la publicación del nombramiento y las negociaciones en el Registro Público Concursal. En lo relativo a las comunicaciones, la Ley Concursal también exige que el registrador o el notario realicen la preceptiva comunicación de esa situación a la Agencia Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, con independencia de que sean acreedores del deudor. En esa comunicación, se han de hacer constar los datos identificativos completos de ese deudor y del mediador. De igual modo, se comunicará el nombramiento al representante de los trabajadores, cuando lo haya, otorgándoles así su derecho a personarse como parte en el procedimiento.



Una vez que el mediador concursal ha aceptado el cargo, recordemos que entre las funciones que la Ley Concursal le otorga, también está la de comprobar la existencia y cuantía de los créditos que se reclaman, convocando a una reunión al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el propio deudor, y que puedan resultar afectados por el acuerdo que se adopte en sede de mediación<sup>18</sup>. Esta tarea refleja otra de las diferencias más destacables entre el mediador civil y el concursal, ya que es el propio mediador quien comprueba la existencia de las deudas reclamadas, que serán objeto de negociación en el ulterior proceso de mediación. De este modo, el mediador, y posible administrador concursal, conocerá en primera persona la situación económica del empresario insolvente, renegociando por éste el pago de las deudas pendientes frente a sus acreedores concursales.

En conclusión, y analizando el proceso específico de mediación concursal, observamos como el mismo se nos presenta desde un trasfondo eminentemente económico, que obliga al mediador concursal a tener más conocimientos de economía y gestión empresarial, que de cualquier otras especialidad propia de un mediador que ha de procurar mantener, por encima de todo, el diálogo fluido y respetuoso entre las partes en conflicto<sup>19</sup>. Desde nuestro punto de vista, la figura del mediador, tanto del que recoge la Ley 5/2012, como el propio de la legislación concursal, presenta, como característica común, su intervención a modo de garante de las negociaciones extraprocerales entre las partes, las cuales han de ser capaces de adoptar un acuerdo que sirva para cerrar la controversia que les ha llevado a esa situación. Sin embargo, no conviene obviar, no obstante, que desde la perspectiva de la mediación concursal, el perfil del mediador no parece responder a la idea preconcebida que encontramos en la ley 5/2012, sobre el mediador civil y mercantil, al presentar funciones y conocimientos propios de un negociador o intermediario del sector empresarial o bancario.

## 5 CONSIDERACIONES FINALES

La naturaleza de la mediación se nos viene mostrando de forma muy distinta a la hora de analizarla desde la perspectiva propia de la mediación civil y mercantil de la Ley 5/2012, de 6 de julio, y desde el punto de vista de la mediación concursal, de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Mientras la mediación en el ámbito civil y mercantil de la Ley 5/2012, viene representada a modo de un proceso extrajudicial de resolución de conflictos intersubjetivos

---

<sup>18</sup> En cualquier caso, es menester matizar que la Ley excluye de esta reunión a los acreedores de Derecho público.

<sup>19</sup> En este sentido, y a diferencia del mediador concursal, hemos podido observar como el mediador civil presentaba un perfil más cercano a un psicólogo, lo que le permitía analizar la conducta de las personas que se sometían a la mediación y, por extensión, las técnicas óptimas para procurar el diálogo entre ellas, en igualdad de condiciones.



en distintas materias propias de estas ramas del Derecho; permitiendo así someter a ella un gran número de controversias sobre temas diversos, y en el cual adquiere mayor relevancia la negociación de las partes a lo largo de las sesiones, y el rol independiente del mediador (el cual no tiene influencia sobre los acuerdos que las partes adoptan); en la mediación concursal, por el contrario, la materia susceptible de someterse a ella se limita a los acuerdos extrajudiciales de pago, en un momento previo a la declaración judicial del concurso. A ello cabe añadir el rol particular del mediador concursal, como nos lo demuestra el hecho de que sea precisamente él quien ha de presentar la propuesta de pago a las partes que se someten a la mediación (art. 236 LC).

En consecuencia, podemos afirmar que, en realidad, la mediación concursal se encuentra alejada de la idea de mediación propiamente dicha, pasando a representar una suerte de negociación extrajudicial de pagos, en la cual ese “mediador-negociador” adquiere un rol activo en las negociaciones, para procurar un acuerdo extrajudicial que evite las consecuencias que se derivarían de la declaración judicial de concurso. Sin embargo, no podemos obviar que, a pesar de sus remarcables diferencias, la finalidad de la mediación concursal presenta caracteres comunes con la mediación propia de los asuntos civiles y mercantiles, ya que por encima de todo, el legislador ha buscado la simplificación del procedimiento y la rápida resolución del conflicto, procurando una solución rápida, a modo de pacto resolutorio de la controversia. Esta simplificación procedimental es, en definitiva, la quintaesencia de todo proceso de mediación.

## REFERENCIAS

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalia. El concurso consecutivo. En: BOLDÓ RODA, Carmen (Dir.) **La mediación en asuntos mercantiles**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

BARONA VILAR, Silvia. Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español: de la Directiva 2008/52 al Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: ESPLUGUES MOTES, Carlos; PALAO MORENO, Guillermo (Ed.). **Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum a José Luis Iglesias Buhigues**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

BOLDÓ RODA, Carmen. El acuerdo extrajudicial de pagos. En: BOLDÓ RODA, Carmen (Dir.) **La mediación en asuntos mercantiles**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CASANUEVA TOMÁS, Jorge. El desarrollo reglamentario de la figura del mediador concursal. **Revista de Derecho VLex**, Barcelona, n.º 122, 2014.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. La figura del mediador concursal en el “acuerdo extrajudicial de pagos”. En: **Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos**, Santiago de Compostela, Ed. Círculo Académico de Estudios Jurídicos, n.º 1, 2013.

LARENA BELDARRAIN, Javier. Consideraciones generales sobre la mediación civil y mercantil, a propósito de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: ABEL LLUCH, Xavier (Coord.). **Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables**. Barcelona: Bosch, 2014.

MERINO ESPINAR, María Belén. Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el registro de la propiedad. **Revista de Derecho Civil**. Almería, n.º 1, 2015.

MORCILLO JIMÉNEZ, Juan Jesús; ÁLVAREZ TORRES, Manuel; GIL VALLEJO, Beatriz. **Mediación civil y mercantil**. Madrid: Dykinson, 2013.

OROZCO BARQUÍN, Consuelo. La segunda oportunidad y el mediador concursal. En: **Escritura Pública**, Madrid, Ed. Consejo General del Notariado, n.º 94, 2015.

PASTOR SEMPERE, Carmen. Acuerdos extrajudiciales: naturaleza jurídica, contenido y efectos. En: BOLDÓ RODA, Carmen (Dir.) **La mediación en asuntos mercantiles**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

PÉREZ GURREA, R. La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, Madrid, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, n.º 745, Septiembre 2014.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, San Lorenzo de El Escorial, Ed. Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina”, n.º 46, 2013.

TALENS SEGUÍ, Jacinto. La mediación en el ámbito mercantil. En: MARTÍN MOLINA, Pedro B.; LOPO LÓPEZ, María Antonia; CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José

María del (Coord.). **El procedimiento concursal en toda su dimensión**. Madrid: Dykinson, 2014.

VERNENGO PELLEJERO, Nancy Carina. Mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: **Asesoramiento y habilidades profesionales del abogado**: especial consideración a la mediación, arbitraje y conciliación. Barcelona: Bosch, 2014.

Submissão em: dezembro de 2016  
Pareceres favoráveis em: março de 2017



# **#panamapapers: ¿dónde deben pararse el Estado, la Justicia, los medios de comunicación y la sociedad ante la mayor filtración de documentos confidenciales de la historia?**

PABLO SCHIAVI\*

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor de Información Pública y Protección de Datos Personales; Profesor del Taller Teórico-Práctico sobre Protección de Datos Personales en Salud “E Salud”; y del Taller Teórico-Práctico sobre Protección de Datos Personales tributarios y bancarios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho de la Información y de Investigación y Documentación en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo. Profesor Asistente de “Procedimientos y Recursos Administrativos” del Máster de Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo. Profesor en Derecho Público III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Secretario de Redacción de La Justicia Uruguaya, Revista Jurídica. Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Diplomado Internacional en Dirección y Gestión de Cooperativas de Ahorro y Crédito por el Instituto de Desarrollo Cooperativo (I.D.C.) y la Confederación Alemana de Cooperativas (D.G.R.V.). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro Titular de la Asociación Derecho Público del Mercosur. Coordinador de Estudios de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters. Coordinador Nacional por Uruguay de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP). Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). Ex-Asesor del Auditor Interno de la Nación (2006-2010), Auditoría Interna de la Nación (A.I.N). Asesor del Contador General de la Nación (2010- al día de hoy), Contaduría General de la Nación (C.G.N.) del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad.

No tenemos dudas de que **hay un antes y un después de #panamapapers** en Uruguay y en el mundo globalizado e hiperinformado en el que vivimos en la actualidad.

**Nunca antes en la historia de la humanidad**, las personas que habitamos este planeta tuvimos tanta y tan variada información en nuestro poder.

**Y nunca antes accedimos tan fácil y rápidamente** en forma universal y gratuita a información de todo tipo sin ningún tipo de restricción.

Todo lo cual se potencia hasta límites inimaginables desde hace un tiempo por **el uso y abuso de las redes sociales** donde cualquier noticia u opinión de cualquier persona, se “viraliza” en segundos y no impone estar actualizados segundo a segundo, minuto a minuto de lo que pasa en el país y en el mundo.

Quizás hasta **#panamapapers**, con su antecedente más relevante con **#WikiLeaks**<sup>1</sup>, toda esa información era de acceso público por esencia, ya por tratarse de información que los Estados y los Gobiernos deben publicar en el marco de las nuevas leyes de transparencia y de rendición de cuentas democráticas, o por tratarse también, y esto como parte también del fenómeno de las redes sociales, de información puramente personal y hasta íntima que nosotros mismos, usuarios de las distintas redes, “**compartimos**” **minuto a minuto**, en las mismas: fotos personales, fotos de amigos, fotos de niños, fotos de hijos, videos, imágenes, que libremente y gratuitamente las cargamos alimentando y

---

<sup>1</sup> **WikiLeaks** es una organización mediática internacional sin ánimo de lucro, que publica a través de su sitio web informes anónimos y documentos filtrados con contenido sensible en materia de interés público, preservando el anonimato de sus fuentes. Fundador: Julian Assange. Fundación: 4 de octubre de 2006, Islandia. **Fuente: Wikipedia.**

retroalimentando a gigantes como **Facebook**<sup>2</sup>, **Twitter**<sup>3</sup>, **Linkedin**<sup>4</sup>, **Instagram**<sup>5</sup>; **WhatsApp Messenger**<sup>6</sup> y muchas más.

De esta forma llegamos a extremos de mirar con rareza o preguntarnos ¿qué le pasa a aquella persona que no tiene ninguna red social?, hemos escuchado en reuniones de amigos, de compañeros, preguntas como: “¿le pasará algo que no tiene **Facebook**?”; o más, dejar de lado a aquellos amigos o familiares que no forman parte de los famosos grupos en **WhatsApp Messenger**.

Lo que lleva a preguntarnos si hoy en día **existe la privacidad como se entendió siempre**, si se puede seguir hablando de “**vida privada**” en su concepción original y tradicional, o quizás prehistórica, **cuando todos nuestros “amigos” de Facebook; “seguidores” de Twitter saben al instante** donde estamos, con quien estamos, que estamos haciendo, y hasta incluso como nos sentimos (“me siento feliz con...”; “estoy triste por...”), todo lo cual compartimos con un mundo más real que nuestra propia vida cotidiana.

**#panamapapers** no es un hecho aislado de los nuevos paradigmas de la comunicación y de la información del mundo actual.

Es un paso más hacia la definitiva **caída de la privacidad y de la confidencialidad** no sólo de nuestras “vidas privadas”, sino ahora y por el contenido de la información filtrada, de nuestra información confidencial tradicionalmente regida por secretos bancarios, tributarios o profesionales.

---

<sup>2</sup> Facebook es un sitio web de redes sociales creado por Mark Zuckerberg y fundado junto a Eduardo Saverin, Chris Hughes y Dustin Moskovitz. Originalmente era un sitio para estudiantes de la Universidad de Harvard. **Fuente: Wikipedia.**

<sup>3</sup> Twitter es un servicio de microblogging, con sede en San Francisco, California, con filiales en San Antonio y Boston en Estados Unidos. Twitter, Inc. fue creado originalmente en California, pero está bajo la jurisdicción de Delaware desde 2007. **Fuente: Wikipedia.**

<sup>4</sup> LinkedIn es un sitio web orientado a negocios. Fue fundado en diciembre de 2002 y lanzado en mayo de 2003, principalmente para red profesional. Fue fundada por Reid Hoffman, Allen Blue, Konstantin Guericke, Eric Ly y Jean-Luc Vaillant. **Fuente: Wikipedia.**

<sup>5</sup> Mas informaciones disponibles en: <<https://www.instagram.com/>>.

<sup>6</sup> WhatsApp Messenger es una aplicación de mensajería multiplataforma que te permite enviar y recibir mensajes sin pagar por SMS. WhatsApp Messenger está disponible para iPhone, BlackBerry, Windows Phone, Android y Nokia, y todos esos dispositivos pueden comunicarse del uno al otro! Debido a que WhatsApp Messenger usa el plan de datos que ya tienes para email e internet, no hay un coste adicional por enviar mensajes y mantenerte en contacto con tus amigos.

Además de aprovechar de la mensajería básica, usuarios WhatsApp pueden crear grupos, y enviar entre ellos un número ilimitado de imágenes, videos y mensajes de audio. Fuente: <<https://www.whatsapp.com/?l=es>>.

Ahí está el gran quiebre. Y ahí es donde debemos parados. Con estas reflexiones no pretendemos entrar en el estudio de las sociedades offshore, si están bien o mal, si su funcionamiento es ético o no; si sirve para algo publicar los nombres y apellidos de quienes tienen esas sociedades off-shore, sino por el contrario queremos tratar de acercarnos a la caída definitiva de paradigmas o “tótems” en cuanto al acceso restringido o confidencial de determinadas informaciones.

En nuestra cuenta personal de Twitter nos preguntábamos: *¿Dónde deben pararse el Estado, la Justicia y la sociedad ante la mayor filtración de información confidencial de la historia?* ante el fenómeno de #panamapapers. No crean que en estas líneas vamos a encontrar las respuestas, seguramente van a surgir nuevas y complejas interrogantes.

No me imagino a un profesor de derecho, a un abogado o a un contador explicándoles a sus alumnos o a sus clientes los alcances de “el secreto bancario”; el “secreto tributario” y “el secreto profesional” después de #panamapapers.

*¿De qué secretos estamos hablando? Siguen existiendo ¿”el secreto bancario”; el “secreto tributario” y “el secreto profesional” después de #panamapapers? ¿O tendremos que repensarlos y arrancar de nuevo?*

En mi carrera de abogacía siempre nos enseñaron que una ley se deroga por otra en un Parlamento legítimamente constituido e integrado; nunca nos explicaron (quizás nunca se lo imaginaron) que **toda la legislación nacional e internacional sobre secretos bancario, tributario y profesional iba a ser arrasada y dismantelada en segundos por un tsunami impredecible y de impactos globales como fue #panamapapers.**

Sin dudas los nuevos paradigmas de la comunicación/información son parte de #panamapapers, lo que nos obliga a replantearlos, cuál es el equilibrio entre lo público y lo confidencial, si todavía existe.

El primer mensaje llegó por correo electrónico y de forma anónima hace más de un año: “Hola. Aquí John Doe. ¿Les interesan unos datos?”. “Muy interesados”, le respondió el periodista del diario alemán *Süddeutsche<sup>7</sup>Zeitung* Bastian Obermayer. “Hay un par de condiciones. **Mi vida corre peligro**”, advirtió entonces la fuente, le confirmó a BBC Mundo el también periodista de ese periódico Frederik Obermaier. “Lo único que no podemos comentar en qué idioma se produjo la conversación original”, se disculpó

---

<sup>7</sup> Disponible en: <<http://www.sueddeutsche.de/>>.



Obermaier, uno de los miembros del equipo de investigación que recibió los llamados Panamá Papers, la mayor filtración de documentos confidenciales de la historia<sup>8</sup>.

Efectivamente, a lo largo de varios meses el periódico recibió más de 11 millones de documentos pertenecientes a **una de las compañías más reservadas del mundo, la firma panameña Mossack Fonseca**. Los documentos –que involucran a 12 jefes de Estado actuales y pasados y más de 60 de sus familiares, además de todo tipo de personalidades políticas y deportivas– demuestran como las personas adineradas y poderosas usan los **paraísos fiscales para ocultar su riqueza**, en operaciones que a veces se utilizan para el lavado de dinero y la evasión de impuestos<sup>9</sup>.

Efectivamente, en los meses que siguieron, los documentos fueron creciendo hasta superar los **2.6 terabytes de información, en 11,5 millones de documentos** del bufete de abogados panameño Mossack Fonseca. Los mismos abarcan un período que va desde la década de 1970 a la primavera de 2016 e involucran a 214.000 entidades diferentes<sup>10</sup>.

*PanamaPapers* o **papeles de Panamá** es el nombre dado por los medios de comunicación a una **filtración informativa de documentos confidenciales de la firma de abogados panameña Mossack Fonseca**, a través de una entrega de 2,6 terabytes de información por parte de una fuente no identificada al periódico alemán *Süddeutsche Zeitung*,<sup>2</sup> que posteriormente compartió con el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, revelando el ocultamiento de propiedades de empresas, activos, ganancias y evasión tributaria de jefes de Estado y de gobierno, líderes de la política mundial, personas políticamente expuestas y personalidades de las finanzas, negocios, deportes y arte<sup>11</sup>.

Confidencialidad o reserva, sinónimos de información de acceso restringido, propio de actividades o relaciones entre clientes y profesionales que difícilmente luego de este tsunami puedan volver a catalogarse como tal.

**Vivimos en un mundo de la información y de la comunicación donde todo es posible y donde todos los límites, las barreras y las restricciones, hasta hace unas horas existentes e infranqueables**, son virtualmente arrasadas y desconocidas,

<sup>8</sup> Disponible en: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405\\_economia\\_internacional\\_tecnologia\\_panama\\_papers\\_filtracion\\_mossack\\_fonseca\\_suddeutsche\\_informacion\\_encryptada\\_lb](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_economia_internacional_tecnologia_panama_papers_filtracion_mossack_fonseca_suddeutsche_informacion_encryptada_lb)>.

<sup>9</sup> Disponible en: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405\\_economia\\_internacional\\_tecnologia\\_panama\\_papers\\_filtracion\\_mossack\\_fonseca\\_suddeutsche\\_informacion\\_encryptada\\_lb](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_economia_internacional_tecnologia_panama_papers_filtracion_mossack_fonseca_suddeutsche_informacion_encryptada_lb)>.

<sup>10</sup> Disponible en: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405\\_economia\\_internacional\\_tecnologia\\_panama\\_papers\\_filtracion\\_mossack\\_fonseca\\_suddeutsche\\_informacion\\_encryptada\\_lb](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_economia_internacional_tecnologia_panama_papers_filtracion_mossack_fonseca_suddeutsche_informacion_encryptada_lb)>.

<sup>11</sup> Disponible en: <[https://es.wikipedia.org/wiki/Panama\\_Papers](https://es.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers)>.

en segundos por nuevas tecnologías que permitan hackear y acceder a bases de datos privadas para compartir con todos nosotros lo que antes era imposible e impensado, porque está claro que no cualquier hackea una base de datos y menos la de un estudio de abogados como éste.

Porque no hay dudas de que el punto de partida de todo esto es el acceso no permitido ni consentido a una base de datos o servidores privados no públicos que contenían información confidencial o reservada.

De ahí que hablemos de filtración informativa. La **filtración informativa** es una práctica que consiste en la entrega de documentación personal, secreta o información privilegiada a los medios de comunicación para que estos la difundan y poder así generar un efecto ya sea de denuncia, político, económico o de mero escándalo. Las filtraciones informativas han servido tanto para exponer las malas prácticas gubernamentales (Caso Watergate en Estados Unidos, informes filtrados a WikiLeaks, etc.) hasta para arruinar la reputación de una persona u organización identificada en muchas ocasiones como *adversaria* por quien entrega la información. Similar al espionaje recopila información confidencial de forma no consentida, pero a diferencia del mismo no usa como ventaja el secreto sino la publicidad de la información. No se recomienda su práctica entre los profesionales de las relaciones públicas<sup>12</sup>.

“Fue un hackeo” dijo Ramón Fonseca, uno de los fundadores de Mossack Fonseca, dijo que su bufeteo sufrió filtración interna, sino que fue hackeado. El abogado panameño le dijo a la agencia Reuters que se trató a un robo de documentos hecho por “hackers externos” y no a una filtración por parte de sus empleados. Agregó que la firma ya presentó una denuncia ante la fiscalía local por el robo de documentos. “Tenemos una teoría”, declaró. “Descartamos el trabajo interno, no es un *leak* (filtración). Es un ataque”, dijo<sup>13</sup>.

**“La fuente no quería recompensa económica ni ninguna otra cosa a cambio, excepto algunas medidas de seguridad”**, explican en un artículo publicado en el *Suddeutsche Zeitung* Obermaier y sus colegas. Pero para poder procesar la inmensa cantidad de información, el diario alemán compartió los documentos con el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ<sup>14</sup>, por sus siglas en inglés), lo que permitió que un equipo de cerca de 400 periodistas de 107 medios de comunicación de 76

<sup>12</sup> Disponible en: <[https://es.wikipedia.org/wiki/Panama\\_Papers](https://es.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers)>.

<sup>13</sup> Disponible en: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405\\_economia\\_internacional\\_tecnologia\\_panama\\_papers\\_filtracion\\_mossack\\_fonseca\\_suddeutsche\\_informacion\\_enscriptada\\_lb](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_economia_internacional_tecnologia_panama_papers_filtracion_mossack_fonseca_suddeutsche_informacion_enscriptada_lb)>.

<sup>14</sup> Disponible en: <<https://www.icij.org/>>.

países, incluida la BBC, trabajaran con los archivos. Millones de correos electrónicos, contratos, transcripciones y documentos escaneados componían el grueso de la información suministrada.<sup>15</sup>.

El Consorcio internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ), con sede en Washington, publicó el domingo una serie de documentos confidenciales supuestamente vinculados a la firma legal panameña Mossack Fonseca, que denuncian la existencia de paraísos fiscales utilizados por ricos y poderosos de todo el mundo. Según estos reportes, líderes y altos funcionarios de todo el mundo presuntamente utilizaron compañías *offshore* y cuentas secretas para ocultar miles de millones de dólares<sup>16</sup>.

ICIJ y una coalición internacional de medios investigaron más de **11 millones de documentos que supuestamente revelan una red clandestina que involucra a decenas de líderes y famosos**, incluidos algunos allegados al presidente de Rusia Vladimir Putin, a la vez que denuncia lazos de negocios entre un miembro del comité de ética de la FIFA y los hombres acusados de corrupción. Los millones de documentos, que datan desde hace cuatro décadas, estarían conectados con la firma legal panameña Mossack Fonseca. El consorcio de periodistas reporta que la firma ayudó a establecer compañías fachada y cuentas en el extranjero para jugadores globales<sup>17</sup>.

Los documentos no necesariamente indican actividad ilegal, pero las compañías fachada y cuentas en paraísos fiscales pueden ser usadas para encubrir el origen de transacciones financieras y a quién pertenecen las compañías. Los documentos incluyen personas y compañías que Estados Unidos ha puesto en la lista negra debido a vínculos con narcotráfico y terrorismo, según el consorcio<sup>18</sup>.

Dijo Ramón Fonseca durante una entrevista:

Somos una compañía que tiene casi 40 años y nunca hemos sido acusados formalmente de nada. Nos dedicamos a hacer estructuras legales y luego las vendemos a intermediarios como bancos, abogados, contadores o fiduciarios y ellos tienen sus clientes con quienes nosotros no interactuamos ni

---

<sup>15</sup> Disponible en: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405\\_economia\\_internacional\\_tecnologia\\_panama\\_papers\\_filtracion\\_mossack\\_fonseca\\_suddeutsche\\_informacion\\_encriptada\\_lb](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_economia_internacional_tecnologia_panama_papers_filtracion_mossack_fonseca_suddeutsche_informacion_encriptada_lb)>.

<sup>16</sup> Disponible en: <<http://cnnespanol.cnn.com/2016/04/04/las-7-cosas-que-debes-saber-sobre-los-panama-papers/#0>>.

<sup>17</sup> Disponible en: <<http://cnnespanol.cnn.com/2016/04/04/las-7-cosas-que-debes-saber-sobre-los-panama-papers/#0>>.

<sup>18</sup> Disponible en: <<http://cnnespanol.cnn.com/2016/04/04/las-7-cosas-que-debes-saber-sobre-los-panama-papers/#0>>.

conocemos. No somos responsables sobre cómo manejan esas estructuras o lo que quieran hacer con ella. Hemos formado más de 240.000 compañías a través de nuestra historia y la gran mayoría de ellas con propósitos legítimos. Claro, hay algunas que se terminan usando para actividades ilegítimas pero esa no es nuestra responsabilidad porque no somos los que la administramos, no actuamos en su nombre.

Dijo la empresa en un comunicado<sup>19</sup>:

Nuestra industria no es entendida particularmente bien entre el público, y desafortunadamente esta serie de artículos sólo harán esa confusión más profunda. Los hechos son estos: mientras pudimos haber sido víctimas de una filtración de datos, nada de esto sugiere que hemos hecho nada ilegal, y eso es mantener la reputación global que hemos construido en los 40 años que hemos hecho negocios de la forma adecuada, aquí en Panamá. Claro, a nadie le gusta que le roben su propiedad, y haremos lo que sea para asegurarnos que los culpables sean llevados ante la justicia.

**¿Cómo se obtuvieron los documentos?** Una fuente anónima le dio los documentos al periódico Süddeutsche Zeitung de Alemania, y el periódico los compartió con el consorcio de periodistas. Otras organizaciones de medios que reportaron sobre los documentos incluyen a la BBC, el periódico The Guardian y McClatchy<sup>20</sup>.

Entonces partiendo de la base de que se trató de un hackeo, de un acceso no autorizado no consentido ni permitido a una base de datos privada accediendo por lo tanto a información confidencial o reservada, produciéndose la mayor filtración de datos confidenciales de la historia, tenemos que necesariamente plantearnos ya sea como Estado, como Justicia, como Medios de Comunicación, como Sociedad como nos reubicamos ante un fenómeno que llegó para quedarse, que no reconoce ningún tipo de límites ni de fronteras, que ignora instituciones gubernamentales y que creemos que no será el último.

Está claro que este mundo hiperinformado e hiperconectado no reconoce mayores límites a la privacidad y a la confidencialidad, más tratándose de presuntos negocios o actividades ilegales tales como fraude fiscal, lavado de activos entre otros.

La transparencia adquiere entonces una nueva dimensión y pasa a alcanzar no sólo a las informaciones públicas en poder de los Estados y de los Gobiernos, sino que va mucho más allá, ya que se transforma en un concepto global de transparencia internacional que

---

<sup>19</sup> Disponible en: <<http://cnnespanol.cnn.com/2016/04/04/las-7-cosas-que-debes-saber-sobre-los-panama-papers/#0>>.

<sup>20</sup> Disponible en: <<http://cnnespanol.cnn.com/2016/04/04/las-7-cosas-que-debes-saber-sobre-los-panama-papers/#0>>.

no reconoce fronteras ni límites territoriales ni tampoco el carácter privado de bases de datos privadas o de informaciones confidenciales o secretas que se obtenían en relaciones profesionales, bancarias o tributarias, cuando en principio encubran negocios o actividades ilícitas.

Y tratando de contestar nuestras preguntas, sobre si puede el Estado impedir este fenómeno, seguramente le será imposible, aunque creemos que al menos podrá intentar regularlo con nuevas legislaciones pero teniendo presente que **la viralidad y la velocidad de nuestra sociedad hiperinformada no espera largas discusiones parlamentarias que hoy en día se han tornado obsoletas.**

**¿Qué hará la Justicia ante todo esto?** Sencillamente le estalló una bomba generada por millones de documentos confidenciales –a los cuales se accedió sin consentimiento ni de sus titulares ni del propio Poder Judicial– que revelarían presuntas actividades ilícitas y que necesariamente obligaran a los Jueces y a las Facultades de Derecho a repensar los libros y libros que se han escrito sobre medios de prueba y su validez en los procesos judiciales.

**¿Y los medios de comunicación?** Es muy complejo para los medios de comunicación este nuevo escenario que se plantea ante #panamapapers. Por muchos motivos y razones que impiden dar hoy una única respuesta. Partiendo del hecho de como se accedió a esta información, las famosas “fuentes” ya no son las de antes ni tampoco la información que le van a facilitar a los medios. No me imagino aquellos charlas de café entre periodista y su fuente después de esto. Y que hacen los medios cuando acceden a más de 11 millones de documentos privados y confidenciales que informan sobre presuntas actividades ilícitas y vinculan a famosos de todos los ámbitos sea como presidentes, políticos, cineastas, empresarios, futbolistas entre otros. Imposible no difundir esa información. Ahora bien, ¿hay límites para difundirla? ¿los medios de comunicación deben guardar reserva sobre la identidad y confidencialidad de la información? ¿O por el contrario deben difundir todo? ¿Existe diferencias en la valoración de las personas si se trata de personas públicas o no? ¿O el honor de las personas está por encima de todo?

El honor y la dignidad humana de cada uno están por encima de todo. O por lo menos hasta ahora entendemos que fue así. Está claro que en esta investigación estos principios quedaron de lado y fueron arrasados por el tsunami de la información.

Y que puede hacer la sociedad y los ciudadanos ante todo esto. Imposible de responderlo ya que creemos que estos fenómenos forman parte de nuestras vidas, y que cada vez nos

acercamos más, si es que ya no llegamos, al fin de la vida privada y al carácter privado de nuestras actividades personales profesionales, comerciales o laborales.

Submissão em: janeiro de 2017  
Pareceres favoráveis em: abril de 2017

A C A D Ê M I C O S  
E C O S





**Materialismo Histórico e Processo: arguição da  
tese de doutoramento do Mestre Marcello Grilo,  
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São  
Paulo, 17 de junho de 2016**

PAULO FERREIRA DA CUNHA\*

---

\* Doutor em Direito. Catedrático de Direito. Professor da Fmu (*Laureate International Universities*), bols. da Funadesp na Fadis, Fundador do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Fdup, membro do Comitê *ad hoc* para a Corte Constitucional Internacional. Prêmio Jabuti de Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

Saudamos o Presidente da Banca, Professor Alysson Mascaro, e na sua pessoa os demais Caros Colegas da mesa, assim como os Professores e Estudantes e demais público presente. E cumprimento também o candidato, desejando-lhe as maiores felicidades para estas provas.

É sempre um prazer e uma honra voltar à Universidade Mackenzie, escola prestigiada dentro e fora do Brasil, e honra redobrada, se nos permitem, porquanto nos foi há anos conferido o título de professor honorário desta casa. Não sabemos até, por consequência, se a indicação de examinador externo no edital desta Banca estará, ao menos sentimental e honorificamente, correta.

A tese apresentada pelo candidato Marcelo Grillo não foi para mim uma *surpresa*, pois já temos colaborado, de há anos (e deu-me até o gosto de várias estadas de estudo em Portugal, na última das quais cursando o meu curso de Filosofia Política), e conheço as predileções do seu espírito vivo e inteligente. Mas, trouxe-me algumas *surpresas*, e umas tantas interrogações. Além de que aprendi muitas coisas. Será sobretudo sobre essas dúvidas e associações de ideias e autores e obras que nos propomos falar, depois de umas breves considerações gerais.

Alguns dos temas mais interessantes suscitados pelas teses que valem a pena (cada vez mais teses há que melhor fora se não foram...) residem nas questões de fundo, metodológicas e até deontológicas com que sabem provocar-nos.

Não fugiu esta tese a essa regra. O primeiro problema que se nos levantou, ao começar a analisá-la, tem uma dimensão metodológico-ideológica, se assim lhes podemos chamar.

Já lá vai o tempo em que algumas universidades obrigavam os candidatos a membros, a um juramento sobre dogmas teológicos, pois, sendo considerados os estudantes e os professores membros ao menos simbólicos do estamento clerical, haveriam de estar afinados pelo diapasão da ortodoxia. Ora, apesar de até mesmo, pelo mundo fora, haver universidades públicas que deveriam, por definição, ser laicas e pluralistas em matéria política e outras, a verdade é que o paradigma (ideal ao menos) que preside à imagem de Universidade, nos nossos dias, salvo precisamente (e com todo o direito) alguma instituição que se queira assumidamente confessional ou ideologicamente conotada (e privada, naturalmente, ou pelo menos não ligada ao Estado em que tem as suas instalações), é da mais ampla diversidade. Mesmo a figura do *cappo di scuola* se tornou um tanto ridícula, assim como mesmo a figura do mestre que quer *épater le bourgeois*, como o Prof. Von Turpin<sup>1</sup>, de David Lodge, é duplamente ridículo.

Por isso, numa Universidade Presbiteriana, é de saudar muito uma tese como esta, manifestando assim uma sã convivência a todos os títulos de louvar. Isso é, na prática, pluralismo, e *Uni-diversidade*.

Um empreendimento doutrinal como este comporta até alguma coragem, dados os ares dos tempos, e só por isso merece respeito. Se há lugar em que o simples juízo da moda (o julgamento de Paris, diria Agatha Christie, num texto que suscitou o interesse de Gombrich) não deve ter curso é a Universidade. E resta saber se não há uma atualidade renovada, até das “previsões” de Marx, o qual, porém, como bom crítico do socialismo utópico, “não fazia os cardápios para os botecos do futuro”.

## 2 MÉTODO

Comecemos então por duas questões fundantes de algum modo.

A primeira é de organização. Já não é a primeira vez que em provas académicas, aqui no Brasil, somos confrontado com inquietações sobre movimentos históricos e periodologia. Penitenciamo-nos por lhe não haver oferecido precisamente o nosso recente artigo nos “Quaderni Fiorentini...” *Retóricas do Iluminismo, Direito e Política*, que nos foi de algum modo inspirado pelas questões suscitadas por uma banca que em estivemos, na Universidade Federal de Minas Gerais. E outro publicado também não há muito na revista de História da Universidade do Porto, *Dividir a História*. Ambos estão, porém disponíveis na *Internet*.

---

<sup>1</sup> Nota do Editor-Associado: o escritor David Lodge é londrino, nascido a 28 de Janeiro de 1935. Graduado em Literatura na University College London, com doutorado na University of Birmingham. Professor na University of Birmingham até 1987, quando passou a dedicar exclusivamente à arte de escrever. Seus livros são muito publicados em Portugal.

Ora, o problema crucial é compreender melhor a sua organização mental quanto a idades históricas, modos de produção, nascimento do Estado, etc. Sabemos que Jacques Le Goff não nos facilitou a vida ao falar de uma Idade Média enorme, expansiva, que entra até pelo que classicamente se considera ser até Idade Contemporânea (mesmo no séc. XX). Mesmo nesta situação hoje um pouco conturbada, seria útil que nos traçasse brevemente uma panorâmica de referências. Não seria preciso um glossário, como já temos visto agora em teses, claro... Embora para certas teses (não diria que a sua) um glossário, e logo no princípio, faria mesmo falta. Não tem nada a ver com a qualidade das mesmas, mas como o *instrumentarium* conceitual convocado.

Outra das questões de fundo tem a ver com a questão de saber quando começa a haver Direito e o que é pré-direito. Por exemplo, há uma teorização antropológico-jurídica do “pré-direito” que não tem obviamente nada a ver com o que nesta tese se avança.

Ou seja, a questão está em saber o que se poderia chamar, *cum grano salis* e com licença pedida a Kelsen, “a pureza do jurídico”. A primeira pergunta neste domínio seria: quando mesmo começa a haver verdadeira juridicidade, Direito, “forma jurídica”? Certamente estaremos de acordo em muito da caracterização do modo de produção feudal e de uma falta de juridicidade aí. A questão está em que há uma imensa doutrina, com muita erudição (mas sempre poderá dizer-se que *pro domo*: essa discussão é um círculo vicioso), que precisamente criticando também essas “trevas” jurídicas medievais (uma Régine Pernoud nos diria que noutras temáticas o não terão sido – mas esse não é hoje o nosso ponto), pelo contrário considera que o Direito nasceu em Roma. E põem tais teóricos muito empenho nessa afirmação. Sobre isso se escreveram rios de tinta e há, por esse mundo fora, muitos milhares de estudantes que o estudam como verdade apodíctica.

A tal se associam brocardos correntes, como o processo do *ius redigere in artem*, e até uma expressão alemã, o *Isolierung*.

Para um vasto conjunto de autores, romanistas e historiadores e filósofos do Direito, a *Scientia Iuridica* teria sido cunhada em Roma, partir das intuições helénicas, presentes, por exemplo, na obra de Aristóteles, desde logo as *Éticas* (e em especial da *Ética a Nicómaco*), *Tópicos*, *Retórica*, etc., apontando para um corte epistemológico significativo entre justiça geral (moral, religiosa, jurídica) e justiça especial, particular, propriamente jurídica, baseada fundamentalmente no *suum*. O brocardo *justitia est constans et perpetua voluntas (ius) suum cuique tribuere* atestaria essa determinação rigorosa e – nesse sentido – objetiva.

### 3 DOCTRINA E DOCTRINAS

A tese apresentada vai, assim, muito ao arrepio dessas concepções. Trata-se de uma forma de ver as coisas totalmente distinta, que parte de uma *Weltanschauung* de outro continente ou outro planeta de ideias. E aqui o método já começa a evoluir para doutrina.

Relativamente por exemplo ao realismo clássico, que acredita num direito *puro* baseado no pensamento grego, na experiência romana, e na sua reavaliação tomista, diríamos, para retomar um mote conhecido, que está tudo (muito claro na citação de Bilharinho Naves de p. 53, por exemplo) *alles auf dem Kopf stellen* (a p. 116, a descrição do direito medieval parece um pouco a do direito moderno para a outra perspectiva). De cabeça para baixo, ou em espelho (*per speculum*).

Por exemplo, um dos pontos argumentativos fortes é o direito de vida e de morte do *pater familias* sobre os seus (v.g. p. 54 ss.). Ora, precisamente nesse caso não resistimos a contar uma estória divertida, que é o facto de Michel Villey, romanista de formação, ter negado categoricamente esse dogma. Ofereceu publicamente uma garrafa de champanhe a quem lhe provasse que realmente teria existido. Ao cabo de bastantes anos, Yan Thomas levou-lhe um texto, e beberam juntos. Mas, foi apenas um texto que seria de algum modo marginal... A prova teria sido insuficiente, ténue, frouxa... Não por demérito de Thomas, mas pela realidade em si mesma.

E, portanto, afigura-se-nos que, apesar de esta tese ter como chave uma outra matriz ideológica (alguns diriam, com Barthes, que esta outra se encontrará exdenominada... mas *c'est la vie*), teria sido muito proveitoso criticar ou desconstruir essa outra perspectiva. Porque não podemos correr o risco, em matérias tão importantes, de ficar com dois discursos paralelos, que não dialogam. Jamais vi nos escritos dos autores que defendem o nascimento no Direito em Roma (Stamatios Tzitzis<sup>2</sup> diz mesmo que foi na Grécia já) uma posição contrária a essa, como a defendida pela presente tese. Apenas paira uma ideia de ausência de informação em muitos, e lacuna, que eles viriam preencher. Seria então uma oportunidade para polemizar.

Não pelo agonismo em si mesmo, mas porque o observador não especializado pode pura e simplesmente aderir a uma ou a outra das teses pela simples sorte ou azar de ter sido aluno ou ter lido algo de uma ou outra das orientações. E dizemos isto porque esta tese

---

<sup>2</sup> Nota do Editor-Associado. Ver: STAMATIOS TZITZIS. La naissance du droit en Grèce. In: CUNHA, Paulo Ferreira (Org.). **Instituições de Direito: Filosofia e Metodologia do Direito**. v. I. Coimbra: Almedina, 1998. p. 191 ss. Prefácio de Vítor Aguiar e Silva.

não é, apesar de situada, um exercício de solipsismo. Pelo contrário, dialoga abundantemente com autores de vária orientação. Mesmo as referências frequentes a obras do orientador nos parecem pertinentes, a propósito, e sem aquele servilismo que torna alguém incapaz de maioria acadêmica. Devemos outrossim louvar esse diálogo, privilegiado, tanto mais que, pelo contrário, há teses que parece não terem sequer lido as obras do tema do próprio orientador. O que nos parece no mínimo um tanto estranho, se é que não será, em alguns casos, ao menos uma ténue manifestação da pulsão tanática contra o “pai” científico ou acadêmico.

#### 4 ESTILO E DIÁLOGOS

Aproveitamos para sublinhar desde já o equilíbrio da tese entre a forma e o fundo, não apenas pela estrutura, como pela recusa da erudição massiva (sem a qual alguns creem que se não teria trabalhado o suficiente) e da extensão esmagadora. Cremos que o importante numa tese é que a dimensão e a expressão se adaptem à mensagem, com uma dimensão nem máxima nem mínima, mas simplesmente ótima. E é o que aqui ocorre. Sempre se poderiam apontar obras que faltam, porque a bibliografia é uma Biblioteca de Babel. Mas o importante é a identificação com o paradigma de tese, que nos parece conseguido cabalmente.

Passemos agora a algumas obras com que gostaríamos (idealmente) que tivesse dialogado.

Pensamos logo a p. 33 em Baudrillard, *Para uma crítica da economia política do signo* e em Marcel Mauss. *Ensaio sobre a dádiva* (na verdade, sobre o dom). Lisboa: Edições 70, 1989.

Na n. 21 da p. 27 recordámos Arnold Hauser, *História social da Arte*, e Pierre Francastel, *Pintura e Sociedade*.

Logo no início da p. 28, era inevitável pensar na mais que clássica *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen (que alguns poderão considerar uma das apoteoses do pensamento capitalista, enquanto outros uma perfídia judaico-socialista) e a sua metáfora do rei Midas jurídico, que transforma em forma jurídica tudo aquilo em que toca, o que de outro modo seria expresso por Jean Giraudoux, em *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, quando retrata a mentalidade do jurista ao classificar um pombo a voar como “um imóvel por destinação”.

Na p. 31, pensamos que o direito pode ser também uma fachada, ou um puro verbalismo, e que algum “progressismo” idealista pode não passar de mimetismo verbal, exdenominação barthiana ou aquele “debruçar-se para o Povo” (que não se pode confundir com “opção de classe”) de que fala Hervé Bazin em *La mort du petit cheval*.

Na p. 38, depois de ler a citação de Jappe, recordamos que há um autor que desenvolve tese semelhante, embora em clave tradicionalista: Carlos Eduardo Soveral, *A Nostalgia de Hesíodo*.

Por volta de p. 40, sentimos a falta do diálogo com Michel Villey e seus estudos sobre o direito subjetivo, e, numa perspetiva certamente próxima da do doutorando, do nosso saudoso Professor de Coimbra, Orlando de Carvalho, e do seu livro *Teoria Geral da Relação Jurídica - seu sentido e limites*.

Na p. 41 pensamos que Pachukanis seria completado por Antonio-Carlos Pereira Menaut, Professor de Santiago de Compostela, que considera que é bem melhor ter um Ferrari Testarossa que ter meramente direito a um Ferrari Testarossa. Cremos porém que é uma fonte não publicada, só acessível pela tradição oral...

Na p. 51 recordamos, *mutatis mutandis*, Tunkin, para o Direito Internacional. Grigory I. Tunkin. *Droit international public: problèmes théoriques*. Paris: Pedone, 1965, p. 126. E nessa mesma página, em nota, teria gostado de ver citados mais historiadores do Direito, desde logo Nuno Espinosa Gomes da Silva, Mário Júlio de Almeida Costa, e os brasileiros, claro.

Na p. 58 recordamos Nicos Poulantzas, *Nature des choses et droit*, e na p. 61 a obra de Ganshoff e a de Le Goff sobre o feudalismo. Cita de facto este último por exemplo a p. 69, n. 124, mas ele tem obras bem mais perturbadoras das nossas certezas particulares (com periodizações com que não concordamos, mas é uma enorme autoridade...) Quando a p. 68 parece absolutizar o papel do “soberano” na “ordem medieval”, não pode deixar de pensar em muita bibliografia que o contraria, desde logo o artigo na revista “Nomos” de Afonso Botelho, *Monarquia, poder conjugado*.

Na p. 60, cremos que sobre o *Ius* é fundamental a monografia – *Ius. Derectum (Directum)* – da autoria de outro saudoso Professor de Coimbra, Sebastião Cruz, que aliás cita, mas no manual. É um dos mais preciosos e elegantes trabalhos histórico-jurídicos que tivemos ocasião de ler. Por outro lado, haveria que pensar na questão da religião em Roma, que era, em grande medida uma religião civil, como se pode ver, desde logo, no clássico *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges. É interessante como apresenta a Igreja Católica como “instituição religiosa secular” a p. 71. O que realmente pretende dizer? Refere-se à alegada *laicidade cristã* (a separação das coisas de Deus das de César), afirmada por uns (Villey, Lauand, etc.) e negada por outros (Louis Rougier, por exemplo)? No limite, a questão é de saber quão religiosas (e quão políticas) as religiões podem ser.

Na p. 70, estranhamos a ausência da célebre carta de Engels a Joseph Bloch, de 21-22 de setembro de 1890. Confesso que ficamos surpreendido (ignorância nossa) com a associação entre Engels e Kautsky que aparece na p. 71.

Na p. 76 talvez tivesse sido interessante ter lido o que Joana de Aguiar e Silva escreveu sobre o assunto, na obra coletiva da Almedina, *História do Direito*, em que participa.

Assim como seria proveitoso o alargamento das fontes da n. 136 da p. 78.

Por volta da p. 87 e depois na p. 94 e mais tarde ainda, e a propósito da questão da cientificidade do direito *vs.* o direito como arte, recordamos Von Kirchmann e a sua *A Jurisprudência não é ciência*, assim como Innerarity, *A Filosofia como uma das belas Artes*. Estamos na verdade convencido de que o Direito hoje tem apenas uma retórica legitimadora científica, não sendo, em si, uma ciência. Mas também haveria de discutir-se a própria cientificidade da ciência... E portanto, se a esta tirarmos a carapaça de saber certo, etc., então conceder-se-ia a cientificidade jurídica. Mas a questão é importante na economia da argumentação do doutorando...

Na p. 120, não pudemos deixar de lembrar *Interesse Público, Legalidade e Mérito* do meu saudoso Mestre de Coimbra, Ehrhardt Soares.

## 5 ALGUMAS OBSERVAÇÕES PONTUAIS

No plano formal, a tese está, como afluamos, bem escrita, e com rigor técnico. Aqui e ali há algumas expressões e fórmulas que obviamente se não diriam em Portugal, mas isso é uma evidência. Deixamos aos meus colegas brasileiros o julgamento dessa questão, que para nós foi sobretudo um prazer linguístico.

Achamos deliciosas fórmulas que não usamos em Portugal correntemente, como *data venia* (88), *haja vista* (33), *fazer necessário* (35) *jungido a* (42) *talqualmente* (v.g. p. 80), *cediço* (86), *perquirir* (90), *primígena* (95) *medievo* (116 – em Portugal usa-se *cremos* que mais como adjetivo, não substantivo), etc. Não diríamos por exemplo “de maneira *lato sensu*” (49) mas só *lato sensu*. Nem “enquanto que” (p.34) que lembra *pendant que*. Estranhamos o “subscrive Marx” de p. 28, e a falta de “Edições” como edição da editora do livro de Bloch na p. 62, n. 107. Tanto no Brasil como em Portugal achamos que a fórmula “implementar” (p. 68) é um estrangeirismo... Notas puristas...

Pessoalmente, escreveríamos *Direito*, *Direito Romano*, *História*, *Iluminismo*, *Modernidade* etc. com maiúscula. Estamos tentando aprender o léxico brasileiro culto... Faltam alguns itálicos em livros, sobretudo nas citações.



## 6 ALGUMAS QUESTÕES CONCRETAS

1. No parágrafo final da p. 28: o mundo atual parece ser dominado pelas Finanças. Haverá assim uma mercadoria só com valor (sem uma materialidade qualquer, ainda que cultural ou espiritual...)?
2. Na p. 39, ficou-nos a dúvida de em que sentido se faz a oposição objetivo / subjetivo. Para os romanos, como se sabe, o objetivo é a *res*, a *ipsa res justa*, não o direito normativo, o texto ou a sua mensagem, nele contida.
3. Na p. 45 *et passim*, afigura-se-nos que o mercantilismo de que fala não será a corrente historicamente com esse nome, mas mais a *mercantilização* e até mesmo a *coisificação* ou *cousificação* que vem a ter no neoliberalismo a sua apoteose numa *teologia do mercado*. Será isso?
4. Na p. 46, p. 47 *et passim*, gostaríamos de ver mais claramente explicitada (e não tão reiterativamente afirmada, quiçá) a determinação em última instância pela forma mercadoria.
5. Na p. 50, usa a expressão “críticos”. Considera-se um crítico? A pergunta justifica-se porque aparentemente teria sido uma palavra que se esperava haver-se repetido mais na tese. Ou será que está a distanciar-se desses falsos críticos de que fala já Luís Alberto Warat, em prefácio a uma obra de Luiz Fernando Coelho?
6. Na p. 55, não podemos deixar de perguntar como avalia o direito contemporâneo e mesmo o processo atual à luz dessa perspectiva religiosa, mítica, simbólica. Escrevemos um artigo que a tal alude que nos penitenciamos de lhe não ter oferecido: *Processo penal, rito e magia. Desafios de ontem e de hoje*. No nosso próximo livro, *Crimes & Penas*, largamente voltamos ao tema... Nessa mesma página nos perguntamos se a forma jurídica tem de ser exclusiva de um modo de produção. Isso, evidentemente nos levaria a que, no socialismo, realmente acabariam o Estado, o Direito e os juristas? Como se sabe, houve polémicas interessantíssimas sobre isso, mesmo na antiga URSS. Falo um pouco disso no meu livro *Geografia Constitucional*<sup>3</sup>, e no volume em homenagem ao Prof. Dr. Francisco Rezek.

---

<sup>3</sup> Nota do Editor-Associado: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia constitucional*: sistemas juspolíticos e globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009.

7. Na p. 61, estranhamos o uso de “formação social”. A expressão não deveria ser usada apenas para sociedades concretas x, y, z e não para modos de produção?

8. Não se terá lembrado o doutorando de mediação, arbitragem e conciliação, que são afinal promessas de futuro no presente (ou voltas ao passado?) na referência a Michel Foucault na p. 64? E quase no fim da tese, na p. 157, algo nos alerta para que terá talvez uma teoria sobre essas novas movimentações. Aliás, teria sido interessante desenvolver um pouco mais o que refere no final desta página, a última antes da conclusão.

9. Quais os detalhes a que se refere no segundo parágrafo da p. 65?

10. Cremos que poderia explicar as razões porque não partilha das perspectivas metodológicas referidas nas notas 119 da p. 66 e 131 da p. 72?

11. Da mesma forma como clarifica a diferença entre “marxista” e “marxiano”, que estão pelo menos já a p. 121 e 123, mas só explica (embora seja do domínio comum dos especialistas) na nota 259 da p. 134, também não seria de explicar a diferença entre “económico” e “economicista”? E na p. 69 é mesmo economicista que quer dizer?

12. O que entende por “validação abstrata de um direito natural” (p. 69)?

13. Diz ser facto histórico que “O Estado não se afirmou no nascimento do capitalismo” (p. 75). Há muitos persuadidos precisamente do contrário, tendo havido até em Portugal uma polémica que remete para a questão. Poderia explicitar?

14. Por que a escolha da palavra “subsunção”, que tem conotação lógica, na expressão “subsunção real do trabalho ao capital”? (p. 93 *et passim*).

15. Forma jurídico-processual universal só no modo de produção capitalista? (p. 93) Nos países do chamado “socialismo real” o que faria as suas vezes? Ou ainda eram (são?) capitalistas?

16. Como se passa da inevitabilidade da circulação de mercadorias para o monopólio da coação pelo Estado – seria de explicitar mais o que se refere nas pp. 101-102 (v. também inevitabilidade a p. 106).

17. Concordaria que a prevalência privatista no capitalismo mesmo sobre o constitucional (p. 145) também emerge na pedagogia do direito e sua epistemomaquia? Designadamente na luta pela formação da mentalidade dos juristas, logo nas cadeiras de introdução ao direito?

18. Uma questão final, de um tema que pessoalmente nos é muito caro.

A p. 110 ficou claro para nós uma estratificação temporal de um direito romano que para o doutorando não era ainda direito, e um direito capitalista, que seria o direito propriamente dito. Nós temos dito de outra forma, e a partir de outros pressupostos, mas com algumas confluências notáveis: primeiro, um paradigma de direito objetivo (por isso não há em Roma direitos subjetivos, há a *actio* que polariza a normatividade, etc.), depois, um paradigma de direito subjetivo (burguês, capitalista, da Modernidade e da Contemporaneidade até ver). Mas se, como recorda, aliás, citando Edelman (p. 136, n. 267), até a liberdade e a igualdade neste contexto são instrumentos da ordem meramente privatista, então, invocando todo o legado de Eligio Resta, Michelle Carducci, aqui no Brasil Ayres Britto, e muitos mais, perguntaria se não poderia existir um novo paradigma futuro, designadamente, um direito fraterno, ou outro nome que se lhe dê, de superação dos dois paradigmas anteriores.

E como seria o processo num horizonte (utópico, mas possível) de fraternidade e não de uma juridicidade entre a espada da feudalidade e a balança do comércio de mercadorias?

Foi, como sugeri já, muito proveitoso ler esta tese, em que muitas coisas esquecidas foram recordadas, algumas problematizadas, e certas certezas postas em causa. O diálogo começa agora em forma oral, de onde se espera nasça sempre mais luz para todos.

Submissão em: novembro de 2016  
Pareceres favoráveis em: fevereiro de 2017



N O R M A S T É C N I C A S  
D E P U B L I C A Ç Õ E S



- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço [estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br](mailto:estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br) com cópia para [eltondx@hotmail.com](mailto:eltondx@hotmail.com), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpi. 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](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