



# SOBRE ÉTICA, POLÍTICA E DIREITO

Paulo César Nodari  
David Mendieta González  
Organizadores



Universidad<sup>®</sup>  
de Medellín  
Ciencia y Libertad

# **Sobre Ética, Política e Direito**

Organizadores

**Paulo César Nodari**  
**David Mendieta González**

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**

*Presidente:*

José Quadros dos Santos

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**

*Reitor:*

Evaldo Antonio Kuiava

*Vice-Reitor:*

Odacir Deonísio Gracioli

*Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:*

Juliano Rodrigues Gimenez

*Pró-Reitora Acadêmica:*

Nilda Stecanela

*Diretor Administrativo-Financeiro:*

Candido Luis Teles da Roza

*Chefe de Gabinete:*

Gelson Leonardo Rech

*Coordenadora da Educs:*

Simone Côrte Real Barbieri

**CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS**

Adir Ubaldo Rech (UCS)

Asdrubal Falavigna (UCS) – presidente

Cleide Calgaro (UCS)

Gelson Leonardo Rech (UCS)

Jayme Paviani (UCS)

Juliano Rodrigues Gimenez (UCS)

Nilda Stecanela (UCS)

Simone Côrte Real Barbieri (UCS)

Terciane Ângela Luchese (UCS)

Vania Elisabete Schneider (UCS)

# Sobre Ética, Política e Direito

## Organizadores

### **Paulo César Nodari**

Possui graduação em Filosofia (Bacharelado e Licenciatura) pela Universidade de Caxias do Sul (1991), graduação em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1994), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998) e doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004), com período sanduíche na Universidade de Tübingen, Alemanha. Atualmente é professor Adjunto III na Universidade de Caxias do Sul. Foi professor no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Caxias do Sul (PPGED-UCS). É professor no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul (PPGFIL-UCS). É professor no Programa (Mestrado e Doutorado) de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDIR-UCS). Tem experiência nos seguintes temas: ética, liberdade, direitos humanos, paz, antropologia, educação. De 02/2011 a 07/2011, Pós-Doutoramento, em Filosofia, em Bonn (Alemanha).

### **David Mendieta González**

Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín y editor de la revista **Opinión Jurídica**. Medellín, Colombia. *E-mail*: dmendieta@udem.edu.co; davidmendieta.gonzalez@hotmail.com ORCID: 0000-0002-6944-6815



© dos organizadores

**Revisão:** Ivone Polidoro Franco

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
UCS – BICE – Processamento Técnico

S677 Sobre ética, política e direito [recurso eletrônico] / org. Paulo César Nodari, David Mendieta González. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2020.  
Dados eletrônicos (1 arquivo)

ISBN 978-65-5108-005-0

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Ética. 2. Ciência política. 3. Direito. I. Nodari, Paulo César. II. Mendieta González, David.

CDU 2. ed.: 17

Índice para o catálogo sistemático:

1. Ética	17
2. Ciência política	32
3. Direito	34

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária  
Michele Fernanda Silveira da Silveira – CRB 10/2334

Direitos reservados à:



**EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul**

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197

Home Page: [www.ucs.br](http://www.ucs.br) – E-mail: [educs@ucs.br](mailto:educs@ucs.br)

## Sumário

<b>Prefácio .....</b>	<b>7</b>
Odair Camati	
<b>Apresentação.....</b>	<b>11</b>
Paulo César Nodari	
<b>1 Conhecimento e moralidade em John Stuart Mill .....</b>	<b>16</b>
Jayme Paviani	
<b>2 Rousseau e Kant: teóricos do contrato social .....</b>	<b>26</b>
João Carlos Brum Torres	
<b>3 Alain Touraine e o desafio da transição no mundo contemporâneo .....</b>	<b>50</b>
Itamar Soares Veiga	
<b>4 Moral e princípio da imputação em Kelsen .....</b>	<b>70</b>
Mateus Salvadori	
<b>5 Significado e interpretação no Direito: uma crítica ao positivismo de Hart.....</b>	<b>82</b>
Lucas Mateus Dalsotto	
<b>6 O programa Bolsa-Família e os direitos fundamentais sociais à saúde, à educação e à assistência na visão de Rawls.....</b>	<b>100</b>
Cleide Calgaro, Agostinho Oli Koppe Pereira, Paulo César Nodari	
<b>7 Recurso Extraordinário n. 627.189/SP: princípio da precaução e ética precaucional em face da redução dos campos eletromagnéticos .....</b>	<b>113</b>
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, Allana W. Ariel Dalla Santa, Gabriel Henrique da Silva	
<b>8 El buen vivir y la protección del Derecho a la alimentación de los niños y niñas de las comunidades indígenas en Colombia: un estudio de caso a partir de la situación del pueblo Wayúu.....</b>	<b>128</b>
Olga Cecilia Restrepo Yepes, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo	
<b>9 Razón pública y defensa del rio Atrato. Sentencia T-622, de 2016.....</b>	<b>169</b>
John Fernando Restrepo Tamayo, Juan Esteban Aguilar Pineda, Daniel Castaño Zapata	

<b>10</b>	<b>La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa: un logro alcanzado ante la Corte Constitucional .....</b>	<b>186</b>
	David Mendieta González, Alejandro Giraldo-Henao	
<b>11</b>	<b>América Latina: una reflexión sobre su condición histórica.....</b>	<b>210</b>
	Alfredo Restrepo Ruiz	

## Prefácio

Odair Camati\*

A discussão em torno da relação entre Ética, Direito e Política se faz cada vez mais necessária e urgente. Com isso, não pretendo dar um caráter fatalista às reflexões que seguem, mas apenas mostrar como é salutar discuti-las tanto no âmbito acadêmico quanto nas relações sociais, políticas e econômicas do dia a dia de nossa vida. Pretendo discutir duas razões que podem justificar essa afirmação inicial e que convidam o amigo leitor a se aprofundar nas reflexões presentes neste livro.

A primeira razão é o descrédito induzido pelas instituições jurídico-políticas. Obviamente, não estou propondo uma análise ingênua de tais instituições, pois está bastante claro que existem problemas, e que analisá-los criticamente também é uma tarefa das ciências humanas. Mas, por outro lado, tais instituições são fundamentais para a forma de vida que desenvolvemos desde a modernidade. Essa ideia já está presente em Rousseau: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado de toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes” (ROUSSEAU, 2017, p. 23-24).

Dessa forma, parece-me mais adequado desenvolver uma reflexão no sentido de atualizar e reformar as instituições político-jurídicas e, não simplesmente, eliminá-las. Trabalhar no sentido de destruir as instituições soa irresponsável porque coloca em risco os valores da liberdade e da igualdade, arduamente conquistados durante muitos anos. Revitalizar as instituições significa trazê-las de volta ao cenário cotidiano das pessoas, fazendo com que todos os cidadãos possam delas participar ativamente.

Há um grande sentimento, verdadeiro em muitos sentidos, sobre o distanciamento que as decisões políticas têm tomado da vida concreta das pessoas. Quanto mais isso se agrava, menos as pessoas buscam participar ativamente da política. Aqui refiro-me também à política partidária, fundamental para o modo como as nossas democracias estão constituídas. Esse

---

\* Realiza estágio Pós-Doutoral pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul (UCS).



distanciamento permite que soluções “mágicas” ou que agentes políticos travestidos de “salvadores da pátria” possam surgir e ganhar espaço político. Parece que o mundo tem se dado conta dos perigos que esses agentes podem representar às nossas comunidades humanas.

Não há uma solução pronta e definitiva para esse problema. Entretanto, entendo que dois caminhos sejam necessários: um primeiro trata da recuperação pública das instituições no sentido de pensar no seu papel e na sua finalidade. Com isso, seria possível perceber sua necessidade e relevância à vida diária das pessoas; um segundo caminho, não menos penoso, é a reaproximação das pessoas dos centros de decisão política, ressaltando que a democracia não sobrevive sem tal participação.

Os dois caminhos se cruzam e se interconectam, pois, na medida em que as instituições respondem às necessidades das pessoas, essas sentirão a obrigação de contribuir para o desenvolvimento das próprias instituições. Tudo isso nada mais significa do que a reafirmação das palavras de Rousseau acerca do exercício da liberdade: “Renunciar à sua liberdade é renunciar à sua condição de homem, aos direitos da humanidade, e até mesmo aos próprios deveres” (2017, p. 19).

Uma segunda razão sobre a relevância do presente livro está relacionada à forma como as discussões éticas têm sido travadas no espaço público. É como se a Ética fosse uma virtude de pessoas heroicas e que, por isso, está atrelada àquilo que cada sujeito, em particular, considera como o mais adequado a ser feito. Logicamente, a ética depende das decisões individuais, mas não se reduz àquilo que cada um considera como correto. O que pretendo discutir, nestas poucas páginas, é a objetividade que deve permear os juízos morais e, conseqüentemente, as relações políticas.

Rawls é o autor de referência nesta discussão, pois apresenta uma concepção de justiça tendo como ponto basilar dois critérios – liberdade e igualdade – que não podem ser rejeitados por pessoas racionais e razoáveis; assim, se coloca acima de simples decisões individuais. Não farei uma exposição detalhada da teoria, porque isso o leitor encontrará no presente livro. O ponto sobre o qual me interessa refletir, neste momento, é a viabilidade de uma teoria moral-política que não se ancora em premissas relativistas.

Rawls se propõe mostrar que, diante do fato do pluralismo, é possível afirmar que uma configuração de valores pode ser considerada como preferível

diante das demais, ao menos para as nossas sociedades democráticas. Para dar conta desse objetivo, o filósofo americano desenvolve uma teoria de cunho neocontratualista, como afirma: “Uma visão contratualista afirma que certos princípios seriam aceitos em uma situação inicial bem definida” (2016, p. 19).

A posição original rawlsiana, responsável por fornecer os princípios de justiça, deve estar de acordo com as “nossas convicções ponderadas acerca da justiça” (RAWLS, 2016, p. 23), ou seja, não está distante daquilo que consideramos justo, de forma ponderada, mas não está restrita somente àquilo que individualmente consideramos moralmente correto. Juízos ponderados são aqueles que, reciprocamente, podem ser afirmados, portanto, transcendem decisões estritamente individuais.

Essa é uma reflexão profundamente necessária, para que nossas sociedades contemporâneas possam entender a necessidade da apresentação de argumentos racionais e razoáveis quando da afirmação de algo como moralmente correto ou incorreto. Nessa esteira, Rainer Forst lembra que a moral exige generalidade e reciprocidade, do contrário, trataria de elementos culturais ou particulares, portanto, impedidos de carregar sobre si mesmos a força normativa da moral.

No fim das contas, ao refletirmos acerca das relações entre Ética, Direito e Política, estamos a pensar na própria democracia. Por mais que esse modelo de organização política possa apresentar problemas, claramente é o que melhor oferece condições de desenvolvimento tanto individual quanto coletivo. Exercer a liberdade em contextos democráticos é uma conquista que merece ser preservada contra qualquer ataque interno ou externo à própria democracia.

As ameaças à democracia estão travestidas de reformas e são reforçadas no momento em que as pessoas sentem que suas contribuições não são relevantes. Novamente, sem buscar um caráter fatalista, parece que estamos diante de um momento que exige uma defesa clara e manifesta dos valores democráticos e dos princípios de justiça apresentados por Rawls, para lembrar: liberdade e igualdade. Como estamos no interior da democracia, o caminho apresentado é a argumentação racional tendo em vista aquilo que melhor pode preservar a forma democrática de viver.

Para ir concluindo, outro ponto de fundamental discussão, dentro do contexto deste livro, é a questão ambiental. Esse problema se coloca tanto em

nível jurídico quanto político e, sobretudo, moral. Trata-se da manutenção das condições de vida humana na Terra, para usar os termos de Hans Jonas. O grande desafio colocado está em equilibrar a manutenção das condições de vida que atualmente possuímos com a preservação ambiental. Com certeza, o leitor encontrará algumas pistas para refletir sobre essa questão.

Sem dúvida, as questões e reflexões apresentadas pelo presente livro são imprescindíveis àqueles que estão implicados nas três áreas aqui contempladas: do Direito, da Filosofia e da Política. Em vários momentos, não é possível separar essas áreas, e muitos dos problemas são comuns, apenas com abordagens distintas. Por isso, convido-te a refletir junto com os autores dos textos e a pensar soluções às questões apresentadas.

#### **Referências**

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**. Tradução de Denilson Luís Merle. São Paulo: Boitempo, 2010.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUCRio, 2006.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROUSSEAU, J.-J. **Do contrato Social ou princípios do Direito Político**. Tradução de Maria Constança Peres Pissarra. Petrópolis: Vozes, 2017.

## Apresentação

Paulo César Nodari\*

Com satisfação apresentamos o e-book, intitulado: *Sobre Ética, Política e Direito*. É um texto surgido da parceria entre a Universidade de Caxias do Sul e a Universidade de Medellín. Enseja-se seja este *e-book* o início de uma parceria profícua e renda muitos bons frutos acadêmico-científicos nos anos vindouros.

Este *e-book* é constituído de capítulos escritos por professores e pesquisadores vinculados às Universidades de Caxias do Sul e Medellín. Os trabalhos, aqui capitulados, são fruto de pesquisas dos referenciados pesquisadores, e, não obstante, em alguns casos, são trabalhos e pesquisas ainda não encerrados, ou seja, estão em andamento, tendo como objetivo fulcral o propósito de estreitar laços e o intercâmbio entre pesquisadores de ambas as Instituições de Ensino Superior em questão.

O primeiro capítulo: *Conhecimento e moralidade em John Stuart Mill*, é de autoria do professor Jayme Paviani da Universidade de Caxias do Sul. A crítica metaética mostra que os problemas de moral e de ética estão sempre envolvidos por condições epistemológicas. À luz da análise do livro: *Utilitarismo*, de John Stuart Mill, Paviani busca evidenciar que Mill, em seu texto referencial, deixa entrever alguns aspectos desses enfoques metaéticos, e, por sua vez, ele acaba por oferecer um esboço geral do argumento supracitado.

O segundo capítulo: *Rousseau e Kant: teóricos do contrato social*, de João Carlos Brum Torres da Universidade de Caxias do Sul tem o interesse de propiciar uma leitura comparada das concepções rousseauista e kantiana do conceito de *contrato social*. Brum Torres tece uma diferenciação entre, por um lado, concepções para as quais a única forma normativamente aceitável de legitimidade política pressupõe uma espécie de sistema de identidade real entre povo e soberano, e, por outro lado, concepções diferencialistas e representativistas da relação entre esses termos. A partir das concepções de Rousseau e de Kant, Brum Torres sustenta que o primeiro (Rousseau) deve ser considerado como o fundador do pensamento normativo da política como um

---

\* Doutor e Pós-Doutor em Filosofia. Professor da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

sistema de identidade, e, por sua vez, o segundo (Kant) pode ser visto como tendo estabelecido o paradigma das concepções representacionistas da união civil.

O terceiro capítulo: *Alain Touraine e o desafio da transição no mundo contemporâneo*, de Itamar Soares Veiga da Universidade de Caxias do Sul, trata sobre a reflexão que Alain Touraine, sociólogo francês, faz sobre a passagem da modernidade ao mundo contemporâneo do século XXI. O foco da exposição situa-se no que Touraine denomina de “agentes modernizadores”, principalmente em dois deles: a *nação* e a *empresa*. O desenvolvimento da argumentação mostra que a empresa possui uma determinação mais forte na ultrapassagem das insuficientes pretensões modernas, tornadas anacrônicas. O resultado final indica dois desafios à área do Direito: sua consolidação moderna e a convivência com atores “não sociais”.

O quarto capítulo: *Moral e princípio da imputação em Kelsen*, de Mateus Salvadori da Universidade de Caxias do Sul, à luz da tese geral de que Hans Kelsen não aceita a distinção do Direito com relação à moral a partir dos critérios interioridade (moral) e exterioridade (direito), tem como escopo principal investigar a relação entre Direito e moral e Direito e ciência. Salvadori parte da obra, *Teoria pura do direito*, especificamente, da segunda e terceira partes da obra: que tratam, respectivamente, da relação entre Direito e moral e da relação entre Direito e ciência.

O quinto capítulo: *Significado e interpretação no Direito: uma crítica ao positivismo de Hart*, de Lucas Mateus Dalsotto, tem o objetivo de evidenciar que a *Teoria do Modelo do Critério* está na base do positivismo jurídico de Hart. Intenta-se, também, avaliar de que forma essa teoria cria problemas à ideia amplamente compartilhada de que é possível haver objetividade na interpretação jurídica. Embora Dalsotto não leve à exaustão a análise a respeito desse ponto, a pesquisa busca deixar claras quais são as dificuldades que decorrem da defesa desse tipo de teoria semântica no Direito. O autor busca apresentar o positivismo jurídico, dando especial enfoque à ideia hartiana de textura aberta do Direito, oferecendo, por conseguinte, um pequeno esboço das principais ideias da Teoria do Modelo do Critério e explora a questão de saber em que medida essa tal teoria ameaça a ideia de que a interpretação jurídica pode ser objetiva.

O sexto capítulo: *O programa Bolsa-Família e os direitos fundamentais sociais à saúde, educação e à assistência na visão de Rawls*, de Cleide Calgaro, Agostinho Oli Koppe Pereira e Paulo César Nodari da Universidade de Caxias do Sul, tem como problema verificar se a teoria rawlsiana pode implementar o programa Bolsa-Família e os direitos fundamentais sociais à saúde, à educação e à assistência social no Brasil. À luz de tal questionamento, o texto faz uma análise crítico-social do programa Bolsa-Família e dos direitos fundamentais sociais, em tela, para propor determinadas alternativas como viáveis para minimizar a vulnerabilidade social e a pobreza que assolam o Brasil na atualidade.

O sétimo capítulo: *Recurso extraordinário n. 627.189/sp: princípio da precaução e ética precaucional em face da redução dos campos eletromagnéticos*, de Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, Allana W. Ariel Dalla Santa e Gabriel Henrique da Silva da Universidade de Caxias do Sul, pretende explorar a aplicação do princípio da precaução pelo Poder Judiciário brasileiro, à luz da ética precaucional, ante a demanda pela redução dos campos eletromagnéticos. O objetivo é analisar a aplicação desse princípio pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no recurso extraordinário 627.189/SP, litígio que versa sobre a obrigação, ou não, da concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica Eletropaulo Metropolitana de reduzir o campo eletromagnético das suas linhas de transmissão, considerando os riscos à saúde da população da região oeste da capital paulista, explorando as teorias sobre o princípio da precaução.

O oitavo capítulo: *El buen vivir y la protección del derecho a la alimentación de los niños y niñas de las comunidades indígenas en Colombia: un estudio de caso a partir de la situación del Pueblo Wayúu*, de autoria de Olga Cecilia Restrepo Yepes, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo, da Universidade de Medellín. Esse capítulo é o resultado do projeto de investigação: “*Protección del derecho humano a la alimentación y a la salud de la población inmigrante en Colombia: estudio de caso de la población venezolana en la ciudad de Medellín*”, financiado pela Universidade de Medellín. O capítulo traz algumas ideias centrais acerca de medidas constitucionais e processuais adequadas à proteção do direito à alimentação, à saúde, à vida e à integridade pessoal dos filhos e filhas das comunidades indígenas na Colômbia.

O nono capítulo: *Razón pública y defensa del río Atrato: Sentencia T-622, de 2016*, de John Fernando Restrepo Tamayo, Juan Esteban Aguilar Pineda, Daniel Castaño Zapata, da Universidade de Medellín, tem por objeto identificar de que maneira as condições que exige a teoria liberal de John Rawls para sustentar que o Tribunal Constitucional, enquanto encarna a máxima expressão de ideia da razão pública, tem lugar no conteúdo empregado pela Corte Constitucional da Colômbia no momento de declarar, mediante a Senteça T-622, de 2016, ao rio Atrato, suas bacias e seus afluentes como sujeitos de direito que têm de exigir do Estado e dos associados uma esfera especial de proteção com respeito à sua conservação e cuidado.

O décimo capítulo: *La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa: un logro alcanzado ante la Corte Constitucional*, de David Mendieta e Alejandro Giraldo-Henao da Universidade de Medellín tem como objetivo mostrar que a adoção de crianças por parte de casais de orientação sexual diversa pela Corte Constitucional colombiana, que, de maneira gradual, tem permitido a adoção por parte de pessoas homossexuais (primeiramente de forma individual e logo conjunta), não como um direito do adulto ou dos casais, senão como salvaguarda do direito das crianças de terem uma família. O capítulo tem como objetivo estabelecer e analisar a jurisprudência da Corte Constitucional ateniendo ao tema em questão, a fim de comprovar que as decisões do Tribunal Constitucional mantêm a ênfase na idoneidade física, mental, moral e social do adotante mais que sua orientação sexual, sendo, por conseguinte, um tribunal fiel ao preceito constitucional que prioriza os direitos dos menores acima de qualquer outra consideração.

O décimo primeiro capítulo: *América Latina: una reflexión sobre su condición histórica*, de Alfredo Restrepo Ruiz pretende vincular algumas ideias reflexivas de modo que deem conta de assuntos associados a situações e contextos nos vários momentos da história latino-americana, abordando assuntos desde a época de independências na América Latina e seu papel na construção das identidades americanas (1), também em projetos intelectuais e apostas políticas dos diversos atores nesta construção identitária, finalizando o século XIX e iniciando o XX (2), e, finalmente, na enunciação das principais mudanças ocorridas na América Latina, a partir de 1930, em uma recorrência de diversos eventos dessa época, que representariam à região o surgimento, a

consolidação e o posicionamento de diversos fenômenos populistas nos países (3).

Por fim, cabe sublinhar a relevância desses capítulos pelos temas e reflexões que envolvem as áreas da Ética, da Política e do Direito. Mais uma vez, salienta-se a importância acadêmica, científica e humana da iniciativa dessas Instituições de Ensino Superior (IES). Almeja-se que este primeiro esforço de publicação de algumas das pesquisas de ambas as instituições possa ser a primeira de muitas outras iniciativas e parcerias, que o intercâmbio acadêmico-humano seja profícuo, pródigo e duradouro.

Paulo César Nodari

Caxias do Sul, 25 de fevereiro de 2020.



# 1

## Conhecimento e moralidade em John Stuart Mill

Jayme Paviani\*

Numa perspectiva metaética, é relevante, sob diversos pontos de vista, examinar as relações entre conhecimento e moralidade. Embora as condições epistemológicas da ética sejam quase sempre pressupostas nos estudos de ética e de moral, alias, como as condições ontológicas, é possível explicitar *como* e *quanto* a epistemologia está presente nas investigações morais e éticas. Parece que, contemporaneamente, há uma tendência de mostrar a artificialidade dos limites dos diferentes enfoques disciplinares que servem especialmente ao ensino e, às vezes, até à pesquisa. Por isso, sem ignorar a autonomia da moral e da ética, é possível demonstrar que a análise moral pressupõe determinados conhecimentos, entre outros, de caráter epistemológico, nos estudos morais de John Stuart Mill. Essa tarefa poderia ser examinada em qualquer outro autor, no entanto, devido à importância de Mill no panorama da moral contemporânea, a ela nos restringimos. Assim, os objetivos deste artigo pretendem apresentar as possíveis relações entre epistemologia, moral e ética concentrados nessa direção analítica.

John Stuart Mill (1806-1873), em *Utilitarismo* (1861), desenvolve diversas considerações sobre o que poderíamos chamar de conhecimento moral. São considerações quase sempre implícitas ou pressupostas. Todavia, elas surgem, às vezes, de modo bastante evidente ao leitor atento. Nesse sentido, explicitar o conhecimento como um dos elementos da reflexão é relevante para entender os conteúdos morais e éticos. Sua relevância teórica provém do fato de ser um fenômeno inseparável (apesar de distinto) à análise de seus elementos.

A questão do conhecimento pode ser examinada sob diversos pontos de vista. Desde o *Teeteto* de Platão até as versões contemporâneas, muito se escreveu e debateu sobre as origens, a natureza e a possibilidade do conhecimento. O enunciado de Platão de que o conhecimento é crença

---

\* Doutor em Letras. Professor no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul (PPGFIO-UCS).

verdadeira justificada, comentado especialmente por Russell e Gettier sobre os significados da definição platônica, até as inúmeras análises atuais sobre a justificação epistêmica, as diversas perspectivas de interpretação dão ênfase, ora a um aspecto, ora a outro pronto de vista. Não restam dúvidas de que as análises contribuem para o esclarecimento da questão do conhecimento, apesar dos inúmeros aspectos envolvidos. No entanto, a questão do conhecimento moral, além de específica, envolve, ao mesmo tempo, um duplo domínio de enfoques: o ético e o epistemológico. Em geral, se separa a investigação ética da epistemológica, embora os dois aspectos estejam presentes na investigação do problema. A unidade entre os dois aspectos ganha uma nova dimensão, mesmo que o exame duplo da questão seja ignorado, quase sempre, pela tradição disciplinar. Superado esse costume escolar, abrem-se novas possibilidades de entendimento do fenômeno.

Assim, apesar da abrangência de perspectivas da questão, pretende-se examinar as relações entre o conhecimento e a moralidade sob o ponto de vista de uma das obras de Mill, pois uma investigação mais ampla requer, também, estudos mais abrangentes. Os estudos amplos de um problema como esse nem sempre são possíveis num artigo e nem são necessários para oferecer as bases da questão.

Após mencionar os primeiros princípios da ciência em geral, Mill afirma que toda ação visa a um fim qualquer, e que as regras da ação devem adquirir todo o seu caráter e orientação do fim ao qual estão subordinadas (2005, p. 44). Igualmente, afirma que nossa faculdade moral fornece-nos apenas os princípios genéricos dos juízos morais (2005, p. 45). Portanto, fica em aberto como eles são oferecidos ao entendimento. Desse modo, após mencionar diversas teorias morais e depois de examinar a possibilidade de haver uma lei fundamental capaz de fundar toda a moralidade e, ainda, de afirmar que argumentos utilitaristas são indispensáveis e, ainda, mencionar alguns pontos de vista da teoria ética de Kant, Mill tenta contribuir para a compreensão e apreciação da teoria utilitarista ou da felicidade, oferecendo, para tanto, um tipo de prova (2005, p. 47).

As noções de prova e as dificuldades de provar algo em assuntos de moralidade pressupõem que Mill exponha o que ele entende por utilitarismo. Nesse sentido, ele, como Epicuro e Bentham, liga o utilitarismo ao prazer em si, aliado à ausência de dor (2005, p. 50). Em outros termos, a teoria que aceita

como fundamento da moral a utilidade, ou o princípio da maior felicidade, defende que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, entendida a felicidade e o prazer, a ausência de dor, e por infelicidade, a privação de prazer (2005, p. 50 e 51). É óbvio que alguns tipos de prazer são mais desejáveis do que outros. O conceito de prazer precisa ser esclarecido tendo em vista a qualidade e a quantidade de prazer. Os modos de vida, isto é, os modos de prazer ligados às faculdades superiores humanas são mais condizentes com a noção de felicidade. Segundo Mill, há modalidades superiores e inferiores de vida. Se, de um, é verdade que algumas pessoas optam pelos bens mais próximos, por outro lado, também é verdade que os prazeres intelectuais são considerados melhores do que os prazeres físicos. Essa é uma afirmação que provém de longa tradição e que tem relação com a visão metafísica que sempre deu mais importância à razão do que aos sentidos, embora, hoje, essa tese, em muitos casos, venha a ser contestada.

Essas noções gerais conduzem a diversos problemas específicos. Entre eles, destaca-se a questão do conhecimento moral. Há, portanto, aqui, além de uma questão ética, uma questão epistemológica. Há um pressuposto epistemológico na conduta moral. Na realidade, há, fundamentalmente, uma questão metaética, independentemente de aceitarmos (ou não) a possibilidade de existência de um conhecimento dito moral. Essa questão pode ser formulada nas palavras de Audi, nos seguintes termos: “Uma ação é correta se e somente se contribui, de qualquer modo, na proporção do bem (não moral) para mal (felicidade ou infelicidade, por exemplo) na população relevante (digamos, seres humanos) tanto quanto qualquer alternativa viável (em que os critérios para viabilidade sejam não morais)” (2008, p. 421). Nesse caso, apesar da complexidade da fórmula, o bem deve ser entendido como bem em si ou a verdade ou a falsidade de um julgamento moral ligado à correção de uma ação a ser conhecida como fundamento de fatos em relação à contribuição (ou não) para o conceito de bondade moral. Em outros termos, a correção da ação depende de seus efeitos ou de suas consequências.

Em nota, ao pé da página, Audi diz que “as falhas de maximização em função de não percebermos uma alternativa podem sempre produzir objetivamente uma ação errada, mas podem ou não merecer censura, dependendo da teoria apresentada como desculpa” (2008, p. 421). Dito em

outros termos, na visão dos utilitaristas, uma ação é correta se e somente se contribui para o prazer tanto quanto qualquer alternativa viável para o agente. (2008, p. 421).

Para Mill a questão epistemológica do conhecimento moral consiste em saber as condições de possibilidade do prazer, isto é, da felicidade, sob o aspecto intrínseco. Como podemos responder ao que é o prazer? Sabemos, por exemplo, quando as pessoas, naturalmente, desejam isso para si. Há, nesse caso, um predomínio do coletivo e não apenas do subjetivo. Todavia, aqui reside outra questão: a de saber como se passa de uma ação livre para uma ação normativa. Como seres racionais, a felicidade consiste em querer aquilo que racionalmente é adequado, o que é intrinsecamente bom. Todavia, não se trata de um querer livre e absoluto, sem medir as consequências. Ora, a decisão ética depende da escolha das condições epistemológicas do conhecimento moral, isto é, daquelas condições que nos conduzem ao correto e ao incorreto (*right* e *wrong*).

Para Mill o princípio da maior felicidade e da redução da infelicidade, exposto em sua teoria ética, tem relação com dois elementos constitutivos da vida feliz: tranquilidade e excitação (2005, p. 59). Com mais tranquilidade, as pessoas contentam-se com muito pouco prazer e, com muita excitação, resignam-se a uma quantidade considerável de dor. A análise dessas duas condições humanas, passando pela noção de vício, egoísmo, do significado da expressão cultural do espírito, pelas vicissitudes da fortuna e outras influências, pode-se aprender a viver sem a felicidade ou com o mínimo de felicidade. Nesse sentido, para Mill podemos ter conhecimentos científicos sobre ações corretas. Podemos refletir, analisar, descrever as ações morais. Podemos escolher criteriosamente entre as alternativas a melhor ou a mais adequada. E, em conclusão, essas escolhas são, ao mesmo tempo, morais e epistemológicas. Enquanto a epistemologia examina as condições de possibilidade do conhecimento moral, a moral investiga a natureza ética desse tipo de conhecimento.

Embora seja possível desenvolver outras análises acerca das possibilidades de conhecimento moral, como, por exemplo, na filosofia ética de Kant ou de Hanna Arendt, as relações entre ética e epistemologia são tão reais que separá-las é faltar com a verdade que as constitui. Se a felicidade para o padrão utilitarista reside naquilo que designamos como *correto* ou *incorreto*, é

necessário esclarecer o conceito de norma, conduta ou comportamento reto. Poderíamos, viciosamente, dizer que o correto é aquilo que nos faz feliz, todavia, cairíamos num círculo enganador, sem fundamento racional, sem referência objetiva. Também poderíamos alegar, nos termos dos Evangelhos, que devemos fazer aos outros aquilo que desejamos que eles nos façam. Mill chama isso de “perfeição ideal da moralidade utilitarista” (2005, p. 64). Mas essa concepção não é tão simples. Ela guarda, ao mesmo tempo, um conjunto de elementos que a torna complexa, pois, nesse caso, entra em jogo, além da natureza da moral da escolha, as características epistemológicas daquilo que é escolhido. Passa-se do ser para o dever-ser num único ato.

Independentemente das tentativas de Mill de limpar o conceito de utilitarismo, de torná-lo mais elaborado, de livrá-lo das opiniões comuns, ele parte de uma fundamentação racional. Por exemplo, a sanção externa ou interna do princípio utilitarista sempre tem origem em algo, seja a religião, seja a sociedade, seja outro qualquer motivo. Portanto, o conhecimento moral do correto e do incorreto, não propriamente do certo e do errado, depende da capacidade racional humana, isto é, da faculdade de reflexão, de pensamento, de uso de critérios de diferentes naturezas, isto é, filosóficos, científicos, religiosos, míticos. O sentimento moral, independentemente do fato de ser inato ou produzido, de ser de origem transcendente ou imanente, ele pode ser justificado epistemologicamente.

Para Mill, os sentimentos morais não são inatos e é natural ao homem “construir cidades, cultivar a terra”, pois essas atividades são adquiridas (2005, p. 82). Também o conhecimento moral, se não é de fato dado pela natureza, pode ser elevado a um alto grau de desenvolvimento pela cultura, pelos costumes sociais, enfim, pela experiência. É óbvio que existe uma base natural de conhecimento moral, mas essa não é suficiente, ela precisa ser definida pelo utilitarista, para que a felicidade alcance um padrão ético. A vida social, a vida de associação entre os iguais só existe quando os interesses de todos são respeitados. Sem um nível desejável de cooperação mútua, a sociedade não pode existir. Desse modo, para Mill, o fortalecimento dos laços sociais permite identificar os sentimentos morais próprios do conhecimento moral. Os indivíduos só ganham consciência de si próprios na medida em que se preocupam com os outros (2005, p. 85).

Não há dúvidas de que o conhecimento moral avança conforme os padrões de civilização e de cultura. Embora a felicidade seja um fim em si mesmo, enquanto todas as outras coisas são meios na perspectiva utilitarista, sob o ponto de vista do senso comum, da realidade cotidiana social e histórica, há, no desenvolvimento cultural da humanidade, modos distintos de conceber o estado de felicidade. As condições externas de felicidade de um grego ou de um romano antigo são diferentes de um ser humano contemporâneo, seja ele um chinês, seja ele um brasileiro. Assim, entre uma visão teórica da questão e uma concepção prática, há um salto ou uma passagem problemática de compreensão. Em outros termos, não é fácil entender o tipo de prova do princípio de utilidade. O acesso intelectual a um estado de felicidade maior possível não é o mesmo do acesso ao estado vivido de felicidade. Embora Mill não faça essa análise, ele afirma que a única prova é as pessoas desejarem, de fato, algo (2005, p. 80). Sendo assim, a felicidade é um bem para o indivíduo e, para todas as pessoas, é um dos fins da conduta e critério de moralidade.

O conceito de prova de Mill é fraco, não tem o poder argumentativo-lógico. Mesmo assim, para Mill as pessoas desejam a felicidade e nunca outra coisa, embora haja outros bens, como, por exemplo, “a virtude e a ausência de vício, tanto quanto desejam o prazer e a ausência de dor”, pois a virtude não é tão universal quanto a felicidade (2005, p. 80). A virtude pode tornar-se parte do fim, mesmo não sendo um fim como a felicidade. De igual modo, o valor do dinheiro, o poder e a fama podem, pela sua posse, tornarem-se motivo de felicidade ou de infelicidade. Na realidade, esses e outros elementos constituem o desejo de felicidade que não é uma ideia abstrata, mas concreta. A esse jogo de escolhas entre o fim e os meios, associa-se a tarefa do conhecimento. Quando o utilitarista afirma que a felicidade é o único fim da ação humana e que por ela se avalia a conduta humana, como critério de moralidade, a própria fundamentação criteriosa é de natureza epistemológica. Decidir se isso é ou não é assim requer conhecimentos racionais além da intuição. É preciso autoconsciência, capacidade de refletir sobre os próprios atos morais. Requer domínio da vontade, essa, filha do desejo, antes mesmo de ela se tornar hábito, na medida em que a vontade “é um meio para o bem e não intrinsecamente um bem” (2005, p. 97).

Finalmente, Mill, no último capítulo do *Utilitarismo*, mostra que há conexão entre a justiça e a utilidade. A noção de justiça resulta da utilidade ou da

experiência. Enquanto todas as grandes teorias éticas examinam prioritariamente a ideia de justiça, ele, no mínimo, não acredita em direitos morais. Essa posição epistemológico-ideológica está na base de suas concepções morais. Apesar disso, Mill, como todas as grandes teorias éticas, desenvolve o assunto considerando diversos itens. Em primeiro lugar, declara ser injusto privar alguém de liberdade pessoal, da propriedade ou de qualquer coisa que lhe pertença por lei. Em segundo lugar, considera que existem leis que deveriam não pertencer a alguém e que, por isso, pode haver uma má-lei. Em terceiro lugar, para ele é justo aquilo que se merece. Em quarto lugar, é injusto ser desleal com alguém, isto é, violar compromissos, frustrar expectativas com a própria conduta de modo consciente e voluntário. Em quinto lugar, é injusto mostrar preferência por uma pessoa em relação a outra quando não é o caso. Também Mill afirma que a noção de imparcialidade está ligada à de igualdade. Enfim, existem diversos modos de ser justo e injusto, pois a justiça nem sempre está regulada por lei (2005, p. 101-107).

A ideia de justiça varia conforme as circunstâncias sociais e históricas. Nesse sentido, distingue-se a moralidade da simples experiência. Aqui a noção de dever entra como condição de obrigação, como algo que se exige de uma pessoa, embora “razões de prudência” possam existir contra a existência de fato desse calibre (2005, p. 108). Essas possibilidades mostram que as distinções entre moralidade, experiência, merecimento, dever, justiça, etc. ultrapassam as questões morais para ingressar no campo do conhecimento moral. O sentimento moral pode resultar do instinto ou da inteligência (2005, p. 111-112). Mill afirma:

Graças à sua inteligência superior, mesmo sem ter em conta o maior alcance da sua empatia, um ser humano é capaz de dar-se conta da comunidade de interesses entre si e a sociedade humana da qual faz parte, de tal forma que qualquer conduta que ameace a segurança da sociedade em geral é ameaçadora para a sua própria segurança e desperta o seu instinto (se é que é um instinto) de autodefesa (2005, p. 112).

Observa-se, nessa afirmação de Mill, a ligação existente entre as condições epistemológicas e a moralidade, entre a inteligência que decide e o instinto, como diz ele, de autodefesa.

O princípio de maior felicidade e o princípio de liberdade distanciam os argumentos de Mill dos argumentos de Bentham especialmente em relação à

distinção entre a quantidade e a qualidade dos prazeres. O prazer depende da qualidade e não apenas de sua intensidade, além de ser correto ou incorreto. Há prazeres superiores e outros inferiores, isto é, alguns prazeres são melhores do que outros. Os mentais são mais valiosos que os sensuais. Também as pessoas não podem prejudicar as outras. Nesse sentido, o Estado pode ser forte e pode, efetivamente, punir segundo os casos, apenas no que diz respeito à coletividade. Enfim, para Mill o princípio da utilidade substitui as fórmulas da felicidade, ele orienta as ações e evita a dor.

Mais uma vez, é necessário ponderar que a prática moral é necessária para se realizar plenamente o conhecimento moral. Nesse sentido, Mill, um dos fundadores do utilitarismo – uma das modalidades do consequencialismo – oferece uma teoria ética de base epistemológica. Na realidade, em Mill é difícil distinguir os domínios da ética e da epistemologia, embora sua análise e seus comentários sobre a moralidade, aparentemente, sejam fundados apenas na ética. De fato, a questão metaética, ou epistemologia, é somente um dos temas sobre a ética, em especial a respeito da correção ou não das ações morais.

Mendonça, em seu capítulo sobre questões metaéticas, no *Manual de ética*, além da filosofia da linguagem, da filosofia da mente, da metafísica, da psicologia moral, reconhece e procura explicar, sob o ponto de vista epistemológico, “a possibilidade de conhecimento ético de primeira ordem” ser explicado como “predicado de verdade a sentença éticas” (2014, p. 157). Portanto, o conhecimento moral, de padrão epistemológico, de nível metaético, reflete e explicita os argumentos da moral ou da ética normativa. Trata-se de uma tarefa que envolve especialistas que vão além das considerações aqui levantadas.

Portanto, se confirma o antigo argumento de que agir racionalmente supõe agir eticamente. Platão defende isso em *A República*. Aristóteles, em *Ética a Nicômacos*. Outros autores também defenderam essa posição. Entre eles, Kant é o que mais se aproxima desse ponto de vista. A conduta moral para ser consciente requer uma reflexão epistemológica. Se é verdade que a ética e a moral são relativas à sociedade de cada época, também é verdade que elas são relativas às teorias do conhecimento e da linguagem, sejam elas expressas ou não. Pode-se examinar a questão sob o ponto de vista dos motivos e dos interesses pessoais, todavia, sem esquecer que neles, igualmente, estão



presentes as condições cognitivas. O ser humano é uma totalidade, uma unidade. Dividi-lo em parte é apenas uma estratégia que somente adquire sentido teórico ou científico para melhor percebê-lo. Por isso, agir moralmente depende de múltiplos elementos, e um deles, sem dúvida, é a capacidade de conhecer, de refletir, de se posicionar racionalmente diante dos outros e do mundo. A ética e as condutas morais não podem apenas depender de situações ou interesses pessoais. Mas, para alcançar uma visão universal, é necessário exercer razões, buscar fundamentos no conhecimento.

Enfim, para seguir o princípio de utilidade de Mill – de promover o maior bem possível para o maior número possível de pessoas – o ato moral precisa decidir o que é e como se chega ao maior ou menor bem possível. Nesse caso, a maior quantidade possível relaciona-se à distribuição possível desse bem. Igualmente, são necessários critérios para uma distribuição justa de bens possíveis. E o critério, ou a razão da decisão, exige muito mais do que elementos inconscientes e psicossociais; eles requerem diversos tipos de conhecimento.

Se nos assuntos de ética as relações com o conhecimento são claras, se falamos, por exemplo, em fundamentação da ética, se classificamos teorias éticas a partir de diversos recursos argumentativos, no caso da moral, dos atos morais, nem sempre há clareza nas relações entre conhecimento e moralidade, pois a prática da moral é mais intuitiva, social, religiosa e menos racional. Entretanto, essas distinções escondem, ou deixam de esclarecer, as verdadeiras relações que existem entre o conhecimento e a moralidade, relações que os estudiosos não podem deixar de observar e de explicitar.

Sidgwick, em sua *História da ética*, em breves capítulos, apresenta a doutrina moral de Mill e afirma que as questões do fim último não admitem prova, mas nem por isso se pode deixar de oferecer “considerações capazes de determinar o intelecto para dar seu consentimento à doutrina” (2010, p. 228). Nessa posição de que o ser humano tem como única prova possível o desejo de felicidade, Mill abandona os argumentos puramente lógicos e aceita um conjunto de elementos psicológicos e sociais, de elementos sentimentais, muitas vezes aliados a um âmbito ininteligível, que determinam os fundamentos do utilitarismo, apesar do estado imperfeito do mundo. Em consequência, os argumentos do conhecimento moral sempre estão presentes embora as análises nem sempre os explicitem de modo evidente. Os sentimentos morais precisam

estar seguidamente regulados, e isso exige critérios lógicos e não apenas afetivos.

#### **Referências**

AUDI, R. Conhecimento moral e pluralismo ético. *In: GRECO, J.; SOSA, E. **Compêndio de epistemologia***. São Paulo: Loyola, 2008.

MILL, J. S. **Utilitarismo**. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2005.

NAHRA, C. O consequencialismo. *In: TORRES, J. C. B. **Manual de ética***. Petrópolis: Vozes; Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 269-285.

SIDGWICK, H. **História da ética**. Tradução de Claudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2010.

## 2

# Rousseau e Kant: teóricos do contrato social<sup>♦</sup>

João Carlos Brum Torres<sup>\*</sup>

*A Nelson Boeira, viajante da mesma estrada,  
parceiro de muitas e boas.  
Amigo de meio século.*

### I

A despeito desse título, eu gostaria de começar este artigo distanciadamente de Rousseau e Kant, tomando como mote uma passagem de um autor que não é uma referência nem necessária nem usual para a compreensão e a interpretação dos clássicos que nos interessam aqui considerar. Tenho em vista uma página do chamado *Manuscrito de Kreuznach*, texto dedicado por Marx ao comentário crítico das *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*, de Hegel, na qual se lê o seguinte:

A democracia é a verdade da monarquia; a monarquia não é a verdade da democracia. [...] A monarquia é necessariamente democracia enquanto inconsequente consigo mesma, mas o elemento monárquico não é uma inconseqüência na democracia. Ao contrário da monarquia, a democracia pode ser explicada a partir de si mesma. Na democracia nenhum momento recebe uma significação diferente da que lhe cabe. Cada um efetivamente é apenas um momento do Demos inteiro. Na monarquia uma parte determina o caráter do todo.<sup>2</sup>

O interesse deste texto para uma leitura comparada das concepções rousseauista e kantiana do conceito de *contrato social*, talvez não seja imediatamente evidente e não será surpresa se o escrúpulo filológico, na leitura dos clássicos da filosofia política suscitar uma relutância de princípios, uma disposição à recusa do que podem parecer comparações frouxas entre

---

<sup>1</sup> Este texto foi publicado originalmente em Ana Carolina da Costa e Fonseca, Eduardo Augusto Pohlmann e Gabriel Goldmeier (org.). *Ética, política e esclarecimento público: ensaios em homenagem a Nelson Boeira*. Porto Alegre: Editora Bestiário, 2012.

<sup>\*</sup> Doutor em Filosofia. Professor aposentado pela UFRGS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul (PPGFIL-UCS).

<sup>2</sup> MARX, Karl. *Crítica da filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005. p. 49.

concepções e conceitos vazados em momentos e contextos históricos distintos, ademais de insertos em redes conceituais muito diferentes.

No entanto, não creio que essas restrições se justifiquem e, na verdade, estou convicto de que a passagem em questão contém uma chave conceitual muito útil para refletir sobre as diferenças no modo como Rousseau e Kant trataram dos fundamentos da política moderna. Mais exatamente, o que tenho por inequívoco é que, nesse texto de Marx, se encontra uma diferenciação crucial entre concepções do Estado e da legitimidade que fundam o ***direito político***, para usar a expressão contida no subtítulo de *O contrato social*. Uma diferenciação entre, por um lado, concepções para as quais a única forma normativamente aceitável de legitimidade política pressupõe uma espécie de ***sistema de identidade real*** entre *povo* e *soberano*, e, por outro lado, ***concepções diferencialistas e representativistas*** da relação entre esses termos, cuja natureza, nesse segundo caso, é sempre vista como de caráter meramente ideal, nas duas acepções que esse adjetivo pode assumir.

O sentido do que se acaba de sugerir está bem-apresentado na reversão retoricamente compactada por Marx na passagem acima e é, na verdade, simples: trata-se simplesmente de que muito embora as monarquias se tenham como instituidoras do povo, elas, ***necessariamente***, o pressupõem, enquanto a instituição de um poder democrático ***não*** precisa, constitutivamente, conter a inconsequência consigo implicada pela admissão/instituição de um monarca, entendido este último termo de maneira genérica, é claro, como designando um qualquer representante do povo, tornado titular dos poderes do Estado.

*Agora, bem, o que Rousseau e Kant têm a ver com isso?* Ora, creio que têm tudo a ver, pois, enquanto o primeiro deve ser considerado como ***o fundador do pensamento normativo da política como um sistema de identidade***, Kant pode ser visto como tendo estabelecido ***o paradigma das concepções representacionistas da união civil*** – pelo menos da vertente republicana destas últimas, porque Hobbes o é ainda mais, é certo, se esta última qualificação for levantada. Mas convém explicar esses pontos mais desdobrada e claramente.

## II

Com efeito, muito embora essa diferença entre Rousseau e Kant seja incontestável, nem sempre é perceptível. Ao contrário, quando se lê, por exemplo, o § 46 de *A doutrina do Direito*, pode-se, facilmente, pensar que a posição de Kant com relação ao que Rousseau denomina de *princípios do direito político* lhe é em tudo consonante. Lê-se, com efeito, neste texto:

*O poder legislativo só pode caber à vontade unida do povo. [...] Daí que só a vontade concordante e unida de todos, na medida em que cada um decide o mesmo sobre todos e todos decidem o mesmo sobre cada um, só, portanto, a vontade geral coletiva do povo pode ser legisladora.*

*Os membros de uma tal sociedade (societas civilis), quer dizer de um Estado, reunidos para legiferar chamam-se **cidadãos** (cives) e os seus atributos jurídicos, inseparáveis de sua natureza, são: a **liberdade** legal de não obedecer a nenhuma lei a que não tenham dado seu consentimento; a **igualdade civil**, quer dizer, de não reconhecer com relação a si mesmo nenhum superior no povo [...].<sup>3</sup>*

Efetivamente não há como contestar que Rousseau certamente antecipa e, nessa medida, compartilha pelo menos quatro das teses expressas nessa passagem, a saber: 1ª) que só a vontade unida do povo pode legitimamente legislar;<sup>4</sup> 2ª) que a unidade da vontade do povo só pode ser obtida

---

<sup>3</sup> As referências à Doutrina do Direito serão introduzidas esquematicamente pela sigla DD, a passagem citada sendo referida à tradução de José Lamego *in* Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, eventualmente modificada segundo a lição da tradução inédita de Joãozinho Beckenkamp. Entre parênteses, indicaremos a paginação da edição da Academia de Berlim. No caso presente a indicação bibliográfica é: DD, p. 179. (AA, 6, 314).

<sup>4</sup> A afirmação de que só a vontade unida do povo pode legitimamente legislar, Rousseau a sustenta sistematicamente e a declara expressamente de muitas maneiras, como quando, por exemplo, diz: “O povo submetido às leis deve ser o autor delas, pois só aos que se associam compete declarar as condições sob as quais eles querem se associar.” As referências ao Contrato Social e ao Manuscrito de Genebra serão feitas de acordo com a edição de Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, *Oeuvres complètes*, v. III, Paris, 1964, doravante referidas abreviadamente como *Oeuvres*, *CS* ou *Oeuvres MG*. Também serão indicadas as páginas das traduções brasileiras de *O contrato social* de Lourdes Santos Machado, em J.-J. Rousseau, *Obras*, II, Editora Globo, Porto Alegre, 1952, doravante referida somente como *Obras* e de Paulo Neves, *in* Jean-Jacques Rousseau, *O contrato social*, L&PM, Porto Alegre, 2007, doravante referida como L&PM, seguida do número da página. A referência dessa primeira citação é então: *Oeuvres MG*, 310. O ponto é feito ainda mais claramente, quando Rousseau explica: “[...] somente a vontade

distribuídamente, mediante a manifestação de vontade de cada um com relação ao que é o interesse de todos e reciprocamente mediante a manifestação de todos sobre o que seja o interesse de cada um;<sup>5</sup> 3ª) que admitida a liberdade como um direito originário e inalienável, o fundamento da obrigação político-jurídica só pode ser o consentimento dado à lei por seus destinatários;<sup>6</sup> e 4ª) que todos os membros de uma comunidade estão entre si em situação de igualdade jurídica.<sup>7</sup>

Todavia, malgrado essa aparente convergência e mesmo superposição das posições dos filósofos e, mais especificamente, da impossibilidade de sequer vislumbrar no texto do § 46 de *A doutrina do Direito* qualquer reserva ou

---

geral obriga aos particulares, jamais sendo possível ter segurança que uma vontade particular seja conforme à vontade geral, **exceto submetendo-a ao sufrágio livre do povo** [ênfase acrescentada, [jcbt].” *Id.*, p. 314.

<sup>5</sup> Que a obtenção da unidade da vontade de todos só possa ser obtida distribuídamente, Rousseau o expressa ao explicar por que a vontade geral é sempre reta, ao dizer, notadamente, que isso é assim porque “não há ninguém que deixe de se apropriar da palavra **cada um** e que deixe de pensar em si ao votar por todos”. V. *Oeuvres CS*, p. 373. *Obras*, p. 39; L&PM, p. 47-48.

<sup>6</sup> A concordância de Rousseau com o terceiro dos pontos avançados no § 46 – **a fundação da obrigação política no consentimento** – decorre forçosamente da articulação da tese de que a liberdade, por ser constitutiva da condição humana (V. *Id.*, p. 356; *Obras*, 23; L&PM, p. 28-29), é inalienável com a solução dada ao problema para o qual o contrato social é a solução, isto é, ao problema de “encontrar uma forma de associação [...] pela qual cada um unindo-se a todos contudo só obedeça a si mesmo e continue tão livre quanto antes”. *Id.*, p. 360; *Obras*, 27; L&PM, 33. Pois é evidente, dada a condição colocada como premissa, que qualquer alegada lei que não resulte de atos de autolegislação não será, na verdade, lei, mas simplesmente um ucasse, um atentado à liberdade individual, cuja efetividade, desprovida de qualquer legitimidade, dependerá exclusivamente da força pura de quem o editar. É o que Rousseau fundamenta e explica ainda ao dizer: “Quando é a força que faz o direito, o efeito substitui a causa; toda força que sobrepuja a primeira sucede-a em seu direito. Quando se pode desobedecer impunemente pode-se fazê-lo legitimamente. [...] Ora, que direito é esse que perece quando cessa a força?” *Id.* I, III, p. 354; *Obras*, 22; L&PM, p. 26.

<sup>7</sup> A tese da igualdade entre os indivíduos humanos é um ponto básico da filosofia geral de Rousseau, no presente contexto cabendo entendê-lo, de uma parte, simplesmente como o registro de que, no estado de natureza, há uma igualdade fundamental entre os homens. No *Emílio*, por exemplo, lê-se: “No estado de natureza há uma igualdade de fato real e indestrutível, porque nesse estado é impossível que somente a diferença entre um e outro homem seja grande o bastante para tornar a um dependente do outro.” V. Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, Garnier Flammarion, 1966. p. 306-307. Ver: também, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, *Oeuvres*, III, p. 160-161. Na tradução para o português de Paulo Neves, L&PM, 2008. p. 76-77 e, de outra parte, como a exigência normativa de que, em uma sociedade politicamente bem-constituída, as diferenças circunstanciais de prestígio e riqueza sejam mantidas em ponto menor, de modo a não comprometer a condição de igual autonomia de todos os cidadãos. Cf., *Oeuvres CS*, II, XI, p. 391-392.

restrição com relação ao que denominamos acima de concepção da união civil como um sistema de identidade entre povo e soberano, a verdade é que o modo como Rousseau e Kant compreendem e fundamentam suas visões da união civil é profundamente diverso.

É imprescindível entender, porém, que a diferença fundamental provém não do teor dos enunciados como os que acabamos de examinar, nos quais Kant determina o **sentido** dos conceitos fundamentais do direito público, mas de uma espécie de metadiscurso – um discurso que bem pode ser qualificado de metafísico – por meio do qual Kant trata de determinar o estatuto ontológico a ser atribuído ao designado por tais conceitos.

Assim, muito embora Kant entenda que uma constituição civil só pode fundar-se legitimamente mediante a “*coligação de todas as vontades particulares e privadas num povo em uma vontade geral e pública*”,<sup>8</sup> tal *coligação*, segundo ele, não só não deve como não **pode** ser pressuposta como um **fato**, sua realidade prática sendo de caráter meramente **normativo**, reduzida à **obrigação** do legislador de editar somente leis que “**pudessem** emanar da vontade coletiva de um povo inteiro”.<sup>9</sup> Correlatamente, dessa afirmação acerca da impossibilidade de se coligarem **realmente** “as vontades particulares e privadas num povo em uma vontade geral e pública” deriva-se natural e imediatamente a atribuição ao *pactum unionis civilis* do estatuto de “uma **simples ideia** da razão”.<sup>10</sup>

Uma primeira importante consequência desse ponto é que uma vez concebido o contrato social assim, como uma mera *ideia da razão*, e a vontade geral que dele decorre igualmente como uma simples representação ideal, então é claro que o povo – o povo em e por si mesmo – não pode existir unificadamente, tampouco podendo, *a fortiori*, ser considerado como soberano.

---

<sup>8</sup> Ver: *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correto na teoria mas nada vale na prática*, in Immanuel Kant, *A paz perpétua e outros opúsculos*, trad. de A. Morão, Edições 70, Lisboa, 1988. p. 83. (AA,8, 2970, doravante citado como *Sobre a expressão corrente*, acompanhada da indicação da página da Academia de Berlim.

<sup>9</sup> *Id. ib.* O mesmo ponto é reiterado no § 47 da Doutrina do Direito, quando Kant diz: “O ato mediante o qual o povo se constitui a si mesmo como Estado, ou, dito com maior propriedade, a idéia desse atos apenas [...]” DD, 182. (AA, 315).

<sup>10</sup> Ver: *Sobre a expressão corrente, id. ib.* (AA, 8, 297).

Além disso, é essa tese que fundamenta a demonstração do caráter necessariamente representativo da soberania, posição que coloca Kant em uma posição antípoda a de Rousseau.

O esclarecimento textual do ponto é, contudo, trabalhoso e complexo, exigindo um exame fino das posições kantianas, porque há passagens em que o filósofo parece não excluir a possibilidade de que o povo, ele próprio, se constitua como soberano. Esse é, notadamente, o caso do *Primeiro artigo definitivo da Paz Perpétua*, no qual Kant, ao introduzir a diferença entre a *forma regiminis*, que distingue o uso despótico ou republicano do poder, da *forma imperii*, que distingue os agrupamentos político-sociológicos que podem vir a ser titulares da soberania, inclui a *democracia*, junto com a *autocracia* e a *aristocracia*, entre as formas de Estado – uma forma especificada justamente como sendo aquela em que *todos, conjuntamente, detêm o poder supremo*.<sup>11</sup>

Não obstante isso, na sequência desse mesmo texto, Kant sustenta que “toda a forma de governo que não seja **representativa** é, em termos estritos uma **não-forma**”,<sup>12</sup> pois o “o legislador não pode ser ao mesmo tempo executor da sua vontade numa e mesma pessoa”.<sup>13</sup> E, em seguida, acrescenta que a democracia, por tornar forçosa a identificação do legislador com o executor da vontade comum, implica uma contradição interna no conceito de vontade geral. Diz o texto:

A democracia [...] funda um poder executivo em que todos decidem sobre, e em todo caso, também contra **um** (que, por conseguinte, não dá o seu consentimento), portanto, todos, sem no entanto serem todos, decidem – o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade.<sup>14</sup>

O ponto feito aqui por Kant é sutil e tem dois pressupostos que convém explicitar: em primeiro lugar, o entendimento de que em uma verdadeira

---

<sup>11</sup> Ver. A paz perpétua, ed. *cit.*, p. 130. (AA, 8, 352). O mesmo ponto encontramos no § 51 da Filosofia do Direito. Lê ali, com efeito: “A relação dessa idéia [do soberano] com a vontade do povo pode ser concebida de três modos distintos: ou bem um manda no Estado sobre todos, ou alguns, que são iguais entre si mandam sobre todos os demais, ou então todos em conjunto mandam sobre cada qual, portanto também sobre si próprios, quer dizer a forma do Estado pode ser autocrática, ou aristocrática ou democrática.” DD, p. 220-221. (AA, 6, 338).

<sup>12</sup> *Id.*, p. 130. (AA, 8, 352).

<sup>13</sup> *Id. ib.*

<sup>14</sup> *Id. ib.*



democracia **também o Poder Executivo é exercido pelo povo**; em segundo lugar, o reconhecimento de que é da natureza do Poder Executivo decidir sobre questões que **não** satisfazem a exigência rousseauiana de que a vontade geral seja geral também quanto ao **objeto de sua deliberação**, isto é, que não se pronuncie “nem sobre um homem, nem sobre um fato”, como se lê em *O contrato social*.<sup>15</sup> Além disso, essa análise tem como implicação imediata a constatação de que a identificação **real** do povo com o soberano, própria da democracia, torna a divisão dos poderes de Estado impossível, pois exige que os cidadãos, além de constitutivamente membros do poder soberano, se transformem em governantes e em juízes, o que, em razão da natureza, necessariamente particularizada das ações de governo e dos atos judicantes, torna inevitável a contradição, pois não é possível ser **em relação a si mesmo** exator fiscal e contribuinte, réu e juiz.

Essa confusão das funções legislativas próprias do poder soberano com as funções executivas e jurisdicionais decorrentes da identidade real dos sujeitos que sobrepostamente as exercem é o que torna a democracia, segundo Kant, “no sentido próprio da palavra necessariamente um despotismo”.<sup>16</sup> A conclusão será então que “[...] toda verdadeira República não pode ser senão um sistema representativo do povo, que pretende, em nome do povo e mediante a união de todos os cidadãos, cuidar dos seus direitos, por intermédio dos seus delegados (deputados)”.<sup>17</sup>

O que é dizer, adotando a terminologia do texto de Marx com que começamos, que, de acordo com Kant, a *verdadeira República* é necessariamente uma espécie de *monarquia*. Uma monarquia, contudo, se acolhermos a lição do *Manuscrito de Kreuznach*, particularmente perversa, porque em vez de inconsequentemente apresentar o soberano-representante como causa da unidade do representado, à maneira das monarquias clássicas, a tese kantiana é que o povo só existe como povo quando há um titular efetivo da soberania. Sendo assim, vê-se que a mais grave das conseqüências que se

---

<sup>15</sup> Isso porque, para repetir o explicado no texto recém-citado, uma vez admitida a possibilidade de deliberação sobre questões particulares, será inevitável que todos passem a decidir sobre um, eventualmente contra um, de modo que **todos já não serão todos**. Ver: *Oeuvres CS*, II, IV, p. 374.

<sup>16</sup> Ver: A Paz Perpétua, ed. *cit.*, p. 130. (AA, 8, 352).

<sup>17</sup> Ver: DD, § 51, p. 224. (AA, 6, 341).

seguem à concepção de que o estatuto da união civil é o de uma mera *ideia da razão* é que o próprio poder soberano é um mero “ente de razão (que representa o povo todo), enquanto faltar ainda uma pessoa física que represente o poder supremo no Estado, conferindo àquela ideia eficácia sobre a vontade do povo”.<sup>18</sup>

Nesse passo, convém assinalar, da maneira mais enfática possível, o extraordinário alcance da lição oferecida por este texto. Em primeiro lugar, o que se lê aqui é que, por ser a *vontade unida do povo apenas um conceito*, ela permanecerá como um *ente de razão* enquanto não houver uma pessoa física que represente o poder supremo do Estado. O ponto mais importante, porém, é a consequência que Kant tira daí, a saber: que quando é instituído o representante, o povo não é representado por este, mas antes, por meio desse representante, não se faz representado, mas se torna, só então, um soberano real, de modo que se deve entender que o que designamos como representante não é um representante, mas é o próprio povo quando entendemos o significado político da palavra *povo*. Para expressar o ponto em termos mais vulgares, isso é dizer que a *vontade unida do povo só é real*, só é vontade realmente unida do povo soberano, quando *terceirizada*, quando houver uma pessoa *efetivamente existente* que assuma empiricamente o poder supremo e que determine o exercício de seu império de acordo com a *ideia* da vontade unida do povo. Essa posição, Kant a desdobrar no parágrafo seguinte, no § 52, sustentando que “[...] desde que um chefe de Estado se faz representar em pessoa [...] o povo então reunido não representa mais o soberano, mas é ele próprio o soberano”.<sup>19</sup>

A afirmação é extraordinária, pois, para o senso comum, é certamente paradoxal afirmar que tão só quando haja um chefe de Estado *realmente existente* que se apresente como tal deixará o povo de ser meramente a representação idealizada do poder soberano, passando, então, e só então, a ser efetivamente soberano.

Na verdade, o milagre não é menor do que o da transubstanciação do pão e do vinho em corpo e sangue de Cristo na Eucaristia. Todavia, se, como se disse

---

<sup>18</sup> *Id. ib.* Passagem citada segundo a tradução, inédita, de Joãozinho Beckenkamp. Lamego diz que é apenas um produto da mente.

<sup>19</sup> DD, § 52, p. 224. (AA, 6, 341).

acima, o contrato social é entendido como uma mera *Ideia da razão*, e a vontade geral que dela decorre é igualmente uma simples representação ideal, compreende-se que o exercício efetivo de um poder incontestado por um sujeito político-efetivo venha a ser concebido como o indispensável instrumento de unificação de uma multidão de homens, e que a representação da vontade desses pela vontade empiricamente soberana seja o meio pelo qual o povo passa a ser um.

Sob tais condições, é claro que o *rex* ou *princeps*, já não pode ser considerado mero agente do Estado e que se deve tê-lo como constituinte do povo no já referido sentido político da palavra. O que é dizer que Kant, embora não o declare explicitamente, está de acordo com a tese de Hobbes de que “[...] é a **unidade** do representante, e não a unidade do representado, que faz que a pessoa seja **uma**. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira como é possível entender a **unidade** de uma multidão”.<sup>20</sup>

Correlatamente, é evidente que o povo real e empírico, o conjunto dos cidadãos, não pode ser considerado titular da soberania, uma vez que, em seu estado natural, ele é mera **multidão**, necessariamente em estado de desunião e, assim, de a-legalidade.

### III

Se agora nos perguntarmos como Rousseau se posiciona com relação a essas mesmas questões, veremos como o panorama de análise se altera profundamente.

Rousseau é, na verdade, o exemplar prototípico de um pensamento sobre os fundamentos da política criticado por Kant, a cujos representantes, não sem ironia, ele dá o nome de “autores bem pensantes”, que teriam na *propensão a falar em nome do povo* sua característica principal.<sup>21</sup> Esses pensadores erram, diz-nos o filósofo tanto porque substituem o princípio da felicidade pelo do direito, quanto porque, como é notoriamente o caso de Rousseau: “admitiram a ideia de um contrato originário, que subjaz sempre à razão como algo que tem

---

<sup>20</sup> *Leviatã*, trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 102.

<sup>21</sup> Ver: *Sobre a expressão corrente*, p. 88. (AA, 8, 301).

que se produzir **efetivamente** e deste modo pensaram preservar para o povo o direito de a ele se eximir por si mesmo, no caso de uma violação grosseira, segundo seu próprio juízo”.<sup>22</sup>

Rousseau, com efeito, sustenta que o contrato originário tem que se produzir efetivamente, o que, contudo, não quer dizer que tenha ele assim ocorrido em algum tempo e em alguma paragem. Rousseau, não menos que Kant, se coloca em perspectiva normativa. Além disso, Rousseau também reconhece que, no conceito de vontade unida do povo, de vontade geral, inclui-se um aspecto cognitivo e isso porque, segundo sua análise, há uma vinculação necessária da vontade geral com o interesse comum, o que supõe que esse último seja adequadamente identificado e determinado. Aliás, é isso que permite a Rousseau distinguir a vontade geral da *vontade de todos*<sup>23</sup> e sustentar que a primeira é sempre reta,<sup>24</sup> além de “*constante, inalterável e pura*” e, na verdade, **indestrutível**,<sup>25</sup> a despeito de que possa emudecer quando.

[...] o nó social começa a afrouxar-se, [...] quando os interesses particulares começam a fazer-se sentir e as pequenas sociedades a prevalecer [...], quando o vínculo social está rompido e o mais vil interesse ostenta descaradamente o nome sagrado do bem público [...] e são aprovados, sob o nome de leis, decretos iníquos que têm por finalidade apenas o interesse particular.<sup>26</sup>

O que ocorre, porém, é que essas condições cognitivas de determinação da vontade geral, embora sejam tidas como condições necessárias para instanciação do conceito, não são, de modo nenhum, admitidas por ele como condições suficientes, à diferença do que se vê na posição kantiana. Na verdade, as condições estabelecidas por Rousseau para a fundação legítima do corpo político são muito mais estritas do que as esposadas por Kant, sua tese sendo a de que poder legítimo só haverá se (i) houver um **ato**, não uma **ideia** de

---

<sup>22</sup> *Id. ib.*

<sup>23</sup> Rousseau faz essa distinção nos termos seguintes: “[...] há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta considera apenas o bem comum, enquanto a outra prende-se ao interesse privado, não sendo senão a soma de interesses particulares [...]” *Oeuvres CS*, 371. *Obras*, 37. L&PM, p. 45.

<sup>24</sup> *CS*, II, III, p. 371. *Obras*, p. 37. L&PM, p. 45.

<sup>25</sup> *CS*, IV, I, 438-439. *Obras*, p. 93-94. L&PM, p. 115-116.

<sup>26</sup> *CS*, IV, I, 438. *Obras*, p. 93-94. L&PM, p. 116.

associação e se (ii) a forma assumida por esse ato de associação permitir que, formando a esta última, cada um continuará tão livre quanto antes, não obedecendo senão a si mesmo.

Para bem apreender esta parte nuclear da posição rousseauista, é importante, contudo, explicitar os antecedentes que lhe dão sustentação. Em primeiro lugar, é preciso não perder de vista que para Rousseau “*renunciar à liberdade é renunciar à condição de homem, aos direitos da humanidade e mesmo aos deveres desta última*”,<sup>27</sup> tese que repousa em uma distinção essencial entre direitos instituídos e convencionais e direitos que são um dom da natureza, esses **indisponíveis** por seu titulares. O *Discurso sobre a origem da desigualdade* apresenta esta posição nos termos seguintes:

[...] sendo o direito de propriedade apenas de convenção e instituição humana, todo homem pode dispor à vontade do que possui, porém o mesmo não acontece com os dons essenciais da natureza, como a vida e a liberdade, de que cada um pode usufruir e dos quais é no mínimo duvidoso que se tenha o direito de abrir mão.<sup>28</sup>

Aqui se encontra, portanto, a base da recusa de Rousseau à possibilidade dos pactos de submissão, bem expressa em sua declaração de que na subjugação de muitos a um só ele vê um senhor e escravos, não um povo e seu chefe.<sup>29</sup> Mas não só isso, pois é em vista dessa tese da inalienabilidade e indisponibilidade da liberdade pessoal que pode ser formulado com rigor o problema a que o *Contrato social* deve dar solução: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre como antes.”<sup>30</sup>

A ponta do texto, com relação à análise kantiana, encontra-se na expressão **cada um unir-se** que obriga a que se conceba a **associação**, como observamos há pouco e que não será demais repetir, absolutamente **não** simplesmente **como uma ideia da razão**, mas **como um ato**, como um ato a ser praticado

---

<sup>27</sup> Ver: CS, I, IV, p. 356. Obras, p. 23. L&PM, p. 28.

<sup>28</sup> In Oeuvres III, p. 184. In Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, trad. de Paulo Neves, L&PM, p. 103.

<sup>29</sup> Oeuvres CS, I, V, p. 359; L&PM, p. 31-32.

<sup>30</sup> Oeuvres CS, I, VI, p. 360. Obras, 27; L&PM, 33.

distribuídamente por todos aqueles que se encontrem na comunidade em que estiver sendo instituída uma *república*.

Essa posição rousseauiana é bem conhecida. Muito menos explicitado é o fundamento metafísico que a sustenta. Com efeito, o mais importante na leitura filosófica dessa tese é dar-se conta de que a exigência de que a instituição do Estado e a edição legislativa tenham que resultar de uma manifestação da vontade atual de cada um tem uma raiz muito profunda, a despeito de que Rousseau a expresse laconicamente ao dizer simplesmente que “*embora o poder possa ser transmitido, a vontade não.*”<sup>31</sup> Na verdade, aqui, designada ou coincidentemente – é difícil saber por que não há uma anotação explícita com relação a isso – Rousseau herda uma lição de metafísica oferecida por Hobbes, quando esse diz que “a vontade não é voluntária [...] porque não queremos querer, mas agir”,<sup>32</sup> o que é também dizer que, porque não dispomos de nossa vontade futura, é metafisicamente impossível transmiti-la. É o que, adiante, Rousseau explica ao dizer:

O soberano pode muito bem dizer: “Quero, neste momento, aquilo que um tal homem deseja, ou, pelo menos, o que ele diz desejar.” Mas não poderá dizer: “O que esse homem quiser amanhã, eu também o quereirei, por ser absurdo submeter-se a vontade a grilhões futuros e por não depender de nenhuma vontade o consentir em algo contrario ao bem do ser que quer”.<sup>33</sup>

De outra parte, levando-se em conta que o ato de associação *consiste em se colocar sobre a suprema direção da vontade geral* – que é a propriedade essencial do ser moral e coletivo gerado pelos atos de associação – segue-se, analiticamente, que a vontade coletiva tanto quanto a individual é inalienável e irrepresentável. É o que Rousseau explica cabalmente no capítulo XV do Livro III de *O contrato social*:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral absolutamente não se representa: ela é a mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo não podem, portanto, ser seus representantes, são somente comissários e nada podem concluir

---

<sup>31</sup> *Id.*, II, I, p. 368. *Obras*, 35; L&PM, p. 42.

<sup>32</sup> Ver: Thomas Hobbes, *De cive*, cap. V, 8; *in* Thomas Hobbes, *Man and Citizen*, Doubleday, 1972. p. 170.

<sup>33</sup> *Oeuvres CS*, II, I, p. 368-369; *Obras II*, p. 35; L&PM, p. 42.

definitivamente. Toda lei que o Povo em pessoa não ratificou é nula; não é em absoluto uma lei.<sup>34</sup>

Das observações precedentes pode-se concluir, portanto, que a diferença fundamental entre a filosofia política de Rousseau e a de Kant radica, primária e originalmente, não no conteúdo material dos princípios que segundo ambos os autores devem presidir a organização de todo poder estatal legítimo, mas antes nas teses metafísicas que subjazem e dão sustentação a ambas as posições.

Para Kant o que torna necessário e dá sentido ao conceito de *contrato social* é o conteúdo racional dessa ideia: o princípio consoante o qual a legitimidade do poder soberano funda-se primariamente na congruência do **conteúdo** da ação estatal com o **conteúdo** da vontade geral tal como esse pode ser determinado mediante um exercício intelectual de cálculo ou, se se preferir, mediante um experimento de universalização contrafactual do conteúdo das deliberações que se tem em vista. É por isso que é possível dispensar a exigência de atos reais de apuração do que seja a vontade geral. W. Kersting explica muito bem esse ponto ao dizer:

O critério que garante a justiça [...] é de natureza **lógica** e exige somente um experimento mental análogo ao procedimento de aplicação do imperativo categórico. O legislador empírico deve **simular** a democracia em sua cabeça, deve perguntar-se se cada cidadão pode ser colegislador da lei que se encontrar em discussão e se pode ser pensado como exercendo esse papel. [...] O imperativo categórico é a regra do universalismo da moral; o contrato originário é a regra de operação do universalismo do direito. A função criteriológica de ambos está determinada pelo procedimentalismo epistemológico típico do universalismo, que considera e resolve as questões relativas à verdade prática tomando-as como questões procedimentais.<sup>35</sup>

Já para Rousseau, como vimos, essa dispensa, ou derrogação, é impossível porque a natureza da vontade não se reduz ao conteúdo querido, mas exige o ato efetivo de volição. Ponto que, aliás, talvez possa ser melhor compreendido levando-se em conta, mais uma vez, uma lição de Hobbes: a de que, com relação

---

<sup>34</sup> *Oeuvres CS*, III, XV, p. 429-430. *Obras*, 85; L&PM, p. 107.

<sup>35</sup> Ver: O contratualismo do Direito Racional de Kant, in Wolfgang Kersting, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, Plaza y Valdés Editores, México DF, México, 2001. p. 197.

a questões práticas, necessariamente *the will stand for a reason*.<sup>36</sup> Samuel Sorbière, tradutor do *De cive* para o francês, já em 1649, em versão lida, aliás, pelo próprio Hobbes, ao passar ao francês a passagem em questão, parafraseou-a competidamente dizendo: *Le commandement tient lieu de raison suffisante*,<sup>37</sup> o que é uma elucidação brevíssima, mas brilhante desse ponto sutil. Ou para dizê-lo ainda uma vez: no terreno prático, a pura manifestação de vontade, independentemente do conteúdo querido, é, constitui-se, em **razão** e, nessa medida, em fonte insubstituível de legitimação, base indispensável para a geração de uma obrigação genuína, por oposição à obediência **forçada** ao poder soberano.<sup>38</sup>

Para Kant, muito diferentemente, tendo em vista a tese e a demonstração de que **a razão pode ser prática**, a imperatividade da lei e do comando soberanos decorre do conteúdo racional do comando *exeundum e statu naturali*, o qual, como nota pertinentemente Kersting, não só não está baseado em considerações prudenciais, mas porque expressa uma exigência imediata da razão prática pura – que simplesmente diagnostica “a insuficiência da função de coordenação do Direito Racional abstrato no estado de natureza”<sup>39</sup> – permite a Kant dispensar a exigência do contratualismo anterior de “ancorar a autoridade estatal e a obrigatoriedade das leis positivas na auto-obrigação de indivíduos motivados racionalmente que se ligam entre si contratualmente”.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> *De cive*, XIV, 1; ed. cit., p. 272.

<sup>37</sup> Ver: Thomas Hobbes, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, Garnier-Flammarion, Paris, 1982. p. 282.

<sup>38</sup> Ver: *Oeuvres CS*, III, X, p. 423. *Obras*, p. 80; L&PM, p. 100.

<sup>39</sup> *Ob. cit.*, p. 188.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 189. Compreende-se assim em que sentido, para Kant, o imperativo *exeundum e statu naturali* e o conceito de vontade unificada do povo, bases da estabilização prática e jurídica das relações humanas na esfera privada, não remetem nem à celebração real do *pactum unionis civilis*, nem à formação voluntária e efetiva de uma vontade geral, à maneira teorizada por Rousseau. Como vimos, no § 47 da Doutrina do Direito, ao falar dos atos de formação do Estado, Kant esclarece que a remissão ao contrato originário tem em vista não a celebração real de pactos sociais, mas, antes, a **ideia** desse contrato. [§ 47. AA 6, 315]. Em *Sobre a expressão corrente* Kant apresenta o mesmo ponto ainda mais claramente quando diz: “Se se tivesse começado por indagar, antes de tudo, o que quer o direito [...] a *Idéia de Contrato Social* teria conservado seu incontestável crédito; não, porém, a título de fato (*Faktum*), mas tão só como princípio racional que permite apreciar toda constituição jurídica pública em geral.” Ed. cit., p. 89. (AA 8, 302).



A consequência dessa transformação do Estado dos contratualistas em um **estado de direito ideal** [Ideal des Staatsrechts"],<sup>41-42</sup> como leciona ainda muito justamente o mesmo Kersting, implica a rejeição de toda concepção **voluntarista** da união civil.<sup>43</sup> Por essa razão, diz-nos ainda o Professor de Kiel, que se Kant fosse perguntado pelo fundamento da obrigação de obediência às instituições públicas vigentes, ele não remeteria aos atos nos quais as vontades individuais pactuaram entre si e fundaram o Estado, mas, antes, simplesmente, lembraria ao interlocutor o comando da razão prática de sair do Estado de natureza e de ingressar no Estado jurídico, sob cujo abrigo o dever de obediência deveria ser visto como pertencente “ao tipo dos *oficia connata*, dos deveres inatos, e não ao tipo dos *oficia a se ipso contracta*, dos deveres voluntários.”<sup>44</sup>

Posição que, bem-entendido, encontra-se em posição antípoda à exigência de que o contrato social autêntico seja feito mediante um ato evidentemente voluntário de comprometimento de cada um com todos.

#### IV

Agora bem, se à luz dessas referências conceituais nos perguntarmos como Kant e Rousseau se posicionam diante da realidade prática, vale dizer, com relação ao modo de avaliar a constituição e a legitimidade dos Estados realmente existentes, veremos como essas diferenças no modo de entender o estatuto

---

<sup>41</sup> Ver: Wolfgang Kersting, *Filosofia Política del Contractualismo Moderno*, Plaza y Valdés, Biblioteca de Signos, México, 2001. p. 192.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 189.

<sup>43</sup> Comentando esse ponto, Kersting assinala: “A filosofia do direito de Kant elimina do conceito de contrato [...] todas as marcas e associações empíricas e históricas e transforma assim o ato contratualista fundador do domínio estatal em uma idéia prática da razão [...]. O contrato não é certidão de nascimento histórico do Estado, mas a certidão de sua razão de ser.” *Id.*, p. 193.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 190. Em artigo recente, Katrin Flikschuh vai ainda mais longe e sustenta, na mesma linha, que, da perspectiva kantiana, se deve mesmo admitir que o abandono do estado de natureza pode ser legitimamente imposto aos recalcitrantes, como se vê na passagem seguinte: “No estado de natureza, indivíduos não soberanos necessitam do Estado como um soberano capaz de impor o respeito aos direitos de cada um. Em segundo lugar, na medida em que as válidas pretensões de direito dos demais contra mim constituem uma justa pretensão deles de restringirem meu poder de escolha independentemente de meu consentimento, o ingresso na condição civil é não-voluntário. Os indivíduos podem ser **compelidos** a ingressar na condição civil contra a vontade deles.” V. Kant's Sovereignty Dilemma: A Contemporary Analysis, *In Journal of Political Philosophy*, v 18, Issue 4, section IV, December 2010. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9760.2010.00361.x/full>.

ontológico do pacto de fundação do Estado produzem também **diferenças políticas** muito profundas.

Com efeito, começando com Kant, se admitirmos que o **contrato social** não é um **fato**, mas **uma simples ideia da razão**,<sup>45</sup> se, como lemos em *O conflito das faculdades*, a **ideia de uma constituição em consonância com o direito natural** deve ser tida como um ideal platônico e como *a norma eterna para toda constituição política em geral*,<sup>46</sup> se, enfim, o próprio **poder soberano, como expressão da vontade coletiva de um povo inteiro**, tem, ele também, um estatuto puramente ideal,<sup>47</sup> então também teremos que admitir que a vida política real, as comunidades humanas realmente existentes, se estruturam de maneira **necessariamente** contingente, segundo forças e causas independentes desses princípios ideais, sem que, contudo, estes últimos deixem de ser a instância normativa que deve, ao mesmo tempo, idealmente, orientar o processo real de constituição das comunidades políticas e servir de parâmetro para julgamento de seu mérito relativo. Ou, por outra: o caráter necessária e constitutivamente ideal dos conceitos fundamentais do direito público implica

---

<sup>45</sup> Que o contrato social tenha para Kant um caráter estritamente ideal é uma sua posição conhecida e incontroversa em vista de suas inequívocas manifestações sobre o assunto. Em *Sobre a expressão corrente*, por exemplo, Kant diz da maneira mais enfática: “Mas este contrato (*chamado contractus originarius ou pactum sociale*), [...] não se deve de modo algum pressupor necessariamente como um **fato** [...] como se [...] houvesse primeiro de provar-se a partir da história de um povo, em cujo direito entramos enquanto descendentes, tivesse um dia de haver realizado efetivamente um tal ato e nos houvesse legado oralmente ou por escrito uma notícia segura ou um documento a seu respeito, para assim se sentir ligado a uma constituição civil já existente. Mas é uma **simples ideia** da razão, a qual tem no entanto a sua realidade prática indubitável: [...] obriga o legislador a fornecer as suas leis como se elas pudessem emanar da vontade coletiva de um povo inteiro, e a considerar todo súdito [...] como se ele tivesse assentido pelo seu sufrágio à semelhante vontade.” Ed. *cit.*, p. 83-83 (AA 8, 297). Não é outra a lição do parágrafo 52 da *Doutrina do Direito*: “Investigar a origem histórica deste mecanismo é inútil, quer dizer, é impossível remontar ao momento em que começou a sociedade civil (porque os selvagens não criam um instrumento de sua submissão à lei, e pode-se deduzir já da natureza de homens rudes que eles terão começado com a violência).” DD, p. 222. (AA 6, 339).

<sup>46</sup> Diz o texto: “A idéia de uma constituição em consonância com o direito natural dos homens, aquela em que os que obedecem à lei devem ao mesmo tempo, na sua união, ser legisladores encontra-se na base de todas as formas de Estado e a sociedade [*gemeine Wesen*] concebida em acordo com ela, graças a puros conceitos da razão, se chama um **Ideal** platônico (respublica noumenon), não é uma quimera vazia, mas a norma eterna para toda *constituição política em geral* [...]” V. Immanuel Kant, *O conflito das faculdades*, Edições 70, Lisboa, 1973. p. 108. (AA VII, 90-91).

<sup>47</sup> É a lição do parágrafo 51 da *Doutrina do Direito*. DD, 220. (AA 6, 338).

que a organização política das sociedades históricas, quaisquer que tenham sido suas formas, são os inevitáveis **portadores** dessa estrutura ideal, que só por meio deles ganha **realidade objetiva**. Além disso, como essas formas contingentes de instituição da soberania são também modos de obedecer ao imperativo de saída do estado de natureza, segue-se que eles devem ser obedecidos sem resistência ou contestações práticas.<sup>48</sup>

Como é manifesto, esse desdobramento da análise kantiana dos princípios fundamentais do direito público amplia seu escopo, pois absorve, no âmbito de investigação, também as relações políticas reais, o que acarreta, inevitavelmente, a mistura e a suplementação das considerações *a priori* com elementos factuais e empíricos.

Desse alargamento do escopo de análise segue-se, como vimos, primeiramente, a admissão de que a relação do poder estatal à vontade do povo quanto à *forma imperii*, pode-se determinar a maneira, até certo ponto **indiferente**, em termos *autocráticos*, *aristocráticos* ou *democráticos*, neste último caso ao preço de ter-se um Estado constitutivamente despótico. Mas, em segundo lugar, ainda com maior importância, a linha de análise seguida por Kant envolve também o reconhecimento de que nenhum dos conceitos fundamentais do direito público tem efetividade enquanto não tiverem sido praticados os atos políticos de imposição de um centro de poder incontestado. Essa é a lição do último parágrafo da *Doutrina do Direito*, do texto derradeiro e decisivo onde lemos: “A submissão incondicional da vontade do povo (que em si mesma não é unida, sendo, portanto, sem lei) a uma vontade **soberana é um fato** que só pode começar pela tomada do poder supremo que assim funda primeiramente o direito público”.<sup>49</sup>

O argumento para demonstração analítica da dessa tese Kant o apresenta na sequência imediata do texto ao dizer:

---

<sup>48</sup> Kant diz, com efeito: “Contra o legislador supremo do Estado não há, portanto, uma resistência legítima do povo, pois tão-somente pela submissão sob sua vontade universalmente legisladora é possível um estado jurídico.” O texto prossegue assim: “Portanto não há nenhum direito de sedição (seditio), menos ainda de rebelião (rebellio), e muito menos contra ele como pessoa singular (monarca), sob o pretexto do abuso de seu poder (tyrannis) [...]. A menor tentativa neste sentido constitui alta traição (proditio eminens), e o traidor deste tipo só pode ser punido com a morte, como alguém que tenta matar sua pátria (parricida).” DD, p. 190 (AA 6, 320).

<sup>49</sup> DD, p. 272 (AA 6, 372).

O fundamento do dever do povo de suportar mesmo um abuso do poder supremo considerado insuportável encontra-se nisto: que sua resistência à própria legislação suprema nunca pode ser pensada senão como ilegal e mesmo como destruindo o todo da constituição legal. Pois, para ser autorizado a tanto, deveria existir uma lei pública que permitisse esta resistência do povo, i. é, a legislação suprema conteria em si uma determinação de não ser a suprema e de, em um e mesmo juízo, fazer do povo, enquanto súdito, o soberano sobre aquele de quem é súdito, o que se contradiz.<sup>50</sup>

Ora, o que há de inesperado e chocante nesta posição não escapou a Friedrich Bouterwek,<sup>51</sup> o “*arguto autor*”, como diz Kant,<sup>52</sup> que foi quem primeiro resenhou e comentou *Os Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Conforme informado pelo próprio Kant, Bouterwek observou:

Pelo que sabemos, nenhum filósofo até agora admitiu esta mais paradoxal de todas as proposições paradoxais: a proposição de que a **mera** ideia de soberania deveria constringer-me a obedecer como meu senhor quem que se haja estabelecido como meu senhor, sem que eu lhe pergunte quem lhe deu o direito de comandar-me. Não há diferença entre dizer que alguém deve reconhecer a soberania e a autoridade suprema e dizer que alguém deve considerar a priori como seu senhor esta ou aquela pessoa, cuja existência não é dada sequer a priori?<sup>53</sup>

Repare-se que Bouterwek distingue (i) o imperativo de reconhecimento do **poder soberano** do (ii) imperativo de reconhecimento de **um** soberano e qualifica a proposição que confunde esses dois planos como **a mais paradoxal das proposições paradoxais**. Em outros termos, Bouterwek destaca finamente que, na doutrina kantiana, a obrigatoriedade da obediência ao poder soberano deve ser entendida como incondicional não apenas *de dicto*, mas *de re*, ou, como nos é dito na conclusão do Apêndice: que **devemos tomar por senhor àquele que tiver de fato poder suficiente para impor-se aos demais**.<sup>54</sup> Hermann Cohen,

---

<sup>50</sup> *Id. ib.*

<sup>51</sup> À diferença, aliás, do ocorrido com muitos dos comentadores posteriores, inclusive os mais recentes, com as exceções, tanto quanto sei, pelo menos de Hermann Cohen (V. *Kants Begründung der Ethik*, Bruno Cassirer, Berlin, 1910, p. 438; na tradução para o italiano Gianna Gigliotti, Milella, Lecce, 1983, p. 388-389, e Alexis Philonenko. *Introdução à Emmanuel Kant, Métaphysique des moeurs, Première partie – Doctrine du droit*, Vrin, Paris, 1979. p. 30.

<sup>52</sup> DD, 246 (AA 6, 356).

<sup>53</sup> DD, 269 (AA 6, 370-371).

<sup>54</sup> A esse terceiro aspecto paradoxal da posição kantiana, é ainda preciso agregar um quarto, contido na tese de que o imperativo categórico jurídico é analítico, eis que, pelo menos em tese,

na mesma linha, mas sem fazer referência a Bouterwek, aponta também uma *clamorosa confusão do soberano com a soberania* na análise kantiana.<sup>55</sup>

Kant não contestou a interpretação dada por Bouterwek e admitiu expressamente o pensamento culminativamente paradoxal que lhe é atribuído<sup>56</sup> e, na verdade, foi ainda mais longe, tratando de explicitar as razões de escândalo de seu crítico:

Mas o que parece chocar a razão do autor da resenha não é apenas esse princípio, que transforma um fato real (o da tomada do poder) na condição e base para um direito, mas também que a **mera** ideia de soberania sobre um povo me constrange, como membro pertencente a este povo, a obedecer sem previamente investigar o direito que é reivindicado.<sup>57</sup>

O que é dizer que o filósofo entendeu perfeitamente que a dificuldade de Bouterwek estava não apenas em admitir que a instituição do estado jurídico – definida, como sabido, pela formação de *uma vontade geral e pública* – possa ter começado, prosaica e tortamente, sem que *um povo tivesse um dia de haver realizado efetivamente um tal ato*,<sup>58</sup> mas sobretudo na tese de que **a mera ideia de soberania legítima, por si só, o exercício do poder por quem efetivamente o detiver**. Kant, porém, não obstante tenha percebido todo o alcance da análise de seu crítico, ao invés de recuar, radicalizou sua posição dizendo:

O comando: “Obedece à autoridade que detém poder sobre ti” não indaga como essa autoridade chegou a deter esse poder [...], pois a autoridade sob a qual tu vives, já está de posse do poder legislativo, e, embora possas raciocinar publicamente acerca de sua legislação, não podes erguer-te na qualidade de um legislador oponente.<sup>59</sup>

---

nada poderia ser menos paradoxal do que uma verdade analítica (no *Apêndice* que estamos a comentar esta tese está implicada na passagem seguinte: “Permitir qualquer resistência a esse poder absoluto (resistência que limitaria esse poder supremo) seria contraditório, pois nesse caso esse poder supremo (que é resistível) não seria o poder supremo legal que determina em primeira instância o que deve ser publicamente direito ou não.” DD, 372. (AA, 6, 372). Já no título do capítulo X da Introdução à Doutrina da Virtude, a afirmação do caráter analítico do imperativo categórico jurídico é expressa explicitamente.

<sup>55</sup> Ver: edições citadas, *id. ib.*

<sup>56</sup> Embora tenha alegado que nem por isso se o haveria de acusar de heterodoxia. DD, 270 (AA, 6, 371).

<sup>57</sup> DD, p. 270. AA 6, 371.

<sup>58</sup> Ver: *Sobre a expressão corrente*, p. 83-83. AA 8, 297.

<sup>59</sup> DD, 271. (AA 6, 372). A impassibilidade de Kant ante a crítica explica-se, em última análise, pelo caráter analítico do argumento que sustenta sua posição, cuja formulação, no presente contexto,

## V

Se agora procurarmos ver como Rousseau se posiciona diante de questões que se colocam quando se passa a considerar as condições efetivas de implantação da institucionalidade republicana, nos depararemos, por certo, como vimos, com uma paisagem muito diferente, a qual, contudo, não está livre de complicações teórico-textuais.

A ouvintes atentos e conhecedores das teorias do contrato, não escapa que Rousseau, tal como Kant, distingue *democracia, aristocracia e monarquia* como formas de organização institucional dos Estados, assim como tampouco ignorarão que Rousseau, tal como Kant, conhece e aponta aos inconvenientes da identificação do Poder Executivo com o próprio povo. e mais, Rousseau, certamente, não faz da institucionalidade democrática uma condição necessária para a preservação do contrato social e da vontade geral, o que parece trazer uma grande dificuldade para o ensaio de contraste de suas posições com as de Kant que vimos querendo comprovar.

No entanto, é fundamental ter presente, que, no contexto da teoria política rousseauiana, *democracia, aristocracia e monarquia não são, em absoluto, formas de império ou soberania*, como na doutrina kantiana, mas são, antes, formas de **governo**, diferença que, para Rousseau, é da mais extraordinária importância, a despeito de que, segundo seu parecer, ela não seja em geral bem-entendida.

Para explicar essa diferença, Rousseau parte de uma distinção metafísica entre as causas que concorrem, necessariamente, para a produção de uma ação livre, das quais uma é de caráter *moral*, a **vontade**, e a outra, de caráter *físico*, a **força**, causas essas também atuantes nos atos de constituição do Estado e que, na verdade, se encontram na origem da divisão institucional dos poderes em

---

é a seguinte: “Permitir qualquer resistência a esse poder absoluto (resistência que limitaria esse poder supremo) seria contraditório, pois nesse caso esse poder supremo (que é resistível) não seria o poder supremo legal que determina em primeira instância o que deve ser publicamente direito ou não)” (AA 6, 372). Praticamente, Kant combinará essa defesa da obediência incondicional ao poder efetivamente existente – cuja base se encontra na prescrição original de *exeundum* e *statu naturali* – com a afirmação da possibilidade de que os cidadãos se manifestem respeitosamente, notadamente, por escrito, com vistas a criticar erros e sugerir correções no comportamento efetivo do Estado.

Poder Legislativo e Poder Executivo.<sup>60</sup> É da maior importância observar, porém, que para Rousseau, à diferença do que se entende no constitucionalismo moderno, a distinção das causas não confere independência a esses poderes, nem implica que eles concorram igualmente na expressão da soberania. Ao contrário, Rousseau sustenta que a soberania reside inteira no povo que detém, com exclusividade, o *Poder Legislativo*, cuja vontade, de autoridade incompartível, se expressa, exclusivamente, por meio dele e do qual o governo é simplesmente o ministro.<sup>61</sup>

Ora, dessa assimetria normativamente absoluta entre o que na linguagem corrente se denomina de *poderes do Estado*, resulta que toda conversão de uma das quaisquer formas **de governo** em poder alegadamente soberano engendra uma forma política espúria do ponto de vista do direito político aberrante e inaceitável, em cuja ocorrência Rousseau diz ver somente um senhor e seus escravos, não um povo e seu chefe,<sup>62</sup> e isso, assim mesmo, se e quando “um povo prometer simplesmente obedecer, porque por esse ato ele se dissolve, perde sua qualidade de povo”.<sup>63</sup>

Desse ponto também se segue que qualquer que seja a forma de governo, e como quer que seja instituído seu titular, esse nunca será um representante do povo, mas simplesmente um comissário, *que nada poderá concluir em termos definitivos*.<sup>64</sup> Também corolário dessa concepção é que “toda lei que o povo em pessoa não tenha ratificado é nula; não é uma lei”.<sup>65</sup>

Repare-se, todavia, que, se a instituição do Estado, assim como a edição legislativa corrente, exigem o concurso **real** dos indivíduos-cidadãos, a entidade que daí resulta, que tem sua unidade ancorada em tais atos e que é provida de um *eu comum*, é entendida pelo genebrino como sendo um **corpo moral e**

---

<sup>60</sup> *Oeuvres CS*, III, I, p. 395. *Obras*, 57. L&PM, p. 71.

<sup>61</sup> *Id.*, 396. *Obras*, 57; L&PM, p. 72.

<sup>62</sup> *Id.*, I, V, p. 359. *Obras*, 26. L&PM, p. 31-32.

<sup>63</sup> *Id.*, II, I, p. 369. *Obras*, 35; L&PM, p. 42-43.

<sup>64</sup> *Id.*, III, XV, p. 429-430. *Obras*, 85; L&PM, p. 107.

<sup>65</sup> *Id.*, III, XV, p. 430. *Obras*, 85; L&PM, p. 107.

**coletivo**,<sup>66</sup> cuja base física, contudo, segundo sua doutrina, só pode ser formada pelos indivíduos humanos que o integram.

Sublinhe-se, uma vez mais, que, à diferença de Kant, a constituição desse corpo moral, que é também **coletivo**, só pode resultar do **ato unânime do conjunto completo** de tais indivíduos, até mesmo a maioria absoluta desses sendo considerada por Rousseau como a tanto não legitimada, como bem-explicado no Capítulo V do Livro I de *O contrato social*.<sup>67</sup>

Percebe-se, claramente, assim, como essa concepção altamente restritiva das condições de legitimidade da união civil leva a uma visão da realidade política inteiramente diferente da kantiana. Em primeiro lugar, Rousseau vê a ilegitimidade por toda parte,<sup>68</sup> excetuando as cidades-Estados da Antiguidade e, modernamente, as cidades de sua Suíça natal, que têm em Genebra e Berna os melhores exemplos. Em segundo lugar, o alto grau de exigência contido na estipulação das condições de legitimidade impostas por Rousseau à união civil faz com que esta seja vista como constitutivamente frágil e, por isso, sempre suscetível de e sempre perto da deterioração e da ruína.

Esse ponto, aliás, é o que explica que a análise desenvolvida por Rousseau tenha que incluir uma espécie de casuística com relação às melhores condições para preservação da legitimidade política, casuística que não encontra paralelo na teoria kantiana. Essa casuística pressupõe, por um lado, o reconhecimento da diversidade das situações em que se coloca a questão da instituição de instituições políticas legítimas e naturalmente implica uma atenção especial às

---

<sup>66</sup> CS, I, VI, p. 361. *Obras*, 28; L&PM, 34. Corpo esse que, por ser uma entidade ideal, pode ser tomado como um mero ente de razão, como ocorre quando, na consciência individual, a vontade particular prevalece sobre a vontade geral, V. CS, I, VII, p. 363. *Obras*, 30; L&PM, p. 36.

<sup>67</sup> Lê-se ali: “[...] *Antes de examinar o ato pelo qual um povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual um povo é um povo. Pois esse ato, sendo necessariamente anterior ao outro, é o verdadeiro fundamento da sociedade. Com efeito, caso não haja convenção anterior, a menos que a eleição fosse unânime, onde estaria a obrigação de a minoria submeter-se à escolha da maioria e de onde cem que querem um senhor tiram o direito de votar por dez que absolutamente não o querem? A lei da pluralidade dos sufrágios é ela própria o estabelecimento de uma convenção e supõe, ao menos uma vez, a unanimidade.*” V. CS, I, V, p. 359. *Obras* II, 26; L&PM, p.32.

<sup>68</sup> Esse é, obviamente, o sentido da conhecida declaração de que os homens nascem livres e contudo estão por toda parte postos a ferros. Ver: *Id*, I, I, p. 351. *Obras*, 20; L&PM, p. 23. Ou ainda, como Rousseau dirá adiante: “*Quanto a vós, povos modernos, não tendes escravos, mas o sois; pagais a liberdade deles com a vossa.*” *Id*. III, XV, p. 431. *Obras*, p. 87; L&PM, p. p. 108.



questões do tamanho demográfico e geográfico das comunidades em que, cada vez, for recolocada a questão da constituição do Estado.

Além disso, como não só o procedimento de instituição do corpo político exige a participação de todos os cidadãos, mas também a edição legislativo-ordinária, o problema de se preservar, contínua e longamente, a prevalência da vontade geral nas deliberações comuns torna-se crítico, porque Rousseau não ignora, mas, ao contrário, declara, com grande ênfase, que não por ter sido constituída a institucionalidade republicana desaparecem as vontades particulares, de sorte que é difícil manter as manifestações de vontade que constituem, performativamente, a vontade geral estavelmente focadas no interesse comum que unicamente lhes deve dar conteúdo. Por fim, do ponto de vista da filosofia da história, não há da parte de Rousseau nenhuma crença em um avanço histórico progressivo, comandado pelo grande artista que é a natureza de que nos fala Kant ao tratar da garantia de paz perpétua.

## VI

Se, antes de encerrar, voltarmos por um instante ao texto de Marx do qual partimos, creio que devemos dizer que Rousseau exige absolutamente a consequência da democracia consigo mesma – entendida essa, bem-entendido, não no sentido rousseauiano de *forma de governo*, mas como a única *forma imperii* legítima, exigência que, contudo, só pode ser satisfeita se for observado o princípio de subordinação absoluta do Poder Executivo ao Legislativo e a transformação do monarca em comissário. Já Kant, ao assumir o caráter necessariamente representativo da República, nega que haja, nisso, qualquer incoerência, eis que, tal qual Hobbes, sustenta que é somente quando for instituído um titular efetivo do poder político que se pode falar de povo, de sorte que esse titular deve ser tido, então, não como *representante*, mas como expressão e manifestação direta do *povo*, no sentido político que, nesse contexto, deve ser dado à essa palavra.

Muito embora este texto tenha sido mantido adstrito a simples leitura de Rousseau e Kant, creio que, ao concluí-lo, não será impróprio registrar que a combinação do realismo político de Kant com sua visão do ideal político confere à sua doutrina grande resiliência ao desgaste do tempo, ainda que pareça

necessário substituir a tese de que, na vontade do soberano, efetivamente existente, se encontra a vontade unida do povo pela lição proposta por Robespierre à Convenção Nacional, no dia 14 de junho de 1793, de acordo com a qual “em nenhum caso a vontade soberana se representa” sendo sempre *presumida*.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Texto citado por Jean-Yves Guiomar, *L'idéologie nationale: nation, représentation, propriété*, Editions Champ Libre, Paris, 1974. p. 207.

### 3

## Alain Touraine e o desafio da transição no mundo contemporâneo

Itamar Soares Veiga\*

### 1 Introdução

O estudo das modificações que acontecem na área do Direito depende de uma perspectiva mais ampla, visando a uma compreensão adequada. Isso se explica porque as modificações, no âmbito jurídico, emanam (ou devem emanar) das demandas da sociedade. Que a compreensão provenha de uma perspectiva mais ampla se justifica pela necessidade de se caracterizar a própria sociedade para, em um momento posterior, descobrir suas demandas. O ponto de análise de uma perspectiva mais ampla, deve visar, justamente, o corpo social, exigindo um aprofundamento e contribuições que nos auxiliem compreender a sociedade de nossa época.

Essa compreensão, desde uma perspectiva mais ampla, nos permitirá assumir um posicionamento mais articulado com um conhecimento a respeito das mudanças que têm ocorrido nas últimas décadas. *Mas como alcançar essa perspectiva?* Ela é classificada como ampla, porque existe desde sempre dentro da heterogeneidade nas sociedades democráticas. E, nessa heterogeneidade, a preocupação em descrever ou analisar, preliminarmente, um conjunto de influências que leva a mudanças em códigos e em procedimentos jurídicos, deve ser motivo suficiente para estimular um aprofundamento sobre as variáveis e os conceitos que remetem à sociedade.

E, para contribuir com a discussão sobre uma descrição possível das forças atuantes no âmbito social, vamos nos deter aqui, neste capítulo, mas posições desenvolvidas por Alain Touraine, sociólogo francês. Faremos isso como preparação para uma análise futura, que poderá ser direcionada a outros tópicos relativos ao indivíduo e à sua vida coletiva.

---

\* Doutor em Filosofia. Professor na Universidade de Caxias do Sul e integrante do PPGFIL-UCS.

Por que mencionamos aqui uma *preparação*? Porque Touraine nos fornecerá um panorama de fundo a respeito do jogo de forças que nós denominamos, atualmente, de *sociedade*. A partir desse cenário de fundo, poderemos sugerir uma discussão ética ou apontar ao que subjaz como desafio à prática jurídica.

Touraine é um sociólogo francês que escreveu obras importantes sobre a sociologia do trabalho. A partir dos anos 90, ele se dedicou a fazer uma análise mais ampla da sociedade, identificando as estruturas modernas herdadas do passado recente. Isso permitirá que analisemos a nossa sociedade atual a partir de sua concepção de crise da modernidade, mostrando como um mundo não moderno está emergindo de estruturas mais envelhecidas.

A sociedade com várias estruturas classificadas como institucionais e, ainda, de cunho moderno, estão em um franco processo de modificação colocado em curso por pressões de origem financeira. Isso atinge o âmbito jurídico, pois o Direito possui uma consolidação moderna que persiste até os dias de hoje. As mesmas modificações mais recentes na sociedade foram constatadas por Touraine em relação a vários aspectos. Nós tomaremos apenas dois deles dentre uma delimitação que ele mesmo realizou a respeito dos “agentes modernizadores”, que são em número de quatro: *nação*, *empresa*, *consumo* e *técnica*. Nós nos deteremos apenas em dois desses fatores: *nação* e *empresa*. Deter-nos-emos na *nação*, porque isso ela diz respeito ao que a própria época moderna tem como constitutivo. Além disso, há um fator cronológico envolvido na escolha do item *nação*: na época em que Touraine escreveu os livros, várias *nações* da Europa Oriental estavam ressurgindo em sua autonomia e busca de uma identificação cultural-nacional. E, nos deteremos na *empresa*, porque esse fator mostra a dinâmica econômica subjacente que está em quase todas as circunstâncias da vida moderna e também da vida atual. Além disso, as variáveis econômicas apresentam-se como a causa de modificações sociais, mas não nos deteremos no fator *consumo*, pois ele pode ser mais detalhadamente exposto por obras de autores mais recentes como Bauman (2008) e Crary (2014). Nem nos deteremos na *técnica* por conta da sua complexidade, que pode ser antevista na medida em que, segundo o próprio Touraine, esse item abarca todos os demais. Parece-nos ser suficiente tratar da *nação* e da *empresa* para poder apresentar um quadro geral da sociedade atual. Um quadro que oferece

tensionamentos importantes a partir de mudanças entre épocas históricas: a modernidade e o que há além dela. Esse quadro mostra, também, um cenário prévio dos desafios na área da ética e do Direito.

Touraine é conhecido por ter elaborado uma teoria sobre o sujeito, que alcançou uma dinâmica peculiar com o seu conceito de *ator social* e, já dentro do século XXI, ele a reveste com o conceito de *ator não social*. Essa pequena, mas importante informação sobre esse autor, pode ser complementada em uma por correspondência com os livros que foi, cronologicamente, publicando. Nós já fizemos um trabalho muito próximo a isso e o apresentamos em um artigo que pode ser consultado (VEIGA, 2018).

Para mostrar os principais eixos que cruzam a análise de Touraine sobre o âmbito de convivência entre os humanos, isto é, sobre o âmbito que denominaremos de sociedade, vamos trabalhar com esses dois conceitos já mencionados: o de nação e o de empresa. O conceito de empresa adquirirá um destaque maior, tendo em vista que sua força tem sido mais determinante em relação a uma ruptura com o mundo moderno, o que inclui o modo de vida *digital* dos indivíduos. No conceito de nação, encontramos formas de reação a um universalismo impessoal. Esses dois conceitos serão apresentados principalmente a partir do Capítulo III da segunda parte do livro *Crise da modernidade*, cuja terceira edição em português, no ano de 1999, será a nossa fonte principal.

## **2 Nação e empresa: a ruptura com a época moderna**

Esses conceito de nação e empresa são importantes em dois sentidos: o primeiro é que eles integram uma parte da realidade que é afetada pela transição da época moderna à época contemporânea. Tal afetação é resultado de um conjunto de forças que envolve, principalmente, a economia e as relações entre indivíduos. *Prima facie*: a economia remete à empresa, e as relações entre os indivíduos, à nação, e ambas se submetem às novas formas de convivência e de troca de informações. Todavia, empresa e nação estão historicamente situadas na origem do moderno e, com suas modificações e afetações, permanecem dentro da civilização ocidental até os dias de hoje, embora estejam em uma constante atualização.

Essa atualização não é de fácil compreensão: os conceitos adquirem um caráter mais fluído que não diz respeito às elaborações mais rigorosas em um sentido moderno. Entretanto, tais conceitos são importantes e não foram abandonados, porque ainda assinalam modos de vida em nosso mundo contemporâneo. E, para o nosso propósito, são importantes porque Touraine conduz sua análise sobre as diferenças entre as duas épocas: moderna e contemporânea, em uma análise sobre ambas. Para isso tanto, os dois conceitos servem para fazer uma espécie de exteriorização possível da análise. E, ao fazer isso, Touraine apresenta uma espécie de oscilação inerente à empresa e inerente à nação. Essa oscilação indica um ultrapassamento de moldes somente modernos.

Touraine trata de três agentes da modernização, denominados de forma mais ampla, respectivamente, como: nação, empresa e consumo. Neste capítulo, vamos nos deter apenas nos dois primeiros agentes: a nação e a empresa, que são assim apresentados:

A nação é a forma política da modernidade, pois ela substitui as tradições, os costumes e os privilégios por um espaço nacional integrado, reconstruído pela lei que se inspira em princípios da razão. Da mesma forma, a empresa é um ator racional graças ao qual a ciência se torna técnica de produção, e cujo efeito de racionalização é julgado pelo mercado. [...]. (TOURAINÉ, 1999, p. 144).

A denominação “forma política da modernidade” deve ser vista com ressalvas, pois tanto a nação quanto a empresa tenderão, igualmente, a ultrapassar o estágio de ser apenas uma “forma política da modernidade”. Isso tem algumas particularidades, porque, enquanto a modernidade se desenvolve historicamente, nação e empresa surgem e representam atores importantes desse desdobramento histórico. Porém, quando a modernidade adquire uma forma mais amadurecida, ou simplesmente entra em crise, a nação e a empresa se mostram como fenômenos mais destacados que se deslocam do sentido moderno identificado como racionalista e universalista.

Há uma vinculação entre ambas: nação e empresa, e essa vinculação não é compreensível apenas a partir de um lugar comum que destaca a origem histórica do surgimento do mundo moderno. A vinculação é mais profundamente demonstrada pela dinâmica econômica. Nesse sentido,

a nação não é a figura política da modernidade, ela é o ator principal da modernização, o que significa que ela é o ator não moderno que cria uma modernidade sobre a qual ela procurará preservar o controle, ao mesmo tempo que aceitará perdê-lo em parte, em benefício de uma produção e de um consumo internacionalizados. (TOURAINÉ, 1999, p. 146).

A nação busca o *controle*, mas poderá perdê-lo e, *em parte*, para o mercado. O mercado é um conceito que abarca a empresa, mas essa mesma vai além de um universo limitado pelas determinações modernas. Dentro da nação se expressam forças que podem avançar para além das determinações referentes à época moderna. Essas forças podem ser as mais diversas, por exemplo, Touraine afirma que é possível que sejam antiuniversalistas e até discriminadoras. O núcleo aqui é que, dentro da sociedade, dentro do próprio conceito de nação, há um potencial de ruptura com a modernidade, estabelecendo a possibilidade de uma crise, crise que se torna bem visível no colapso financeiro de 2008. Prosseguindo sobre a nação, Touraine afirma o seguinte: “As nações, que são agentes não modernos de modernização, tornam-se cada vez mais forças de resistência à modernização e difundem idéias abertamente antiuniversalistas que culminam com afirmação da superioridade absoluta de uma cultura até mesmo de uma raça” (1999, p. 147).

Percebe-se que ser um “agente de modernização” não implica, necessariamente, ser um integrante fiel do mundo moderno como se fosse pertencente à mesma natureza indissociável. Nesse sentido, o racionalismo e o universalismo da Luzes seriam elementos desse tipo. Para Touraine o moderno se constitui como um plano de desenvolvimento possível dentro do qual se situam agentes de modernização, sejam esses agentes a racionalização e o universalismo ou a nação e a empresa. Os dois primeiros podem ser compreendidos como intrínsecos à natureza do próprio moderno, e os dois últimos podem ser compreendidos (porque se mostram assim) como *agentes* diferenciados, que poderão assumir formas não modernas. Portanto, poderão assumir formas não racionalistas e universais e não obstante sejam potencialmente não modernos, ainda assim, são agentes do desenvolvimento.

*Por que a nação e a empresa são vistos/classificados como não modernos?* Porque, ao cumprirem seu papel dentro da época moderna, não se exaurem, mas ultrapassam a época que ajudaram a desdobrar. Ambos os conceitos se

aproximam. No livro de 1994 de Touraine há essa aproximação. O processo subjacente ao desdobramento do conceito de nação é reposicionado pelo conceito de empresa. A análise de Touraine no que diz respeito à empresa começa com um questionamento que pretende mostrá-la e identificá-la com a época moderna:

Parece difícil não considerar a empresa como agente da modernidade definida como racionalização. Produzir eficazmente, responder às demandas que se exprimem no mercado, buscar o lucro mais elevado, diversificar os investimentos, todos esses atos que constituem o essencial da gestão das empresas, não são também aplicações da racionalidade econômica? (TOURAINÉ, 1999, p. 149).

A ênfase no racional (*racionalização e racionalidade*) caracteriza a empresa como um agente importante dentro da época moderna, no entanto sua dinâmica, associada à natureza econômica, ultrapassa a época moderna. A consequência disso é que a empresa começa a adquirir contornos mais difusos, e sua consideração se torna muito mais representacional do que efetiva no mundo real, justamente porque o mundo moderno resiste a mudanças que se apresentam a partir da dinâmica econômica. Há um processo gradativo de afastamento de forma não explícita da empresa do centro das atenções. Touraine se refere a esse processo com as seguintes palavras:

O que desperta a dúvida, porém, é antes de tudo o lugar pouco valorizado concedido à empresa nas análises da atividade econômica. Durante um primeiro período, falou-se sobretudo de capital, dos ciclos econômicos e, numa medida menor, dos efeitos da inovação técnica sobre a atividade econômica. O segundo período da história da análise da produção foi dominado pela ideia de racionalização. Mas de Taylor e Ford até a idade de ouro das *business schools* americanas nos anos 50 e 60, a empresa não apareceu senão como moldura concreta da modernização: os *experts* aconselhavam-na a aplicar os princípios do racionalismo das luzes, a definir suas funções e seus níveis hierárquicos, a planejar bem a circulação das informações, das ideias, das mercadorias e dos homens, em sua a colocar ordem e clareza nos conjuntos cada vez mais complexos. O *management*, que se expandiu dos Estados Unidos para a Europa depois da Segunda Guerra Mundial, aplicou os princípios de valor geral a situações particulares, mesmo se ele fez um grande uso dos estudos de caso. Porém, durante esse período que marcou o apogeu da indústria americana, a ideia de empresa ocupou um lugar central? De forma alguma. (TOURAINÉ, 1999, p.149, grifo nosso).



O processo descrito por Touraine apresenta sua posição sobre a empresa nos tempos atuais. Essa posição é que a empresa de “forma alguma” é parte central das preocupações econômicas oriundas do moderno. A concepção que Touraine tem da empresa a compreende como um *agente* capaz de ultrapassar a época marcada pelos séculos XIX e XX. Há uma transição desempenhada pela empresa conforme ela se distancia, historicamente, da origem do mundo moderno. Nesse caso, a dinâmica econômica gera um aparato de funções abstratas ou simbólicas. A empresa representaria a dinâmica original que foi transformada, pois ela não desaparece no horizonte capitalista, mas significa que os contornos se tornam mais difusos na medida em que o mundo moderno vai se afastando e se modificando. Isso ocorre em uma dinâmica econômica de pós-industrialização. Nesse sentido, a bússola das operações que geram riqueza migra cada vez mais para o setor financeiro e não para o setor produtivo.

Touraine se detém no conceito de empresa e propõe acompanhar sua contrapartida real dentro da sociedade, do mesmo modo como fará com o conceito de *nação*. Ambos os conceitos ultrapassam a época moderna. Entretanto, para tornar mais clara a abordagem de Touraine, vamos detalhar mais este tema: *O que seria a empresa nos dias de hoje*, quando estamos prestes a completar duas décadas do século XXI? Iniciando com o próprio Touraine, que realiza um breve aprofundamento a respeito:

A empresa deixa de ser considerada como a expressão concreta do capitalismo; ela aparece cada vez mais como uma unidade estratégica num mercado internacional competitivo e como um agente de utilização de novas tecnologias. Não é bem racionalização nem a dominação de classe que a definem melhor, é a gerência de mercados e tecnologia. Esta passagem de uma análise em termos de classes sociais ou de racionalização a uma outra, definida em termos estratégicos, modifica completamente nossa representação da empresa. (TOURAINÉ, 1999, p. 150).

A empresa se torna mais flexível e abstrata sob a forma de uma *unidade estratégica*, visto que atua em um plano mais amplo do que o plano nacional, pois o seu mercado é *internacional*. Nesse sentido, há uma cobrança constante em ser *competitivo*. A forma mais adequada para essa flexibilidade é, ao mesmo tempo, internacional (expandida) e vinculada às *novas tecnologias*. Mas, se nos situarmos cronologicamente, Touraine escreveu *Crise da modernidade*, antes da

metade da década de 90, no século passado, quando as *novas tecnologias* ainda não tinham alcançado a atual oferta vertiginosa que têm nos dias de hoje. Isso dá ensejo a uma atualização, que pode ser feita com outros dois autores: Deleuze (2013) e Byung-Chul Han. A escolha de Deleuze não deixa de ser singular, pois os trechos citados mais abaixo foram retirados do seu famoso *Post-scriptum*, escrito em 1990 e publicados em seu *Pourparlers* (1972-1990) em francês, portanto, poucos anos antes da própria obra de Touraine. Deleuze pode ser um ponto adicional mais expressivo das mudanças que ocorreram na empresa. Vejamos se isso é possível:

A fábrica era um corpo que levava suas forças internas a um ponto de equilíbrio, o mais alto possível para a produção, o mais baixo possível para os salários; mas numa sociedade a empresa substitui a fábrica, e a empresa é uma alma, um gás. Sem dúvida a fábrica já conhecia o sistema de prêmios, mas a empresa se esforça mais profundamente em impor uma modulação para cada salário, num estado de perpétua metaestabilidade, que passa por desafios, concursos e colóquios extremamente cômicos. Se os jogos de televisão mais idiotas têm tanto sucesso é porque exprimem adequadamente a situação da empresa. A fábrica constituía os indivíduos em um só corpo, para a dupla vantagem do patronato que vigiava cada elemento na massa, e dos sindicatos que mobilizavam uma massa de resistência; mas a empresa introduz o tempo todo uma rivalidade inexprimível com sua emulação, excelente motivação que contrapõe os indivíduos entre si e atravessa cada um, dividindo-o em si mesmo (DELEUZE, 2013, p. 225).

Em 1990 e em anos anteriores, a *televisão* ainda possuía uma hegemonia indiscutível da atenção geral, mas, nos anos mais atuais, essa hegemonia declinou em função das postagens em *blogs* e *sites* e, principalmente, das redes sociais digitais. Mas, no foco sobre o tema da empresa e, nisso, o foco sobre a dinâmica econômica, a perspectiva de Deleuze a coloca como substituta da fábrica, uma compreensão adequada à realidade atual, não obstante tenha adquirido contornos abstratos. Ela passa a estar vinculada a uma posição estratégica, tal como referia Touraine. A confusão sobre seu papel se deve mais ao *resíduo moderno* da geração de riqueza baseada na produção de mercadorias e não no fluxo de informações, que, na realidade, está cada vez mais se afirmando como mais determinante.

A flexibilidade da empresa combina com uma modificação a respeito do próprio indivíduo. No mundo moderno, o indivíduo era uma peça importante,

consubstanciado na noção de cidadão, porém, no mundo atual, o conceito de nação se torna um agente de modernização que ultrapassa as barreiras da época moderna, pois o próprio indivíduo se modifica. Dita modificação acompanha a dinâmica econômica, que aponta a uma direção, na qual a fábrica dá lugar à empresa, e a empresa trabalha principalmente com a informação e não com o elemento concreto da produção. A respeito, trata-se muito mais do fluxo de produtos, o que em última instância, deve ser automatizado.

É evidente que essa modificação da imobilidade da produção (e armazenamento) para uma mobilidade da mercadoria (logística), modifica a situação do indivíduo. Para assinalar essa modificação, mais uma vez, citam-se as palavras de Deleuze, que podem nos auxiliar:

Os indivíduos tornaram-se “*dividuais*”, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou “*bancos*”. É o dinheiro que talvez melhor exprima a distinção entre as duas sociedades, visto que a disciplina sempre se referiu a moedas cunhadas em ouro – que servia de medida padrão –, ao passo que o controle remete a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moeda. A velha toupeira monetária é o animal dos meios de confinamento, mas serpente o é das sociedades de controle. Passamos de um animal a outro, da toupeira à serpente, no regime em que vivemos, mas também na nossa maneira de viver e nas nossas relações com outrem. O homem da disciplina era um produtor descontínuo de energia, mas o homem do controle é antes ondulatório, funcionando em órbita, num feixe contínuo. (DELEUZE, 2013, p. 226-227).

Que os indivíduos tenham se tornado “*divisíveis*” e as *massas* tenham sido reduzidas a mostras possíveis são também efeitos do avanço dos recursos técnicos, que não somente permitiram às nações mais poderosas afastarem de si a preocupação em produzir mercadorias como, também, modificaram as relações entre os indivíduos, que se tornaram (e se tornam ainda), mais passíveis de serem computados e analisados por ferramentas algorítmicas e estatísticas. Uma computação que poderia fornecer caminhos ao condicionamento a um determinado comportamento.

Certamente, uma espécie de paralelo está envolvida aqui: é preciso que a flexibilidade do indivíduo, divisível estatisticamente, reflita uma flexibilidade externa, a do fluxo econômico, igualmente dividida e subdividida até o infinito.

Isso fornece uma noção de legitimidade recíproca entre indivíduo e ambiente externo nos tempos atuais.

Outro comentário esclarecedor sobre a sociedade atual, em contraponto com a anterior sociedade moderna (uma “sociedade do trabalho” anterior) encontra-se no livro *Sociedade do cansaço*, de Byung-Chul Han. Ele apresenta justamente um foco sobre o indivíduo:

A sociedade do trabalho e a sociedade do desempenho não são uma sociedade livre. Elas geram novas coerções. A dialética de senhor e escravo está, não em última instância, para aquela sociedade na qual cada um é livre e que seria capaz também de ter tempo livre para o lazer. Leva ao contrário a uma sociedade do trabalho, na qual o próprio senhor se transformou num escravo do trabalho. Nessa sociedade coercitiva, cada um carrega consigo seu campo de trabalho. A especificidade desse campo de trabalho é que somos ao mesmo tempo prisioneiro e vigia, vítima e agressor. Assim, acabamos explorando a nós mesmos. Com isso, a exploração é possível mesmo sem senhorio. Pessoas que sofrem com a depressão, com TPL ou SB desenvolvem sintomas iguais ao que apresentavam também aqueles muçulmanos nos campos de concentração. Os muçulmanos são prisioneiros fracos e consumidos, que se tornaram completamente apáticos com a depressão aguda e nem sequer conseguem ainda distinguir entre o frio físico e o comando do guarda. Não podemos nos isentar da suspeita de que o *animal laborans* pós-moderno, com seus transtornos neuronais, seria também um muçulmano, com a diferença, porém, de que, diversamente do muçulmano, está bem nutrido e, não raras vezes, bastante obeso. (HAN, 2017, p. 46-48).

O que permite que o *animal laborans* atual explore a si mesmo são os recursos técnicos. Mas, no plano externo, isso tem consequências que podem resultar – como aliás muitas vezes resultam – em um gradual afastamento das conquistas sociais obtidas na emergência do mundo moderno. A associação entre prestação de serviços individuais mediados por um aplicativo digital faz com que o indivíduo não somente explore o melhor de si mesmo, mas também, se torne um agente da crise da modernidade.

Há alguns problemas importantes que remetem ao âmbito do Direito. O Direito é uma instituição antiga que adquire outras formas, entre as quais aquela da época moderna que é mais preponderante. Nesse contexto, o embate moderno das lutas sociais entre produção e trabalho fica deslocado pelo cenário mais recente de fluxo de produtos e prestação de serviços. O uso de aplicativos para receber e oferecer serviços é um exemplo de uma flexibilidade análoga ao

fluxo das mercadorias. Os desafios ao Direito atual, para lidar com questões oriundas de trabalhos fornecidos mediante aplicativos, são uma espécie de confirmação da mudança entre épocas. Vamos deixar ao próprio leitor a identificação desses casos de um modo mais específico. Nosso objetivo é mais modesto, pois é apenas contribuir para a abertura do espaço de debates. Há, certamente, outras áreas, além da filosofia, que podem dar uma contribuição similar.

Outro problema mais localizado a respeito dos desafios do Direito pode ser encontrado no que diz respeito às nações, considerando-as a partir do modo como se dividem dentro das relações econômicas. Essa divisão reflete uma dinâmica material específica, distribuindo, de forma macro, tarefas relativas à geração de riqueza. Mais uma vez, Deleuze pode ajudar a identificar esse problema, porque oferece um plano geral dentro do qual podemos encontrar a peculiar situação dos países em desenvolvimento. Suas palavras são as seguintes:

O capitalismo do século XIX é de concentração, para a produção, e de propriedade. Por conseguinte, erige a fábrica como meio de confinamento, o capitalista sendo proprietário dos meios de produção, mas também eventualmente proprietário de outros espaços concebidos por analogia (a casa familiar do operário, a escola). Quanto ao mercado, é conquistado ora por especialização, ora por colonização, ora por redução dos custos de produção. Mas atualmente o capitalismo não é mais dirigido para a produção, relegada com frequência à periferia do Terceiro Mundo, mesmo sob as formas complexas do têxtil, metalurgia ou do petróleo. É um capitalismo de sobreprodução. Não compra mais matéria-prima e já não vende produtos acabados: compra produtos acabados, ou monta peças destacadas. O que ele quer vender são serviços, e o que quer comprar são ações. Já não é um capitalismo dirigido para a produção, mas para o produto, isto é, para a venda ou para o mercado. Por isso ele é essencialmente dispersivo, e a fábrica cedeu lugar à empresa (DELEUZE, 2013, p. 227-228).

A situação peculiar desses *países em desenvolvimento* (ou nas palavras de Deleuze: países do “Terceiro Mundo”), entre os quais se inclui aqueles da América do Sul, é que ditos países têm uma duplicidade de tarefas: a da produção de mercadoria e a mais recente que é o provimento de serviços internos conforme os aplicativos. Não somente a produção de mercadorias migrou para os países de terceiro-mundo, pois migraram as tarefas relativas aos serviços. É preciso assinalar que os meios informáticos atuais permitem tal

migração nas mais diversas formas: computação nas nuvens, banda larga em *smartphones*, etc. Por isso, o cenário do fluxo econômico, dentro dos países em desenvolvimento, se torna híbrido, e esse é um elemento material que gera complexidade à prática jurídica.

A consequência é que a fábrica que se converte cada vez mais em uma empresa flexível, delega o âmbito da produção para além das fronteiras e administra apenas o serviço de compra e entrega. A segunda consequência importante é que o campo do Direito deve conviver com esse cenário híbrido resultante do período de transição. Por isso, os problemas dos quais o Direito deve tratar são problemas novos cuja solução deve ser providenciada. Nesse caso, o ser “novo” de um problema é ser para além do moderno.

Um elemento adicional e não menos importante é a exigência que recai sobre as pessoas individualmente consideradas. Não se trata mais aqui, do cidadão, mas do indivíduo, tomado em sua condição mais *natural* ou *nua*, como se refere Agamben. O indivíduo é estimulado em sua capacidade de *innovar*, e de *emprender* e de iniciar o seu *negócio*. Sem dúvida, esse elemento adicional representa uma valorização do indivíduo, mas não a valorização da condição de ser um cidadão, respeitando a unidade política da região ou da nação. O negócio desse indivíduo *inovador* e *empreendedor* pode gerar problemas novos e tornar mais complexa a tarefa do Direito que é a de gerar decisões. Devemos lembrar que por mais flexível que o Direito possa se mostrar, ele é uma área que ainda tem um enraizamento fortemente moderno.

Vinculado ao indivíduo, a empresa salienta, cada vez mais, o seu papel abstrato e estratégico, e, talvez, isso explique o atual sucesso dos *coach*. O indivíduo assume, cada vez mais, um papel fluído e flexível, porque imita uma *unidade econômica*. Isso pode ocorrer mesmo em detrimento de seus direitos de cidadão.

A inclusão do indivíduo no fluxo da economia conta, agora, com os meios informáticos necessários para conseguir gerar riqueza e manter um fluxo econômico com algum custo pessoal. Neste momento, a *empresa* compreendida como *unidade estratégica* é intensificada e, na *base do sistema capitalista*, que é moderna, há uma separação importante. Ela é referida assim por Touraine:

A partir do momento que se fala de estratégia de empresa e não mais de regras gerais de racionalização, a empresa passa a ser um ator essencial da vida social, e a análise não pode mais se contentar em reduzi-la à unidade de base do sistema capitalista. Isto se traduz por uma ruptura crescente entre uma macro-economia muito formalizada, útil às decisões governamentais, e uma micro-economia que se aproxima dos estudos de gestão e por isto de uma abordagem sociológica. O estudo do sistema e o dos atores se separam (TOURAINÉ, 1999, p. 151).

A *macroeconomia*, que segue as *decisões governamentais* ainda é influenciada pela racionalização herdada da perspectiva moderna. Em um estágio mais avançado do capitalismo, tal como vivemos no século XXI, os atores assumem um papel disruptivo, que se mostra na microeconomia estimulado por aplicativos de informática cada vez mais incontroláveis, menos racionais e com valores menos universalistas. O importante é prestar o serviço.

Ao visualizarmos essa situação geral, percebemos que, nesse caso, a dinâmica econômica é o elemento principal das mudanças, e essa dinâmica, no início deste capítulo, é subsumida pela palavra *empresa*, termo que é utilizado tanto por Touraine quanto por Deleuze. Touraine fala também de *nação*.

Porém, nos tempos atuais, a nação adquire um contorno secundário, diferente daquele dos anos 90 do século passado, quando, então, Touraine fez suas análises. Naquela época, as nações da Europa Oriental recém tinham se libertado do domínio soviético, e isso fez com elas destacassem as próprias culturas e tradições para conseguir impulso próprio na reconstrução de seus países. Mas essa época passou, os países foram reconstruídos, e muitos deles integraram a Comunidade Europeia. Entretanto, para esclarecer a concepção de nação de Touraine, em 1990, devemos entender, também, sua concepção de *sujeito coletivo*:

A tradição modernista proveniente do Iluminismo geralmente quis ser estranha ao espírito nacional em nome da livre circulação tanto das ideias quanto dos homens e dos bens. Isso contribuiu para criar conflitos cada vez mais violentos entre esse universalismo ligado evidentemente demais às nações dominantes e um nacionalismo defensivo que às vezes tomou a forma extrema do racismo ao qual ele responde. [...]. Se a consciência nacional ganha tanta importância em todo mundo, é porque não existe Sujeito pessoal fora de um Sujeito coletivo, isto é, da união entre uma vontade coletiva livre e uma memória histórica. Foi nas nações que melhor se associaram esses dois elementos que se formou com mais força a afirmação do Sujeito pessoal, inclusive contra as pressões da identidade

peçoal e de todas pertenças sociais. Não há democracia onde não existe coletividade nacional, porque ela está segmentada em regiões ou em etnias, ou porque ela se dividiu por uma guerra civil. É preciso que a nação exista para que a sociedade civil possa libertar-se do Estado e para que os indivíduos sejam capazes de conquistar sua liberdade pessoal no seio desta sociedade. O sujeito, tanto coletivo quanto individual é indissolúvelmente alma e corpo, e somente uma concepção muito acanhada da modernidade pôde identificar esta com o espírito contra o corpo, com o futuro contra o passado. É na sua integração que a modernidade se completa (TOURAINÉ, 1999, p. 316).

A nação é compreendida como um *agente modernizador*, porque ela completa a modernidade. E, nesse completar, a nação, ainda dentro de sua função modernizadora, pressiona a modernidade, para que a “sociedade civil possa se libertar do Estado”, e que os indivíduos possam ser livres, inclusive, no âmbito pessoal. Ou seja, a nação, nesse caso, é uma espécie de refúgio e fator de modernização, ultrapassando o universalismo e o racionalismo da modernidade.

Embora a nação continue influente e se amalgame com um componente de identificação cultural e política, os cenários internacionais sugerem que a influência atual dela está se dissolvendo e se direcionando a um universo cultural menos ativo.

Certamente, isso se deve ao caráter radical com que está sendo feita a ultrapassagem da modernidade pela *empresa* compreendida como centrada no indivíduo. A nação entra, aos poucos, em crise diante dos recursos informáticos de comunicação e, nesse sentido, os acontecimentos políticos do final desta segunda década do século XXI poderiam ser compreendidos como uma reação: a ascensão ao poder de partidos com ideologia de extrema direita, os quais, invariavelmente, procuram associar suas bandeiras de propaganda política a uma espécie de patriotismo. Busca-se, talvez, nesses movimentos, o resgate do fator mobilizador da nação no impessoalismo geral originado pela técnica. Touraine se aproxima dessa direção, fornecendo quase uma base a essa especulação:

Quando o espírito moderno se preocupa em abalar a ordem tradicional, a razão e a vontade de liberdade individual parecem associadas uma à outra, porém quanto mais a ordem herdada é substituída pela organização da produção e pelos aparelhos de gestão, mais essa associação se desfaz, enquanto se reforçam as duas faces do Sujeito, a face defensiva e a face libertadora, a referência à comunidade e o apelo à liberdade pessoal. Quando a modernização não é mais endógena, quando ela não é mais produzida pelo trabalho próprio da razão aplicada à ciência e às técnicas,



mas por uma mobilização social e cultural contra os “inimigos da liberdade”, contra os obstáculos à transformação da sociedade e da cultura, é com o passado que se constrói o futuro e todo progresso para a frente é vivenciado também como volta às origens mais ou menos míticas. Como os países colonizados ou dominados não desconfiariam de um racionalismo identificado por eles com o poder que os esmaga? Como não se oporiam por sua história e sua cultura, a um poder hegemônico que se identifica com a modernidade e a razão e que considera universais formas de organização e de pensamento que correspondem também a seus interesses particulares? (TOURAINÉ, 1999, p. 314).

É indecível se essa é uma aposta, pois a nação teria que fazer frente a uma possível dispersão dos indivíduos e a uma descentralização mundial da economia. Essas duas tarefas parecem ser demasiado grandes para ser sobrepujadas, mas fica o registro de que a nação é um *agente modernizador* em 1990 para Touraine. E, se nossa especulação é correta, a reação de partido de extrema direita e sua associação com uma espécie de patriotismo parecem revelar que ainda a nação não perdeu toda sua capacidade de gerar rupturas.

Finalmente, depois de Touraine analisar os diferentes *agentes de modernização*, ele se encaminha a uma conclusão particular: se os *agentes de modernização*: a nação, a empresa, o consumo e a técnica estiveram no próprio surgimento do mundo moderno, mas adquiriram suas respectivas formas especializadas que propiciaram o rompimento com o paradigma racionalista do mundo moderno, então aqueles sinalizam uma *crise*, que é mais bem-expressa pelo *agente* compreendido como *ator social*:

O ator social não se reduz jamais às funções que ele desempenha no sistema, não mais que uma sociedade que é um elo numa história cujo sentido seria desvelado pelos filósofos ou pelos economistas. É nessa dissociação por vezes limitada, por vezes extrema, da modernidade e dos atores da sociedade em modernização que reside a crise da ideologia clássica da modernidade que repousava sobre a afirmação da sua correspondência perfeita (TOURAINÉ, 1999, p. 148).

Nem a nação e nem a empresa possuem uma “correspondência perfeita” com a modernidade na medida em que desempenham seus papéis como “atores da sociedade em modernização”. As obras posteriores de Touraine, principalmente a escrita em francês e publicada em português em 2011: *Após a crise...* enfatiza o âmbito econômico como o mais determinante da passagem do

social para o pós-social. Nesse sentido, a crise financeira de 2008 foi a que mostrou como o mundo financeiro se afastou (e está se afastando) das estruturas sociais que o geraram, estruturas sociais vinculadas à modernidade. Touraine é claro sobre esse afastamento: “A crise atual testemunha o desaparecimento dos atores da sociedade industrial. Os financistas se separam das empresas produtivas, mesmo das maiores entre elas” (TOURAINÉ, 2011, p. 193).

No que diz respeito especificamente à nação, há um enfraquecimento visível da capacidade deste *agente modernizador* de intervir nos acontecimentos de uma pós-sociedade. Uma posição sobre isso pode ser inferida pelas afirmações de Touraine no início do livro supracitado:

A globalização do sistema econômico enfraqueceu principalmente os instrumentos de intervenção formados num quadro nacional, em particular a capacidade de regulação e de controle das relações entre os atores econômicos por um Estado capaz de intervenção tanto social quanto econômica (TOURAINÉ, 2011, p. 28).

Trata-se, aqui, do âmbito financeiro que foi mais determinante do que o âmbito da nação. O âmbito financeiro tem uma relação mais direta com a empresa na medida em que essa se apresenta na Bolsa de Valores, capta dinheiro, ou, de forma ainda mais simples, se oferece para um investidor sob a forma de uma *startup*. De fato, o fluxo econômico foi o fator determinante de uma passagem da sociedade da modernidade a uma nova sociedade. A primeira ainda vinculava a economia às suas demandas internas, compreendidas, inclusive, por meio de um equilíbrio entre o capital e as lutas sociais dos trabalhadores. Nesse caso, a sociedade e a economia estavam reunidas segundo os mesmos propósitos modernos: o da racionalização e o do universalismo. Já na nova sociedade do pós-social, a economia se descola da política e dos interesses nacionais. Para realizar esse feito, ela é auxiliada pelos recursos tecnológico-informáticos, a partir dos quais, mais uma vez, as *startups*, ou iniciativas individuais, se beneficiam, propagando seu produto em um horizonte para além dos limites de uma nação.

Touraine vai aprofundar sua análise sobre a determinação do âmbito econômico, principalmente do setor financeiro, o mesmo que ocasionou a crise

dos *derivativos* em 2008. Tal determinação expressa as causas fundamentais referentes à passagem de uma sociedade a outra. Em seu aprofundamento, ele expõe que,

doravante compreendemos melhor por que devemos diferenciar a crise financeira que rapidamente se alastrou sobre a economia e o emprego, e a transformação a longo termo que sofre a sociedade, passando de uma produção industrial ou pós-industrial para uma situação qualificada por mim como pós-social. Esta posição não tem nada a ver com a ideia de que todos os aspectos da vida de uma sociedade são determinados por sua situação econômica, ideia que não corresponde mais à realidade. A vida social atual é dominada de um lado pela economia globalizada, que exerce uma pressão sobre todos os domínios da vida social, e, de outro, pela referência dos atores a um sujeito definido como situado além da ordem social, como pertencendo ao domínio dos princípios universais (TOURAINÉ, 2011, p. 11).

Os novos princípios universais, defendidos pelos atores, são semelhantes a uma defesa dos direitos humanos, a qual é um princípio universal, mas que, cada vez mais, se converte em um princípio moral. A defesa dos direitos humanos revela um caráter universal, e essa luta é assumida pelo ator (TOURAINÉ, 2011, p. 154-159) na *nova sociedade* do pós-social. A explicitação dos atores, nesse novo contexto, é assim exposta por Touraine:

Esta separação entre sujeito e sistema, isto é, em uma palavra, o desaparecimento do ator social, desde o Século das Luzes foi acompanhada por apelos ao sujeito que hoje não se dirigem mais a um sujeito social, mas a um *sujeito pessoal, moral*. Ao final de um século XX, grandemente dominado por guerras entre Estados Totalitários, tememos, como se fosse peste, toda associação entre ciência e ideologia política. Os atores se definem cada vez menos por sua pertença à sociedade e sempre mais claramente por sua referência à ideia de sujeito, considerada como capacidade dos seres humanos de se constituir, graças à linguagem, às representações artísticas e à criação de “além” – visto como a origem da própria criatividade – como garantia de seus direitos (2011, p. 186).

A preocupação de Touraine se dirige ao percurso do ator ao se manter na função de ator e promover mudanças dentro da sociedade. O seu foco é, agora, um embate entre o ator, considerado como não social, e o fluxo econômico, apresentado em suas diversas formas como na ênfase dada ao foco estratégico e inovador das empresas. Esse embate ocorre defronte de um cenário de fundo, sendo que esse está se modificando. O cenário é o da passagem da época

moderna (que pode ser compreendida em seu esgarçamento como *modernidade*), para uma nova época posterior, não social.

Touraine chega a afirmar que

*a sociedade não existe mais*. Se esta frase por mim pronunciada várias vezes é mais fácil de ser compreendida agora, é porque as diferenças e as relações entre grupos não permitem mais perceber estes grandes conjuntos que até então denominávamos classes sociais, e que correspondiam a modos de vida e relações específicas (2011, p. 69, grifo nosso).

O âmbito das ciências jurídicas conta com esse cenário de fundo como desdobramento inicial de uma complexidade a ser enfrentada. Outra complexidade é adicionada a tarefas urgentes de reflexão sobre a ordem jurídica: o referido embate entre o ator não social e o mundo econômico-tecnológico. Na época atual, “as diferenças e relações entre os grupos” são difíceis de ser delimitadas, porque essa dificuldade configura-se no que denominamos de “dificuldade adicional”, pois ela impõe uma nova tessitura a ser percebida, na prática do Direito, em busca de ética e de justiça.

### **3 Considerações finais**

Fazer uma descrição da época atual é um encargo complexo, que pode se explicar pela simples razão que temos muita proximidade com os fatos, mas, por outro lado, não podemos deixar de nos ocupar com o mundo que nos cerca. Devemos, então, nos munir de uma boa estratégia para enfrentar as dificuldades e fazer um levantamento dos resultados positivos alcançados.

Para realizar esse percurso, a nossa estratégia foi a de tomar como ponto de partida uma obra de Touraine, de 25 anos atrás, cujo título é *Crise da modernidade* (1992). Esta obra já possui uma determinada restrição, por ser de tempos passados, mas buscamos converter essa dificuldade em uma vantagem, ao procurar acentuar os pontos em que ela apenas sugeria o surgimento de uma nova época.

Os anos em que ela foi escrita assinalam recursos e problemas diferentes dos de nossa atual, principalmente no que se refere ao uso dos meios informáticos de comunicação. Mesmo assim, as posições de Touraine já assinalavam uma dissolução do mundo moderno por meio do que ele

denominou de “agentes de modernização”, ao mesmo tempo que o autor destacava por que meios deveria ser exercida uma resistência: por meio do Sujeito ou do ator social. É certo que a reflexão de Touraine mostra uma evolução própria em relação aos seus conceitos com o passar dos anos do século XXI. Como vimos, o ator social passa a ser um ator não social. E esse ator tem como característica estar mais ocupado com valores morais do que com valores políticos nacionais ou regionais.

Os indivíduos, com sua capacidade de mobilização, bem diferente daquela das massas trabalhadoras dos séculos XIX e XX, assumem o papel de incitar mudanças em uma sociedade que se transforma, cada vez mais, em não moderna e sem fronteiras nacionais. Nessa nova situação, surgem fatos inauditos: valores republicanos são desprezados em prol de um espetáculo midiático dentro de uma rede social. Isso radicaliza os processos de decomposição do moderno, um esgarçamento que é conduzido por uma conjunção entre o fluxo econômico e a tecnologia de comunicação de alta velocidade.

Finalmente, esse é o panorama que destacamos a partir de uma perspectiva mais ampla, esboçada a partir da leitura de um sociólogo francês e de sua obra escrita em 1994, e estabelecemos um contraste e uma correlação ao mesmo tempo. Um contraste porque o embate se dá entre épocas diferentes e uma correlação porque o autor sinaliza previamente os problemas que serão trabalhados em suas obras posteriores. Procuramos, com essas observações, contribuir para a compreensão dos desafios enfrentados pela área do Direito, pois a consolidação do Direito e de suas práticas, tal como conhecemos, estão ainda orientadas pelo mundo moderno, o que significa estar orientado, também, por uma sociedade e uma economia de cunho moderno. Reiterar a busca por uma justiça em moldes atuais significa abrir um espaço, também, para o processo de dissolução dos valores da modernidade. Essa dissolução em curso apresenta o seu peculiar apelo de adoção de novas práticas que satisfaçam as complicadas esperanças do ser humano.

## Referências

- BAUMAN, Z. **Vidas para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- HAN, B-C. **Sociedade do cansaço**. Trad. de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.
- CRARY, J. **24/7**: capitalismo tardio e os fins do sono. Trad. de Joachim Toledo Jr. São Paulo: Cosac Naify, 2014.
- DELEUZE, G. **Conversações** (1972-1990). Trad. de Peter Pál Pelbart. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.
- DELEUZE, G. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle*. In: DELEUZE, G. **Conversações**: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226.
- TOURAINÉ, A. **Crise da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- TOURAINÉ, A. **Crítica da modernidade**. Trad. de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1999.
- TOURAINÉ, A. **Após a crise**: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Trad. de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2011.
- VEIGA, I. S. Democracia e tecnologia: nos caminhos do “ator não social”. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 12-30, jan./jun. 2018.

## 4

# Moral e princípio da imputação em Kelsen

Mateus Salvadori\*

### Introdução

Hans Kelsen não aceita a distinção do Direito com relação à moral a partir dos critérios interioridade (moral) e exterioridade (direito). O direito é definido a partir das ideias de normatividade e validade. Destarte, o seu campo não tem relação com a ética. As normas jurídicas são estudadas pela Ciência do Direito, e as normas morais, pela ética. A ciência jurídica versa sobre o lícito e o ilícito, sobre o legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional), sobre o válido e o inválido e não sobre o que é certo ou errado, sobre o que é virtuoso ou vicioso, sobre o que é bom ou mau. Isso é estudado pela ética.

Um direito positivo pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido. Ele é um direito posto pela autoridade do legislador e dotado de validade se obedecer às condições formais. Há, portanto, no juspositivismo de Kelsen, a defesa da separabilidade entre Direito e moral. Validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos. Kelsen, assim, expurga do interior da teoria jurídica a preocupação com a justiça e a injustiça.

Há três teses centrais do juspositivismo do séc. XX: a primeira é a tese dos fatos sociais, que diz que a existência do Direito depende de uma construção humana (certas atitudes, convenções, comportamentos...). Portanto, se nega, aqui, a existências de normas naturais; a segunda defende a separabilidade entre Direito e moral. A validade do Direito não depende de seu mérito moral, o que implica que mesmo um Direito injusto ainda é Direito. Nega-se, assim, a fundamentação do Direito na moral; a terceira e última tese é a da discricionariedade. O material jurídico se esgota devido a lacunas normativas, contradições normativas ou indeterminações lingüísticas, e certos casos,

---

\* Doutor em Filosofia. Professor de Filosofia na Universidade de Caxias do Sul (UCS). *E-mail*: mateusalvadori@gmail.com

destarte, ficam sem resposta à luz do Direito. E é justamente nesses casos que o responsável pela decisão tenha que exercer o seu poder discricionário.

Kelsen propôs uma metodologia própria ao positivismo, a chamada “abordagem avaliativa”. É seu o princípio metodológico de pureza, pelo qual a Teoria do Direito, com caráter científico, deve estar depurada de elementos valorativos e de considerações sociais e políticas. Kelsen não nega a relação que há entre Direito, política e moral, todavia, defende que é necessário excluir esses elementos para construir uma teoria própria que descreva, objetivamente, o Direito. Em sua obra principal, o jusfilósofo investiga a norma jurídica, compreendida como esquema objetivo de interpretação de um ato. A norma é um comando que prescreve um sentido objetivo aos atos humanos. Esse sentido objetivo opõe-se ao sentido subjetivo pelos quais cada indivíduo interpreta as ações.

O escopo deste artigo é investigar a relação entre Direito e moral e Direito e ciência. Parte-se da obra *Teoria pura do direito*, especificamente da segunda e terceira partes da obra que trata, respectivamente, da relação Direito e moral e da relação Direito e ciência.

## **1 Direito e moral**

O Direito, sendo definido como norma, é delimitado em face de sua natureza, e a ciência jurídica, em face da ciência natural. Além das normas jurídicas, as normas sociais (que são abrangidas pela moral e estudadas pela ética) também regulam a conduta entre os homens. “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito” (TPD,<sup>1</sup> p. 67).

Confundem-se, normalmente, Direito com ciência jurídica e moral com ética. Justamente por isso, a pureza do método da ciência jurídica é posta em perigo, pois não se distingue claramente Direito de moral. Há dois tipos de norma moral: as que estatuem a conduta entre os homens e as que estatuem a conduta de um homem consigo mesmo, tais como o suicídio, a coragem, a

---

<sup>1</sup> TPD será a abreviação da obra *Teoria pura do Direito*, de Kelsen. As obras citadas serão as traduções indicadas nas referências, e as obras em língua estrangeiras são traduzidas pelo autor do presente texto.



castidade, etc. Kelsen destaca que “só por causa dos efeitos que esta conduta tem sobre a comunidade é que ela se transforma, na consciência dos membros da comunidade, numa norma moral” (TPD, p. 68). Os próprios deveres dos homens para consigo são sociais.

Kelsen diz que a distinção que a moral prescreve uma conduta interna, e o Direito, uma conduta externa está equivocada.<sup>2</sup> Tanto o suicídio quanto a coragem e a castidade, normalmente tratados pela moral, devem ser tratados também pelo Direito.

A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado (TPD, p. 68).

Kelsen diz que a conduta moral, que muitos moralistas (e aqui claramente ele está citando a filosofia kantiana) dizem ser “interna” e “contra a inclinação” ou “contra o interesse egoístico”, é impossível, porque não agir segundo nossas inclinações é psicologicamente impossível e “uma Moral que apenas se refira aos motivos da conduta pressupõe outra ordem social que prescreva uma conduta externa” (TPD, p. 70). Além disso, Kelsen destaca que “nem toda e qualquer conduta pode ser moral apenas por ser realizada contra a inclinação ou o interesse egoístico” (TPD, p. 70).

Quando alguém, obedecendo ao comando de outrem, pratica um homicídio, a sua ação não tem valor moral. Isso independe do “interesse egoístico” ou da “inclinação” do agente. O que importa, nesse caso, é se o homicídio for proibido pela ordem social considerada válida. “Uma conduta apenas pode ter valor moral quando não só o seu motivo determinante, como também a própria conduta correspondam a uma norma moral” (TPD, p. 70).

---

<sup>2</sup> Kant, em sua “Doutrina do Direito”, propõe princípios metafísicos ao Direito, buscando realizar uma fundamentação moral do jurídico. Ele distingue as leis éticas das leis jurídicas e estabelece um fundamento comum para ambas: as leis morais. Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant não diferencia moral de ética. Distingue somente moral e Direito. Já na obra *A metafísica dos costumes* é realizada uma distinção entre moral e ética, e a fundamentação moral do jurídico é investigada. Nessa obra, o termo *moral* tem um sentido amplo e corresponde às leis da liberdade (ética e Direito) em distinção às leis da natureza.

As normas morais, tais como as normas jurídicas, são criadas pelos costumes ou por meio de uma elaboração consciente. Assim, a moral também é positiva, mas é claro que, diferentemente do Direito, ela não prevê órgãos centrais para sua aplicação. Uma ordem jurídica primitiva também é descentralizada. “Uma distinção entre Direito e Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana” (TPD, p. 71).

A distinção entre Direito e moral ocorre pela ordem de coação, que é “uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado” (TPD, p. 71). O Direito é concebido a partir de uma ordem de coação; a moral é uma ordem social e não de coação. Estabelece-se, assim, que o Direito e a moral constituem diferentes sistemas de normas.

Partindo de um critério científico, rejeitam-se valores absolutos em geral e um valor moral absoluto em particular. “[...] Não há uma moral absoluta, isto é, que seja a única válida” (TPD, p. 72). Devido à grande diversidade daquilo que os homens consideraram justo e injusto, em épocas e lugares diferentes, conclui-se que não é possível determinar elementos comuns aos conteúdos das diferentes ordens morais. Os sistemas morais são normas sociais, que estatuem determinadas condutas.

Afirmar que o Direito é, por sua essência, moral, “não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece [...] uma determinada conduta humana. Então, nesse sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral” (TPD, p. 74). A relação entre Direito e moral não é uma relação de conteúdo, mas de forma.

Kelsen frisa que “a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência” (TPD, p. 75). Pressupondo a existência de apenas valores morais relativos, a exigência de que o Direito deve ser justo ou moral significa que o Direito positivo deve corresponder a um sistema moral determinado (TPD, p. 75).

Quando se busca distinguir Direito de moral ou justiça por meio de uma teoria relativa dos valores “apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a

ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e 'a' Moral" (TPD, p. 75-76).

Kelsen é claro ao afirmar que "[...] a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral" (TPD, 76). O Direito, se ele for identificado com a Justiça, o ser com o dever-ser, o conceito de Justiça, assim como o de bom, perde seu sentido (TPD, p. 77).

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituem valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito (TPD, p. 77).

Sendo que a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias, existe, assim, a possibilidade de uma contradição entre a ordem moral e a ordem jurídica, e a validade das normas jurídicas não depende do fato de corresponderem à ordem moral. Para o Direito positivo, uma norma jurídica pode ser válida mesmo contrariando a ordem moral. Não há uma moral única que possa servir de base ao Direito positivo.

Há vários sistemas de moral que são diferentes uns dos outros e, muitas vezes, antagônicos. O Direito positivo pode corresponder às concepções morais de determinado grupo, contrariando, ao mesmo tempo, as concepções morais de outro grupo ou camada da população. Em sua TPD, Kelsen rejeita a tese de que o Direito é moral, ou seja, de que somente uma ordem social moral é Direito, porque pressupõe uma moral absoluta e "porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade" (TPD, p. 78).

O direito, segundo Kelsen, é concebido como uma ordem de coerção. Os atos de coerção são executados mesmo sem a vontade dos que são atingidos por eles. Há duas espécies de atos de coação: sanções, que são os atos de coerção

estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica (ex.: a pena prevista para o furto) e a coação, que não tem este caráter (ex.: internamento compulsório de indivíduos ou aniquilação ou privação compulsória da propriedade no interesse público) (TPD, p. 121).

## **2 Direito e ciência**

A teoria estática do Direito tem por objeto ver o Direito como um sistema de normas em vigor, ou seja, o Direito em seu momento estático; já a teoria dinâmica do Direito tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, ou seja, o Direito em seu movimento. E esse mesmo processo é regulado pelo próprio Direito. “A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito” (TPD, p. 79).

A ciência jurídica, ao apreender a conduta humana, quando ela é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa. Kelsen frisa que proposições jurídicas são distintas das normas jurídicas. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam certas consequências previstas pelo ordenamento. Já as normas jurídicas não são juízos ou enunciados, mas mandamentos, imperativos e comandos e, também, permissões e atribuições de poder ou competência. “O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência – não ‘ensina’ nada” (TPD, p. 81).

E quando as normas são expressas em proposições, elas podem aparecer em forma de enunciados. O furto, por exemplo, é enunciado da seguinte forma: “O furto é punido com pena de prisão.” “A ciência jurídica tem por missão conhecer o Direito e conceituá-lo com base no seu conhecimento” (TPD, p. 81). A ciência jurídica descreve o Direito; jamais prescreve seja o que for. Ela não atribui a ninguém quaisquer deveres ou direitos. As proposições normativas, formuladas pela ciência jurídica, podem ser verdadeiras (verídicas) ou inverídicas (falsas). Já as normas de dever-ser (normas jurídicas como prescrições) são válidas ou inválidas. “Uma importante diferença entre a verdade de um enunciado e a validade de uma norma consiste em que a verdade de um enunciado precisa ser verificável [...]. A validade de uma norma não é, porém, verificável” (KELSEN, 1986, p. 227).

As ciências naturais são regidas pela lei da causalidade. A natureza é uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos. Esses estão ligados entre si como causa e efeito. O Direito descreve o seu objeto segundo um princípio diferente do de causalidade. “Somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza” (TPD, p. 86).

O princípio aplicado na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é o princípio da imputação. A analogia do princípio da imputação com o princípio da causalidade reside que tal princípio tem uma função análoga à da causalidade nas leis naturais. Assim como a lei natural, a proposição jurídica também liga dois elementos entre si. Por exemplo: “Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio” (TPD, p. 86).

Segundo Kelsen, “na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja” (TPD, p. 87). Assim, na proposição jurídica, o “ser” é estabelecido pela autoridade jurídica; na lei natural, ele é estabelecido independentemente de qualquer intervenção humana. Já em uma definição jusnaturalista, nos quadros de uma mundividência metafísico-religiosa, a ligação de causa e efeito é produzida pela vontade do divino Criador. As leis naturais descrevem normas que exprimem a vontade divina e que indicam determinado comportamento. Uma teoria metafísica do Direito acredita encontrar, na natureza, um Direito natural.

Com o dever-ser (*Sollen*) das proposições jurídicas, são afirmadas três funções normativas: conforme Kelsen, “o dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange [...] três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser – (positivamente) – permitido das consequências” (TPD, p. 87). As proposições jurídicas são apenas proposições normativas (*Soll-sätze*). Ao ser formulada pelo Direito, a proposição não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita. O dever-ser, na proposição, tem um caráter

apenas descritivo. Portanto, ela não é um imperativo, mas um juízo, uma afirmação sobre um objeto dado a conhecimento.

A ciência jurídica conceitua o seu objeto alheia a valores, sendo que a descrição é feita sem qualquer referência a um valor metajurídico, não tendo também qualquer tipo de aprovação ou desaprovação emocional.

Na medida em que a ciência jurídica em geral tem de dar resposta à questão de saber se uma conduta concreta é conforme ou é contrária ao direito, a sua resposta apenas pode ser uma afirmação sobre se essa conduta é prescrita ou proibida, cabe ou não na competência de quem a realiza, é ou não permitida, independentemente do fato de o autor da afirmação considerar tal conduta como boa ou má moralmente, independentemente de ela merecer a sua aprovação ou desaprovação (TPD, p. 89).

Assim como a lei natural é um enunciado descritivo da natureza, a lei jurídica é um enunciado descritivo do Direito. E diferentemente das ciências naturais, em que se aplica o princípio da causalidade, nas ciências jurídicas se aplica o princípio da imputação.

A forma verbal como os princípios da causalidade e da imputação são apresentados é de juízo hipotético. O sentido da ligação é diferente. Para a causalidade, quando A é, B é; para a imputação, quando A é, B deve ser. Além disso, segundo a causalidade, toda causa concreta pressupõe, como efeito, outra causa, e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de outro efeito; por outro lado, para a imputação, isso não ocorre. Segundo Kelsen,

O pressuposto a que é imputada a consequência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o ato generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória do morto, o reconhecimento, a penitência, a pena, que são imputadas, respectivamente, à morte pela pátria, ao ato generoso, ao pecado e ao crime, não têm necessariamente de ser também pressupostos a que sejam de atribuir novas consequências. (TPD, p. 89).

Para Kelsen, a questão da responsabilidade moral ou jurídica está relacionada à retribuição (*Vergeltung*), que é “imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao ilícito” (TPD, p. 103). Por exemplo, a moral prescreve que se deve ajudar os necessitados. Logo, se há uma prestação de auxílio, há a aprovação do ato; mas se não há a prestação, o ato é desaprovado. Outro exemplo é quando o Direito refere que quando alguém

recebe um empréstimo e não o reembolsa, a sanção é a execução do seu patrimônio. O não reembolso do empréstimo é qualificado como ilícito; o reembolso é imputado ao seu pressuposto imediato.

Na natureza, domina a necessidade; na sociedade, domina a liberdade. A questão moral ou jurídica da imputação põe-se assim: *Quem é responsável pela conduta em apreço?* E essa questão significa: *Quem deve por ela ser premiado, fazer penitência ou ser punido?* (TPD, p. 103). A problemática da responsabilidade moral ou jurídica está ligada à retribuição, que é imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado e da pena ao ilícito (TPD, p. 103).

A responsabilidade moral e jurídica está ligada à retribuição. E retribuição, segundo Kelsen, é imputação de recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao ilícito. Já a liberdade é compreendida como oposto da determinação causal. O que não está sujeito à lei da causalidade é livre. O homem tem vontade livre e, portanto, é responsável e é capaz de imputação moral e jurídica. “Só através do fato de a ordem normativa se inserir, como conteúdo das representações dos indivíduos cuja conduta ela regula, no processo causal, nos fluxos das causas e efeitos, é que esta ordem preenche a sua função social” (TPD, p. 105).

Ao afirmar que o homem é livre, fala-se apenas sobre sua consciência de agir como se quer. “A imputação não pressupõe nem o fato nem a ficção da liberdade como uma indeterminação causal, nem o erro subjetivo dos homens que se crêem livres” (TPD, p. 107). É claro que crianças, doentes mentais e adultos de mente sã quando submetidos a uma coação irresistível não seriam responsabilizados pela sua conduta e pelos respectivos efeitos.

Também “o determinismo apenas é conciliável com a responsabilidade ético-jurídica através do recurso ao fato de que o nosso conhecimento da determinação causal da conduta humana é imperfeito” (TPD, p. 109). Não conhecemos suficientemente as causas que determinam a conduta humana. O princípio da imputação conexiona a conduta de um indivíduo com a conduta de outro indivíduo ou a conduta de um indivíduo com outra conduta do mesmo indivíduo.

A imputação, que se realiza com fundamento no princípio retributivo (*Vergeltungsprinzip*) e representa a responsabilidade moral e jurídica, é tão-somente um caso particular – se bem que o mais importante – de imputação no sentido mais lato da palavra, isto é, a ligação da conduta humana com o pressuposto sob o qual essa conduta é prescrita numa norma. Toda retribuição (*Vergeltung*) é imputação; mas nem toda imputação é retribuição. Além disso, importa ter em atenção que as normas podem se referir a indivíduos sem, por isso, se referirem à sua conduta. É este, por exemplo, o caso da responsabilidade pelo ilícito de outrem e, particularmente, o caso da responsabilidade coletiva (TPD, p. 111).

A concepção da ciência e da metodologia do Direito em Kelsen não trata do Direito como um fenômeno puro, todavia como uma teoria metodologicamente pura. A ciência do Direito para Kelsen nada tem a ver com a conduta efetiva dos homens, mas só com o prescrito juridicamente (LARENZ, 1997). “A norma jurídica será válida se eficaz e não porque eficaz. O fundamento de validade não é a eficácia; é a norma fundamental que enuncia que se deve agir em conformidade à Constituição que é, de modo geral, eficaz” (AFONSO, 1984, p. 260). Os pressupostos do positivismo jurídico são apontados pela doutrina como uma espécie de contraposição ao Direito natural, porque a teoria positivista é uma doutrina do Direito que nega a existência de outro Direito senão o positivo (BOBBIO, 1995, p. 26). Segundo Warat (1983), a teoria kelseniana se pretende “pura” em dois sentidos distintos: a) libertar-se das considerações ideológicas ou julgamentos de valor quanto ao sistema jurídico positivo; e b) a sociologia jurídica, bem como a política, a economia e outras ciências afins podem ser consideradas ciências auxiliares, mas estão fora da caracterização específica da ciência jurídica (2000, p. 156). A ciência jurídica necessita libertar-se de todos os elementos que lhe são estranhos, sem procurar explicitá-los, transformá-los, justificá-los, nem os desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Essa é a exigência metodológica fundamental que define o sentido da ideia de pureza (WARAT, 1983, p. 27).

### **Considerações finais**

*Qual é a relação existente entre Direito, moral e valores? O Direito deve ser isento de valores?* Segundo o princípio da pureza metodológica, o Direito não é isento de valores. A *Teoria pura do direito* não nega a conexão entre Direito e valores, mas sua importância no estudo das normas jurídicas.



O debate acerca da distinção entre normas morais e normas jurídicas é central para a Filosofia do Direito. A relação existente entre Direito e moral está presente no debate jusfilosófico desde os gregos e autores como Kelsen, Hart, Bobbio e outros da escola do juspositivismo se posicionam na tese de separabilidade. Esse problema acerca da fundamentação (ou não) do Direito na moral não é importante apenas porque seus pressupostos figurem em debates da doutrina do Direito, mas também porque seus elementos estão presentes no meio prático-jurídico. Os pressupostos das relações entre Direito e moral estão presentes nas decisões judiciais, sobretudo, em face do elemento cooriginalidade.

Nos litígios jurídicos atuais, se articulam argumentos e valores que consubstanciam questões morais como circunstâncias importantes a serem enfrentadas e decididas no âmbito prático do Direito. As discussões sobre as categorias de justiça, igualdade, liberdade, dignidade humana, vida, etc., estão permeadas de uma discussão tendo como base a moral e os valores. Nesse tipo de debate, está presente tanto a norma jurídica (como parte do procedimento judicial de decidir) como a aceitação moral como pressuposto de legitimidade do Direito. Habermas diz que a moral está no âmbito do Direito e não à parte dele. Quando tratamos do Direito, estamos dialogando sempre com a moral. Kelsen discorda disso.

Ele destaca que, assim como a lei natural é um enunciado descritivo da natureza, a lei jurídica é um enunciado descritivo do Direito. Nas ciências jurídicas se aplica o princípio da imputação; nas ciências naturais, o princípio da causalidade. A validade de uma ordem jurídica positiva independe de sua concordância (ou não) com um sistema moral. A ciência jurídica não tem relação com a moral.

#### Referências

AFONSO, E. M. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Trad. de Márcio Pugliese. São Paulo: Icone, 1995.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2008.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

KELSEN, H. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MIRANDA AFONSO, E. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Ed. da FDUFG, 1984.

WARAT, L. A. **A pureza do poder**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

WARAT, L. A. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Florianópolis, 2000. 266 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

## 5

# Significado e interpretação no Direito: uma crítica ao positivismo de Hart

Lucas Mateus Dalsotto \*

## 1 Introdução

Dentre as questões interpretativas mais difíceis com que o Direito brasileiro tem se defrontado recentemente, com certeza, a (in)constitucionalidade da prisão após o processo tramitar em segunda instância é uma delas.<sup>1</sup> De uma parte, os chamados juristas “garantistas”<sup>2</sup> têm sustentado a tese de que se deve realizar uma interpretação literal dos arts. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e 283 do Código de Processo Penal (CPP).<sup>3</sup> Segundo eles, não cabe interpretação extensiva desse dispositivo, de modo que a execução provisória da pena é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. De outra parte, os chamados juristas “não garantistas”<sup>4</sup> têm defendido a tese de que a utilização inquestionada da literalidade do texto legal tem transformado o princípio da presunção de inocência no princípio da presunção de impunidade. De acordo com a enfática afirmação de Adilson Abreu Dallari (2018), “uma coisa é a aplicação correta dos direitos e garantias fundamentais, mas outra coisa é o exacerbado garantismo,

---

\* Doutor em Filosofia. Atualmente realiza pesquisas de pós-doutorado no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

<sup>1</sup> É importante chamar a atenção para o fato de que esse exemplo visa meramente a ilustrar um caso em que a norma jurídica é objeto de grande controversa interpretativa. De modo algum, pretende-se discutir a constitucionalidade ou não da prisão após o processo tramitar em segunda instância. Apenas para fins de informação, em 2016, por maioria de 7 a 4, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) mudou sua interpretação e passou a entender que o artigo 283 do CPP não impedia o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu o HC 126.292. Atualmente, outubro de 2019, por meio de Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) ns. 43 e 44, a questão está novamente sendo posta em questão para apreciação do STF.

<sup>2</sup> A esse respeito, ver as manifestações públicas dos Professores Lenio Streck (UNISINOS), Aury Lopes Júnior (PUCRS), Gustavo Badaró (USP), dentre outros.

<sup>3</sup> O dispositivo em questão diz que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

<sup>4</sup> A esse respeito, ver as manifestações públicas dos Professores Adilson Abreu Dallari (PUCSP), Luis Roberto Barroso (UERJ/UnB), dentre outros.

em detrimento dos interesses comuns da coletividade”.<sup>5</sup> Embora o dispositivo constitucional pareça ser bastante claro nesse tocante, o imbróglio reside em se a interpretação da norma deve ser ou estrita ou extensiva no sentido de considerar também outros valores e princípios jurídicos (e.g., igualdade, eficiência do sistema jurídico) na determinação do significado do texto legal.

Seja como for, o exemplo acima parece deixar claro que muitas questões semânticas importam para a interpretação da lei, pois os operadores do Direito, muitas vezes, se deparam com situações nas quais a norma jurídica é controversa. Nesses casos, eles se veem diante da tarefa de ter que tomar uma posição no tocante à relação entre o significado do texto jurídico relevante e o conteúdo do restante dos preceitos normativos. Esses agentes acabam fazendo suposições a respeito do propósito da lei em tela, ou das intenções do legislador ao criá-la, ou ainda do tipo de princípio que ela parece expressar. A despeito da resposta que os operadores do Direito possam dar a essas relações, o elemento central, aqui, é de que deverão defender determinada visão sobre o conteúdo semântico do texto jurídico. No entanto, para restringir essa análise, tomemos os *conceitos* como sendo a unidade semântica-chave para esse debate. Deixemos de lado as palavras, as sentenças ou mesmo partes do texto.

Com isso em mente, o objetivo deste capítulo é evidenciar que a *Teoria do Modelo do Critério* (TMC) está na base do positivismo jurídico de Hart e avaliar de que forma essa teoria cria problemas à ideia amplamente compartilhada de que é possível haver objetividade na interpretação jurídica. Obviamente, minha análise a respeito desse ponto não pretende ser exaustiva. Ela apenas busca deixar claras quais são as dificuldades que decorrem da defesa desse tipo de teoria semântica no Direito. No que segue, apresentarei, brevemente, o positivismo jurídico (seção 2), dando especial enfoque à ideia hartiana de *textura aberta* do Direito (seção 3). Então, oferecerei um pequeno esboço das principais ideias de TMC (seção 4) e explorarei a questão de saber em que medida a TMC ameaça a ideia de que a interpretação jurídica pode ser objetiva (seção 5).

---

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/interesse-publico-literalidade-faz-presuncao-inocencia-garantia-impunidade>. Acesso em: 3 out. 2019.

## 2 A versão hartiana do positivismo jurídico

O positivismo é uma corrente amplamente aceita por estudantes e operadores do Direito e, em grande medida, isso se deve aos trabalhos de Kelsen (1998, 2011) e Hart (1987, 2001, 2010). Tal visão tem se desenvolvido a partir de diferentes versões, mas, grosso modo, pode-se dizer que o *corpus* do positivismo consiste na defesa das seguintes teses (DWORKIN, 2002, p. 27-8):

- 1) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo Poder Público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras espúrias;
- 2) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo ao *Direito*, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso não pode ser decidido mediante a *aplicação do Direito*; e
- 3) dizer que alguém tem uma *obrigação jurídica* é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.

É claro que o positivismo jurídico possui muitas versões, cada qual com suas próprias particularidades. O ponto de maior discordância entre os autores reside em: 1), isto é, em saber que tipo de teste de *pedigree* uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica. Seja como for, para os fins do presente estudo, irei direcionar minha atenção à teoria de Hart porque ela parece ser uma das variantes mais sofisticadas desse tipo de proposta.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> O próprio Dworkin (2002, p. 27) reconhece a relevância do trabalho de Hart ao dizer: “[...] Desejo examinar a solidez do positivismo, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi centrar-me na sua posição não apenas devido à sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart.”

O positivismo de Hart reconhece que existem dois tipos de regra logicamente distintos, a saber: i) regras primárias, e ii) regras secundárias. Dito de modo geral, regras *primárias* são aquelas que atribuem certos direitos ou obrigações aos agentes de determinada comunidade. São regras de Direito Civil que definem que alguns negócios jurídicos são nulos quando celebrados por uma pessoa absolutamente incapaz, ou quando for ilícito, impossível ou indeterminado o seu objeto, são bons exemplos desse primeiro tipo de regra. Regras *secundárias*, por sua vez, são aquelas que estabelecem *como e por quem* as regras primárias podem ser criadas, modificadas ou extintas. Regras procedimentais que estruturam a composição do Congresso Nacional são bons exemplos desse tipo de regra. De uma perspectiva hartiana, as regras devem ser dotadas de *autoridade* no sentido de terem sido promulgadas por aquele(s) que é(são) competente(s) para fazê-lo; e tal autoridade deve decorrer de outra regra que assim o defina (DWORKIN, 2002).

Conforme Hart (2001), as regras podem se tornar obrigatórias porque as pessoas de uma comunidade aceitam a regra relevante como um padrão de conduta ou porque ela foi legislada de acordo com certos procedimentos fixados pelas regras secundárias. Disso, então, se segue que regras podem ser obrigatórias em virtude de elas serem aceitas por uma comunidade ou em virtude de elas serem válidas segundo certos ritos. Entretanto, a mera aceitação de uma regra não a torna uma regra do Direito. É preciso encontrar um modo de distinguir regras jurídicas de outras regras sociais, como exige. Daí a centralidade da ideia do que Hart chama de a “regra de reconhecimento”, a qual faz distinção entre um direito primitivo e um direito desenvolvido e organizado sistematicamente. Tal regra tem por finalidade determinar quais são as regras jurídicas válidas em dada comunidade. Nos termos de Jules Coleman e Brian Leiter (2010, p. 235), “uma regra de reconhecimento estabelece as condições necessárias e suficientes para uma norma contar como parte do sistema jurídico de uma comunidade”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> No original: “A rule of recognition sets forth the conditions necessary and sufficient for a norm’s counting as part of a community’s law.”

Em um sistema jurídico bastante simples, a regra de reconhecimento pode ser identificada com a alegação: “Aquilo que o Rei estatui é direito”.<sup>8</sup> Nessa hipótese, o único teste de *pedigree* para determinar o que é *Direito* será a simples referência ao fato de que certas regras foram promulgadas pelo Rei. Em sistemas jurídicos mais complexos, como o são os das sociedades atuais, a regra de reconhecimento pode incluir uma constituição escrita, como é o caso do Brasil. Nesse cenário, estabelece-se uma “ordenação de critérios em uma hierarquia de subordinação e primazia relativas” (HART, 2001, p. 112).

A regra de reconhecimento não pode, ela mesma, ser válida, visto que é a única no interior do sistema do Direito que independe de uma regra mais fundamental.<sup>9</sup> Sua obrigatoriedade está atrelada ao fato de ser aceita por determinado grupo de pessoas. Assim, se alguém deseja saber qual é a regra de reconhecimento que uma comunidade aceita, deverá verificar de que forma os indivíduos lá se comportam. Mais especificamente, deverá observar quais são os argumentos que são aceitos em suporte de determinadas regras particulares, e quais são os argumentos utilizados pelas pessoas para reprimir certas condutas uns dos outros. Todavia, notemos que a regra de reconhecimento não pode ser confundida com alguns padrões moralmente aceitos pelas pessoas, uma vez que o domínio de aplicação daquela está restrito ao “aparato governamental composto pelo Legislativo, pelos tribunais, pelos órgãos públicos, pelos policiais, etc., etc.” (DWORKIN, 2002, p. 34).

Nesse sentido, cumpre salientar que, conforme Hart, há duas condições necessárias e suficientes para que haja um sistema jurídico:

Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitos como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários (2001, p. 128).

---

<sup>8</sup> Devo utilizar aspas simples para expressões cujo significado está sendo avaliado.

<sup>9</sup> Essa é uma das diferenças entre o positivismo de Hart e o de Kelsen (2011). Este último defende a tese de que a norma fundamental (no caso de Hart, a norma de reconhecimento) deve ser postulada.

Tendo exposto algumas das teses defendidas pelo positivismo, especialmente aquelas presentes na versão hartiana, passo, agora, a explorar a ideia de textura aberta do Direito.

### 3 A textura aberta do Direito

O conceito de *textura aberta* foi empregado pela primeira vez pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann (1971).<sup>10</sup> Tal noção surge em um contexto mais amplo de discussão acerca da possibilidade de verificação das afirmações em geral. O ponto de Waismann está em mostrar que todas as possibilidades de uso de nossos conceitos empíricos (embora não apenas desses) não são determinadas de modo *a priori*.<sup>11</sup> “Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado” (STRUCHINER, 2001, p. 11). Há sempre uma *região cinzenta* com relação aos limites de aplicabilidade dos conceitos que faz com que seus contornos sejam imprecisos. O emprego deles se estende para um horizonte de infinitas possibilidades, uma vez que lhes é constitutivo serem incompletos.

No âmbito do Direito, Hart usa a ideia de *textura aberta* para se referir aos casos em que as regras, por si sós, são incapazes de fornecer uma única resposta *correta* para o caso relevante.<sup>12</sup> Nessas situações, o magistrado deve recorrer ao seu poder discricionário, a fim de fornecer uma solução para a demanda em tela. Conforme as próprias palavras de Hart (2001, p. 149), “em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais”. É claro que tal poder se estende apenas àqueles casos em que houver incertezas a respeito das leis, ou não houver

---

<sup>10</sup> O conceito *textura aberta* (i.e., *open texture*) é uma possibilidade de tradução para os termos *porosität der begriffe* (i.e., *porosidade dos conceitos*).

<sup>11</sup> É possível traçar uma relação entre a ideia de *textura aberta* de Waismann e as ideias de *jogo de linguagem* e *semelhanças de família*, de Wittgenstein (1971).

<sup>12</sup> O problema das lacunas no Direito parece ser uma preocupação já em Aristóteles (EN, 1137 b 20-4) quando ele afirma que “[q]uando a lei enuncia um princípio universal, e se verificarem casos em que não estão previstos nesta universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito. [...] É isso que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação, retificando, assim, a lei, a partir das situações concretas que de cada vez se constituem.”



qualificações acerca delas na aplicação aos casos relevantes, ou ainda, na interpretação do precedente dotado de autoridade do que é direito em um caso concreto. Nas demais hipóteses, determina-se o resultado judicial através do significado simples das regras, uma vez que elas exigem, de forma lógica, uma única resposta para a questão. Os juízes são partes “de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial corretos” (HART, 2001, p. 159).

Hart acredita que as lacunas no Direito se apresentam, em especial, de duas formas: a primeira diz respeito à ideia de regra de reconhecimento. Como vimos na seção 2, para que regras primárias sejam válidas e possam fazer parte do sistema jurídico de determinada comunidade, é preciso que passem por todos os testes exigidos pela regra de reconhecimento. Contudo, o conjunto de normas de um sistema jurídico que satisfaz os requisitos da regra de reconhecimento é exaustivo. Não é desarrazoado conceber situações em que a questão *sob iudice* não seja regulada por qualquer regra primária. Em uma disputa judicial desse tipo, nenhuma das possibilidades de decisão pode ser considerada como *correta* ou *errada*, “porque estamos na zona de textura aberta da regra fundamental do sistema. Aqui pode surgir a todo momento uma questão para a qual não haja uma resposta – só respostas” (HART, 2001, p. 165). Nessa hipótese, resta ao juiz ir além do conjunto de normas legais e recorrer a padrões fora do sistema, a fim de solucionar o caso relevante.

A segunda forma por meio da qual as lacunas no Direito podem se manifestar diz respeito à textura aberta da linguagem humana como um todo. Essa característica da linguagem faz com que as regras sempre evidenciem a existência de uma “região de incerteza ou penumbra” na aplicação do Direito. Não há clareza acerca de se a regra deve (ou não) incidir sobre o caso em tela. A incerteza é o preço a ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que tenha como substrato questões factuais. Mesmo que haja regras jurídicas, a discricionariedade continua a ser um elemento central do Direito, pois as normas possuem um caráter de generalidade do tipo “não é permitido veículos no parque”. Qualquer falante competente do português concordaria que um HB 20 é um *veículo*. No entanto, termos gerais possuem um espaço de indeterminação do seu significado. Seria possível questionar, como Coleman e Leiter (2010) sugerem, se uma *scooter* é

um veículo; e a resposta a essa questão certamente levaria as pessoas a um desacordo no tocante à definição de se uma *scooter* é (ou não) um veículo.

Antes de prosseguirmos com a discussão, cumpre notar que a textura aberta é um elemento irreduzível da linguagem quando utilizamos os termos como descritores gerais. Sempre que pretendemos regular as ações humanas particulares, por meio de padrões, estamos sujeitos a duas desvantagens que decorrem diretamente de nossa condição humana. De acordo com a visão de Hart (2001, p. 141), “[a] primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; a segunda, a nossa relativa indeterminação de finalidade”. Se o mundo fosse constituído por um número finito de aspectos e se conhecêssemos todos os modos de combinação entre eles, então se poderia determinar previamente cada uma dessas possibilidades. Seria possível legislar de forma a nunca haver *outra* escolha ao caso concreto. Esse mundo, porém, em nada se pareceria com aquele em que vivemos.

#### **4 A Teoria do Modelo do Critério**

Tendo já oferecido um breve esboço acerca do positivismo jurídico, especialmente da versão hartiana, é preciso dar um passo adiante na discussão neste momento. É necessário apresentar o tipo de teoria semântica que está pressuposta no positivismo jurídico e que dá origem à dificuldade que este último tem de explicar a possibilidade de haver objetividade na interpretação jurídica.

Gottlob Frege (2009) explica que conceitos são entidades abstratas que possuem extensão (i.e., um espectro de aplicação), os quais são designados por palavras-conceito. A palavra *veículo*, por exemplo, significa o conceito *veículo*, cuja extensão inclui todos os automóveis, ônibus e caminhões. Nesse sentido, o objeto *automóvel*, por assim dizer, cai sob o conceito de *veículo* (BURGE, 1984). Claramente, esse é um conceito bastante simples, mas podemos ter conceitos mais complexos, tal como o de *punição cruel*, cuja extensão inclui amputação, eletrocussão e suspensão em barra de metal (i.e., pau-de-arara). Ainda conforme Frege (2009), palavras-conceito também possuem *sentidos*, isto é, um conjunto de informações que os falantes associam a um conceito e usam para especificar o conteúdo dele. Por exemplo, os falantes associam *contrato* a “promessa ou

conjunto de promessas celebradas entre as duas partes envolvidas em que há reciprocidade de obrigações, no caso do contrato ser oneroso, ou em que há obrigações para apenas uma das partes, no caso do contrato ser gratuito” (FERNANDES, 2011).

Assim, talvez, a principal questão semântica que deveria interessar aos estudiosos do Direito seria a seguinte: *o que determina a extensão de um conceito jurídico?* Em outras palavras, *O que torna o caso que o acordo entre João e Maria, por exemplo, seja corretamente caracterizado como um contrato?* Qualquer teoria do significado que pretenda oferecer uma resposta à questão acima precisa especificar a relação entre o sentido de uma palavra-conceito e a extensão de um conceito.

De acordo com Nicos Stavropoulos (1996, p. 2), uma teoria semântica bastante tradicional e influente, no campo filosófico, “afirma que correspondente a cada conceito há algum dossiê informativo que é comum aos falantes, isto é, um dossiê que contém as descrições das propriedades comumente associadas à palavra-conceito”. Denominada por ele de Teoria do Modelo do Critério,<sup>13</sup> ela alega que esse dossiê fornece um conjunto de critérios que determina a extensão do conceito. O significado de um termo é o conjunto de critérios que os falantes usam ao empregá-lo, e a extensão desse termo inclui somente aquelas coisas que satisfazem aqueles critérios.

No cenário imaginado há pouco, os critérios descrevem como os fatos envolvendo João e Maria devem ser para que algo possa ser considerado um contrato. Grosso modo, pode-se dizer que TMC está baseada, principalmente, em duas idéias: a primeira é de que a verdade de que *x* é um contrato está atrelada ao fato de que *x* cumpre aqueles critérios que, convencionalmente, as pessoas acreditam constituir o conceito de *contrato*. Por exemplo, se *a*, *b* e *c* são os critérios relevantes que constituem o conceito de *contrato*, então *x* é um contrato na medida em que realiza *a*, *b* e *c*. A segunda ideia é de que podem haver situações nas quais o acordo entre os falantes a respeito dos casos padrão

---

<sup>13</sup> Não se está buscando identificar essa proposta com qualquer teoria semântica em particular, uma vez que ela é endossada por um vasto conjunto de visões semânticas (e.g., a visão de Locke sobre conceitos e o positivismo lógico de Carnap). Mas é possível perceber que ela é amplamente compatível com boa parte das teorias semânticas decorrentes das *Investigações filosóficas* de Wittgenstein (1973).

de aplicação de um conceito não seja suficiente para determinar se *x* deve (ou não) ser tomado como um contrato. Nesses casos, haverá sempre um grau considerável de indeterminação sobre a extensão do conceito em tela.

Se quisermos expor essas duas ideias de forma mais estrita e formal, é possível identificar TMC como sustentando as seguintes teses (BRINK, 1988, p. 113):

- 4) O significado de um termo é o conjunto de propriedades ou descrições identificadoras que os falantes associam a ela;<sup>14</sup> e
- 5) O significado de um termo determina sua referência.<sup>15</sup>

No que tange à interpretação jurídica, TMC é amplamente aceita e difundida no interior do domínio do Direito. Boa parte dos juristas, advogados e juízes acredita que, na medida em que a interpretação jurídica envolve questões sobre o significado da linguagem canônica, tais questões dizem respeito às crenças compartilhadas pelos falantes competentes sobre o conteúdo dos conceitos jurídicos; e que essas crenças constituem critérios para a correta aplicação dos conceitos. A ideia aqui parece ser a de que as pessoas seguem regras quando fazem uso de qualquer termo, e que tais regras estabelecem critérios que atribuem significado ao termo em questão. Conceitos jurídicos têm um significado determinado somente na medida em que os falantes estejam, em geral, de acordo sobre as propriedades que associam aos conceitos jurídicos particulares. Essa forma de teoria semântica parece estar comprometida com a tese de que o direito deve ser compreendido simplesmente como uma questão de fato e que, por conseguinte, o argumento relevante para suas discussões deve ser empírico, e não, teórico.

Deve-se notar que muito do sucesso que a TMC alcança na área do Direito se deve ao que Stravopoulos (1996) denomina de a “Suposição Semântica” (SS). A alegação presente em SS parece ser a de que, na medida em que se realiza uma análise semântica do conteúdo da lei, alguma versão da TMC deve ser verdadeira. “Assume-se que, uma vez que questões de interpretação legal são questões sobre o significado da linguagem canônica, elas dizem respeito às

---

<sup>14</sup> No original: “(i) the meaning of a word or phrase is the set of (identifying) properties or descriptions which speakers associate with, and”.

<sup>15</sup> No original: “(ii) the meaning of a word determines its reference”.

crenças compartilhadas dos usuários competentes sobre o conteúdo dos conceitos jurídicos; e essas crenças são o critério da correta aplicação desses conceitos”<sup>16</sup> (STAVROPOULOS, 1996, p. 3). Em geral, teóricos e especialistas do Direito tomam SS como sendo uma afirmação autoevidente, que não carece de qualquer justificação. Esse parece ser o caso daqueles que defendem alguma forma de positivismo jurídico (e.g., HART, 1987), mas não apenas desses, pois defensores do jusnaturalismo (e.g., FINNIS, 2000) também podem se comprometer com SS na medida em que afirmem que os princípios da justiça natural são outros critérios para a aplicação de conceitos legais.

## **5 O problema da objetividade na interpretação jurídica**

Tendo exposto em linhas gerais a TCM, cumpre, agora, evidenciar de que modo o compromisso de Hart com essa visão cria dificuldades para sua teoria explicar a ideia amplamente compartilhada de que a interpretação jurídica pode ser objetiva.

Dworkin (1999) é enfático ao identificar o positivismo jurídico com aquilo que ele denomina de “agulhão semântico” (AS). Ao menos do modo como vejo essa questão, é possível dizer que AS é uma expressão circunscrita ao direito do tipo de problema que a TMC parece ter para determinar a extensão e o significado dos conceitos em geral. Ele, explicitamente, alega que, no âmbito jurídico, o positivismo compromete-se com uma teoria semântica que

[pressupõe] que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. [...] Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas (DWORKIN, 1999, p. 41).

---

<sup>16</sup> No original: “It is assumed , that is, that, insofar as questions of legal interpretation are questions about the meaning of the canonical language, they concern the shared beliefs of competent (or expert) users about the content of legal concepts; and those beliefs are criteria of concepts’ correct application.”

Como podemos perceber a partir desse excerto, o positivismo jurídico repousa sobre a tese de que o Direito é mais bem-entendido como dizendo respeito a questões de mero fato histórico. Segundo essa visão, a única divergência sensata sobre o Direito é aquela empírica sobre o que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado. Não cumpre ao Direito discutir seus problemas como coextensivos àqueles morais, apesar de haver uma inegável relação entre tais domínios. Nas palavras de Hart (2001, p. 202), o positivismo jurídico está comprometido com “a afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis produzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora, de fato, o tenham frequentemente feito”.<sup>17</sup> Os critérios de validade do ordenamento jurídico não dependem do fato de que tais critérios façam referência de forma tácita, ou mesmo explícita, à moral. Disso parece seguir-se que se o Direito diz respeito apenas a questões de fato, então é razoável imaginar que os operadores do Direito usam, basicamente, os mesmos critérios para decidir quais proposições jurídicas são verdadeiras e quais são falsas.

O problema com tal visão, no entanto, está no fato de que, ao aceitar a TMC, os positivistas criam uma imagem equivocada no interior do Direito de que quando juristas, advogados e juízes divergem, eles o fazem em virtude de não compartilharem os mesmos critérios ou de não compreenderem o que esses critérios realmente estipulam. O pressuposto positivista é de que critérios comuns de avaliação fazem com que a verdade das proposições jurídicas dependa de certos eventos históricos específicos. Quando fazemos uso de qualquer palavra, seguimos certas regras gramaticais e linguísticas, as quais, por sua vez, estabelecem critérios que atribuem significado ao termo. De igual

---

<sup>17</sup> Note-se que há três diferentes tipos de positivismo no tocante à relação entre Direito e moral, a saber: i) inclusivo, ii) exclusivo, e iii) normativo. Positivistas inclusivistas acreditam que fatos sociais *predominam* na identificação do conteúdo e na existência do Direito. Isso significa que tais fatos sociais *podem* ser critérios exclusivos ou, eventualmente, *podem* permitir (ou autorizar) a *inclusão* de outros critérios, tais como aqueles de caráter moral (e.g., HART, 2000; COLEMAN, 1995). Positivistas exclusivistas acreditam que os fatos sociais sejam, necessariamente, os *únicos* critérios possíveis para a identificação da existência e do conteúdo do Direito, de modo que, para esses filósofos a moralidade nunca pode figurar entre tais critérios (e.g., RAZ, 1975; MARMOR, 2006). Positivistas normativistas acreditam que o Direito é um sistema de *dever-ser* e não simplesmente *ser*. O ponto aqui é que há uma inversão na análise do fenômeno jurídico (e.g., KELSEN, 2011; MacCORMICK, 2010; WALDRON, 2001).

forma, as regras para o uso do termo *direito* acabam por vinculá-lo a alguns fatos históricos determinados. Obviamente, isso não implica dizer que os *experts* do Direito conheçam essas regras a ponto de serem capazes de enunciá-las com alto grau de correção e clareza. Todos os falantes nativos de uma dada língua seguem certas regras gramaticais e linguísticas sem conhecê-las na maior parte do tempo.

O exemplo que Dworkin (1999) oferece, a fim de explicar esse ponto, diz respeito ao uso do termo *causa*. Em geral, parece que todos nós usamos esse termo da mesma forma. Estamos de acordo sobre a ideia de que certos eventos físicos decorrem de outros (na medida em que temos ciência dos fatos relevantes), mas a maioria de nós não sabe quais são os critérios que utilizamos para realizar tais afirmações, ou mesmo do sentido em que empregamos esses critérios. No presente caso, é tarefa dos filósofos desenvolverem um modelo explanatório que se aproxime, tanto quanto possível, do uso ordinário que fazemos do termo *causa*, sob pena de falharem ao explicar um aspecto central de nosso uso da linguagem. Ainda acerca desse tópico, Dworkin afirma que,

segundo o ponto de vista que no momento descrevo, o mesmo se aplica ao conceito de direito. Todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios. Os filósofos do direito devem elucidá-los para nós, procedendo a um profundo estudo do modo como falamos. Eles podem divergir entre si, mas por si só isso não lança dúvidas sobre seu pressuposto comum, de que compartilhamos algum conjunto de padrões sobre o uso que deve ser dado à palavra “direito” (1999, p. 39).

Se considerarmos o que foi apresentado na seção 2, é possível perceber que a proposta de Hart está completamente de acordo com a TMC. Em *O conceito de Direito*, Hart (2000) afirma que o Direito está fundamentado na aceitação tácita, por parte de uma comunidade, como um todo, de uma regra fundamental (chamada por ele de regra de reconhecimento), a qual concede às pessoas e aos grupos a autoridade para criar leis. A verdade ou falsidade das proposições jurídicas está intimamente dependente do fato de elas estarem baseadas em convenções sociais que representem a aceitação, por parte de uma comunidade, de um conjunto de regras que outorga às pessoas ou grupos autoridade para legislar.

A proposição de que se devem conduzir os veículos do lado direito da pista, no Brasil, é verdadeira em virtude do fato de que o povo brasileiro aceitou, e atualmente ainda aceita, o sistema de autoridade estabelecido pela CF/88. A proposição de que os cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração civil de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homafetiva<sup>18</sup> é verdadeira porque a regra de reconhecimento aceita pelo povo brasileiro transforma as afirmações dos juízes em *direito*. Esse mesmo raciocínio se aplica a todas as outras proposições do Direito a respeito das quais se pretende verificar a verdade ou falsidade delas. Seja como for, é digno notar que a tese hartiana de que a verdade das proposições jurídicas depende dos padrões convencionais de reconhecimento do Direito ganhou muitos apoiadores no decorrer da segunda metade do século XX.

Até certo ponto, parece plausível aceitar a ideia de que o Direito deve ser entendido como dizendo respeito a questões de mero fato histórico, e que, portanto, o conjunto de critérios compartilhado pelas pessoas de uma comunidade fixa a extensão do conceito relevante. Ela pode ser verdadeira se aplicada ao que se convencionou chamar de *easy cases*, isto é, casos em que as regras jurídicas são aplicadas de modo substantivo (i.e., dado o fato, aplica-se a regra). O critério lógico das regras implica compreendê-las na forma *tudo ou nada* (i.e., *all-or-nothing*), uma vez que incidem somente quando se obtém as condições que elas próprias fixam.

Nesse sentido, se o conjunto de critérios para a concessão de imunidade tributária são aqueles previstos no art. 150, inciso VI, da CF/88, e se determinado estabelecimento é um “templo de qualquer culto”, então se obtém uma das hipóteses de não incidência tributária (i.e., art. 150, VI, b, da CF/88). Existe um silogismo dedutivo simples a partir do qual é possível verificar se as condições estabelecidas pelas regras se obtém ou não em um dado caso.

Entretanto, o Direito não comporta apenas casos de incidência clara da regra. Consideremos, por um instante, o que Dworkin chamou de *hard cases*, isto é, casos em que parece haver uma lacuna ou obscuridade na aplicação da regra

---

<sup>18</sup> Veja-se a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf). Acesso em: 19 set. 2019.



ao caso concreto. De um ponto de vista hartiano, a textura aberta do Direito possibilita que o juiz decida o caso relevante apelando a critérios amplamente subjetivos. A ideia de discricionariedade do juiz faz com que, nesses casos, sua decisão não seja balizada por nenhum critério previsto pela autoridade competente. Assim, se dois juízes divergem a respeito do conceito *templo de qualquer culto*, o positivista entende que o desacordo entre eles é puramente verbal na medida em que há uma indeterminação na extensão do conceito. De modo análogo, estamos de acordo sobre o significado do conceito de *casa*. Quem negar que as moradias separadas entre si pelas ruas de um bairro de Brasília são casas estará compreendendo mal o uso que fazemos da língua portuguesa neste país. Há, entretanto, casos em que essa distinção não é tão simples. Podemos discordar a respeito de se o Palácio do Planalto é (ou não) uma casa. Mas, de igual modo, nossa discordância, nessa hipótese, seria meramente verbal.

A resposta positivista aos *hard cases* não explica, de modo algum, o fenômeno que parece estar manifesto nesses casos. Se *casamento* ou *templo de qualquer culto* são realmente como *casa*, por que juristas, advogados e juízes deveriam discutir por tanto tempo sobre se casais homoafetivos podem ou não contrair matrimônio, ou se a residência do pároco ou do pastor cai ou não sob o conceito *templo de qualquer culto*? É bastante estranho imaginar que os *experts* do Direito possuem argumentos em prol da decisão arbitrária de tomarem o conceito em um sentido e não em outro. *De que forma, eles poderiam imaginar que questões concernentes ao poder do Estado se reduzissem a mero jogo de palavras nos casos em que há uma considerável indeterminação na extensão dos conceitos?* Penso que o problema criado pelo TMC é de que os desacordos que ocorrem nos *hard cases* não podem ser adequadamente representados. “Se o conteúdo dos conceitos é determinado pelos critérios compartilhados, então os advogados não podem genuinamente discordar sobre se algo é, digamos, um contrato. Discordar é cessar de fazer uso dos *critérios* compartilhados”<sup>19</sup> (STAVROPOULOS, 1996, p. 5).

---

<sup>19</sup> No original: “If concepts’ content is determined by shared criteria, then lawyers cannot genuinely disagree over whether something is, say, a contract. To disagree is to cease employing *shared* criteria.”

Se dois juízes estão considerando regras diferentes ao empregar o conceito Direito, usando critérios factuais distintos para verificar a verdade ou falsidade das proposições jurídicas, então eles têm em mente coisas distintas quando dizem o que é o Direito. Dworkin é bastante enfático ao dizer que

os dois juízes não estão realmente divergindo sobre coisa alguma quando um nega e o outro afirma essa proposição. Ocorre, apenas, que estão falando sem entender um ao outro. Seus argumentos são inúteis no sentido mais trivial e vexatório do termo, como em uma discussão sobre bancos na qual uma pessoa tem em mente os bancos de investimento e a outra, os bancos de uma praça (1999, p. 53).

Tendo alcançado esse patamar da discussão, acredito estar minimamente claro em que medida esse tipo de teoria semântica ameaça fortemente a possibilidade de haver objetividade na interpretação jurídica. Se sempre haverá um grau de indeterminação sobre a extensão dos conceitos jurídicos em virtude da textura aberta do Direito, então isso implica parcialmente negar a ideia amplamente compartilhada pelo senso comum de que o Direito pode ser uma ciência objetiva. Contudo, o problema com esse tipo de teoria é que ela oferece uma imagem inadequada do tipo de divergência possível no Direito. Ela parece considerar que todos os desacordos entre juristas, advogados e juízes são divergências sobre fatos históricos ou sociais, sobre quais são as palavras do texto legal que decidem o caso, ou sobre quais eram os fatos relevantes de alguma decisão jurisprudencial. Mas, como é possível constatar, a partir da análise dos fenômenos jurídicos, a grande maioria das divergências nessa área são teóricas e não empíricas. Ao menos parece ser assim que as pessoas, no Brasil, experienciam seus desacordos e divergências a respeito, por exemplo, da possibilidade de legalização (ou não) do aborto, ou de descriminalização (ou não) do uso de algumas drogas que hoje são consideradas ilícitas. Portanto, se o que foi discutido até aqui é suficiente para mostrar que a TMC não é capaz de explicar apropriadamente em que sentido divergências no Direito são possíveis, então acredito que temos uma boa razão para buscar uma teoria semântica alternativa que dê conta do fenômeno em questão.

Em suma, o objetivo deste capítulo foi mostrar que a TMC está na base do positivismo jurídico de Hart e avaliar de que forma essa teoria cria dificuldades à ideia amplamente compartilhada pelo senso comum de que pode haver

objetividade na interpretação jurídica. Inicialmente, busquei expor as principais teses defendidas pelo positivismo jurídico, dando especial ênfase à versão hartiana dele e à ideia de textura aberta do Direito. Em seguida, delineei a teoria semântica aceita pelos positivistas segundo a qual o significado de um conceito é o conjunto de critérios que os falantes utilizam ao empregá-lo e sua extensão inclui apenas aquelas coisas que satisfazem aqueles critérios.

Por fim, tentei argumentar que o comprometimento do positivismo jurídico com a TMC faz com que ele falhe em considerar adequadamente em que medida divergências no Direito são possíveis. Meu argumento consiste em afirmar que essa teoria semântica ameaça fortemente a ideia de que a interpretação jurídica pode ser objetiva ao sustentar que a verdade de um conceito está atrelada ao fato de ele cumprir os critérios relevantes que o constituem como tal, sendo que o estabelecimento desses critérios é uma questão de arranjo convencional.

#### Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de António de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- BRINK, D. Legal theory, legal interpretation, and judicial review. **Philosophy and Public Affairs**, v. 17, n. 2, p. 105-148, 1988.
- BURGE, T. Frege on extensions of concepts, from 1884 to 1903. **The Philosophical Review**, v. 93, n. 1, p. 3-34, 1984.
- CARNAP, R. **Meaning and necessity**: a study in semantics and modal logic. Chicago: University Press of Chicago, 1988.
- COLEMAN, J. Truth and objectivity in Law. **Legal Theory**, v. 1, p. 33-68, 1995.
- COLEMAN, J.; LEITER, B. "Legal Positivism". In: PATTERSON, D. (ed.). **A companion to philosophy of Law and Legal Theory**. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 2010.
- DWORKIN, R. W. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, R. W. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, A. Cortez. **Direito Civil**: contratos. Caxias do Sul: EDUCS, 2011.

FINNIS, J. **Lei natural e direitos naturais**. Trad. de Leila Mendes. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2000.

FREGGE, G. **Lógica e filosofia da linguagem**. Trad. de Paulo Alcofarado. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2009.

HART, H. **Direito, liberdade, moralidade**. Trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luiz Carlos Borges. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.L

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MACCORMICK, N.. H. L. A. **Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARMOR, A. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006.

RAZ, J. **Practical reasons and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1975.

STAVROPOULOS, N. **Objectivity in Law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

STRUCHINER, N. **Uma análise da Textura Aberta da linguagem e sua aplicação no Direito**. 2001. 102f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

WAISMANN, F. **The principles of linguistic philosophy**. Londres: The MacMillan Press, 1971.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

## 6

# O programa Bolsa-Família e os direitos fundamentais sociais à saúde, à educação e à assistência na visão de Rawls

Cleide Calgari<sup>\*</sup>  
Agostinho Oli Koppe Pereira<sup>\*\*</sup>  
Paulo César Nodari<sup>\*\*\*</sup>

### Introdução

O presente trabalho tem como problema verificar se a teoria rawlsiana pode implementar o programa Bolsa-Família (BF) e os direitos fundamentais sociais à saúde, educação e assistência social no Brasil?

Para tal pesquisa utiliza-se a abordagem metodológico-analítica, tendo como aporte teórico o autor John Rawls e a Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88). Com base nele, busca-se, a partir de referências e indicadores sociais, vislumbrar uma alternativa ao problema que se propôs.

O trabalho faz uma análise crítica e social do programa BF e dos direitos fundamentais sociais, em tela, para propor determinadas alternativas como viáveis para minimizar a vulnerabilidade social e a pobreza que assolam o Brasil na atualidade.

### 1 Direitos fundamentais sociais à saúde, à educação e à assistência na teoria rawlsiana

A teoria de John Rawls tem forte presença sobre as políticas governamentais contemporâneas, principalmente, no que tange às ações em favor das minorias sociais, ou seja, das pessoas em vulnerabilidade social. Na

---

<sup>\*</sup> Doutora em Ciências Sociais. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito. Doutoranda em Filosofia. Doutoranda em Direito. Professora em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

<sup>\*\*</sup> Doutor em Direito. Atualmente é professor Colaborador na Universidade de Passo Fundo, atuando no Curso de Mestrado em Direito.

<sup>\*\*\*</sup> Doutor em Filosofia. Professor de Filosofia no Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGFIL-UCS; PPGDIR-UCS).

ótica do autor, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, pois, em uma sociedade que é justa, as liberdades entre os indivíduos são iguais àquelas que são tomadas como já estabelecidas. Assevera Rawls:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor; de maneira análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos (RAWLS, 2008, p. 4).

Segundo Rawls (2002), para uma sociedade ser justa, deveria haver dois pressupostos básicos: inicialmente, a igualdade de oportunidade para todos, em condições de igualdade; em um segundo patamar, os benefícios consequentes dessa sociedade justa deveriam ser distribuídos, de forma preferencial, aos cidadãos menos favorecidos da sociedade, a quem Rawls classifica como *worst off*, pois, para que ocorra justiça social, é preciso amparar os mais fracos e os mais pobres. Rawls também classifica os talentosos (ou os mais providos de diversas maneiras) como *better off*, que seriam mais qualificados, seja por nascimento, seja por herança, seja mesmo por dom. Para o autor, os mais privilegiados deveriam renunciar, em favor do ideal de justiça social, ou também, de possíveis ganhos a partir de suas expertises no campo econômico-financeiro, em favor dos *worst off*, os quais deveriam, a partir dessa opção e com as doações, buscar a inclusão de todas as pessoas (PINHEIRO, 2013).

Na teoria de Rawls, para que se possa considerar uma sociedade justa, faz-se urgente e necessária a diminuição das diversas formas de desigualdade. Porém, para que isso ocorra, seria necessária a adoção de ações afirmativas em favor de minorias sociais, isto é, das pessoas que vivem em pobreza e em

pobreza extrema. Dessa forma, para Rawls, a sociedade bem-ordenada não seria apenas quando essa está planejada para promover e atingir o bem de seus membros, mas quando busca a primazia de uma concepção de justiça.

Para Pinheiro as políticas de ações afirmativas e de inclusão social podem ser definidas como um conjunto de medidas que são adotadas por um país com o objetivo de superar as desigualdades históricas, garantindo igualdade de oportunidades, ou seja, a justa oportunidade a que se refere Rawls. Para Pinheiro, de acordo com Rawls,

políticas de ações afirmativas e inclusão social podem ser definidas como o conjunto de medidas adotadas por um país, com objetivo de erradicar ou mitigar, ao máximo, desigualdades históricas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, ou seja, a justa oportunidade a que se referia Rawls, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. O referido conceito tem por parâmetro aquele elaborado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo Decreto n. 20, de novembro de 1995, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso (PINHEIRO, 2013, p. 104).

As ações afirmativas e a inclusão social são um aprofundamento do conceito de equidade que, para alguns autores, confunde-se com igualdade material, tendo correspondência com os direitos fundamentais. Conforme demonstra o autor,

as ações afirmativas e a inclusão social são uma consequência do aprofundamento do conceito de equidade, que, para muitos, confunde-se com igualdade material, e tem correspondência direta com a evolução do conceito de direitos fundamentais, os quais decorrem, conforme a lição de Moraes (2005, p. 1) da necessidade de limitação e controle dos abusos do próprio Estado e suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. (PINHEIRO, 2013, p. 104).

Dessa forma, a política pública redistributiva garante os direitos fundamentais sociais aos cidadãos que estão vivendo em pobreza extrema na sociedade brasileira. Rawls entende que existe a necessidade de concepção de dois princípios da justiça, quais sejam: i) Cada pessoa deve ter o direito ao mais extensivo sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras, e ii) as desigualdades econômicas e sociais

devem ser distribuídas de forma que: a) proporcionem maior expectativa de benefícios aos menos favorecidos, e que b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades.

Analisando os dois princípios, entende-se que as desigualdades são possíveis desde que sirvam para beneficiar os menos favorecidos na sociedade. O princípio da diferença<sup>1</sup> e o da justiça distributiva (princípio da igualdade de oportunidades) dizem respeito às políticas públicas, tais como o programa BF na sociedade brasileira, visto que o princípio da diferença refere-se à distribuição de bens na sociedade. O princípio da justiça distributiva, por sua vez, pressupõe igualdade de condições, ou seja, reconhece pressupostos do princípio da diferença e da liberdade, que é o primeiro princípio conforme referido acima. Desse modo, para se construir um modelo de justiça, é preciso alicerçá-lo na igualdade equitativa entre as pessoas, nas liberdades individuais, bem como na justa oportunidade. São imperiosas essas condições para assegurar a elaboração de políticas públicas, com o objetivo de assegurar uma justa oportunidade aos menos favorecidos na sociedade brasileira, ou seja, que vivem em pobreza ou em pobreza extrema.

Assim, o princípio da diferença, segundo Rawls, representa uma forma de consenso. Outro ponto importante desse princípio está em uma concepção de reciprocidade. Esse é um ponto importantíssimo, de acordo com Rawls, uma vez que é imprescindível, em uma sociedade bem-ordenada, a cooperação equitativa. Ele sublinha no texto *Liberalismo político* a respeito:

As pessoas são razoáveis em um aspecto fundamental quando, suponhamos que entre iguais, se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo. Elas veem essas normas como aquelas que é razoável que todos aceitem e, em virtude disso, como justificáveis para todos e se dispõem a discutir os termos equitativos que outros proponham. O razoável é um componente da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e é parte da ideia de reciprocidade a suposição de que esses termos equitativos devem ser aqueles que é razoável que todos aceitem. Como já disse (I, § 3.2), a ideia de reciprocidade encontra-se entre a da imparcialidade, que é altruísta (o bem geral constitui a motivação), e a de

---

<sup>1</sup> O princípio da diferença subentende não apenas a diferença mas também a igualdade de oportunidades.



benefício mútuo, quando entendido no sentido de cada um ter de se beneficiar em relação à própria situação presente ou esperada, sendo as coisas como são. (RAWLS, 2011, p. 58-59).

Outro ponto importante do princípio da diferença é o que fornece uma interpretação do princípio da fraternidade, ou seja, “em comparação com a liberdade e a igualdade, a fraternidade tem ocupado um lugar menos importante na teoria democrática” (2002, p. 112). Percebe-se que o princípio da diferença objetiva, articula a igualdade e a eficiência, justificando as fórmulas de distribuição que diferem de um contexto a outro. Para isso, Rawls traz a ideia de bens primários, ou seja, são cinco categorias sendo elas: os direitos e as liberdades fundamentais; a liberdade de movimento e de livre-escolha de ocupação em um contexto de oportunidades diversificadas; os poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade em instituições políticas e econômicas da estrutura básica; a renda e a riqueza; as bases sociais do autorrespeito. (RAWLS, 2003, p. 82-83).

Desse modo, Rawls entende que uma concepção de justiça se baseia na seguinte noção: todos os bens sociais primários devem ser distribuídos de maneira igual a não ser que uma distribuição desigual desses bens beneficie os menos favorecidos na cadeia social. O ponto-chave é que o tratamento das pessoas como iguais não implica retirar toda a desigualdade social, mas apenas aquelas que trazem desvantagens às pessoas. Ao se dar mais oportunidades a uma pessoa do que a outra, acaba-se por promover mais os interesses de ambas do que simplesmente dar-lhes a mesma oportunidade, tendo-se, por conseguinte, um ponto igualitário de interesses, pois não se proíbe tal desigualdade, desde que a mesma venha beneficiar todos. Portanto, as desigualdades somente serão proibidas se diminuam a parte destinada às condições e possibilidades de efetivação dos bens primário-sociais de uma pessoa. Ao aplicar-se esse raciocínio para os menos favorecidos, esses ficam com a possibilidade de proibir as desigualdades que visam a sacrificar e não promover seus interesses.

Essa ideia não impede a existência de conflitos entre os vários bens sociais que são distribuídos, como, por exemplo, se uma sociedade garante determinado rendimento às pessoas de baixa renda, através de um programa social, criará uma desigualdade de oportunidades se, ao mesmo tempo, não

permitir a essas pessoas a possibilidade de completarem a inclusão social, através da saúde, educação e assistência social, por exemplo. Existe, nesse caso, um conflito entre dois bens sociais: o rendimento e a igualdade de oportunidades.

Como se pode lembrar, a concepção de justiça deixa alguns problemas para serem resolvidos, sendo, então, indispensável um sistema de prioridades que justifique a opção por um ou alguns dos bens primários sociais em conflito. E, nesse caso, se escolhe um bem primário em detrimento de outro, pois se tem uma razão mais forte para se considerar um bem como prioritário em relação ao outro.

Portanto, a ideia de liberdade igual é que a sociedade deve assegurar a todas as pessoas a máxima liberdade para cada um, que seja compatível com uma liberdade igual para todos os demais. No que se refere à igualdade de oportunidades, ou seja, que existam oportunidades justas. As desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições que sejam acessíveis a todas as pessoas em condições justas de igualdade de oportunidades dentro da sociedade. E, por fim, a ideia do princípio da diferença permite que a sociedade se comprometa a promover a distribuição igual da riqueza, com exceção se, no caso, a existência de desigualdades econômicas e sociais gerar o maior benefício para os menos favorecidos na sociedade.

Importante é salientar que esses princípios não resolvem os conflitos, pois é preciso que se estabeleça uma ordem de prioridades entre os princípios. Desse modo, a aplicação dos mesmos segue uma ordem lexical, na qual o princípio da liberdade tem prioridade sobre os outros dois, e o princípio da igualdade de oportunidades tem prioridade sobre o princípio da diferença. Ou seja, ao atingir um nível de bem-estar econômico acima da luta pela sobrevivência, a liberdade tem a prioridade sobre o bem-estar econômico. As liberdades são direitos que não devem ser violados por conta de questões econômicas. Trocando em miúdos, se existe um rendimento mínimo que permite à pessoa sobreviver, a mesma não pode abdicar da liberdade e aceitar alguma restrição de não poder sair e não se livrar de algum tipo de exploração, ainda que seja sob a hipótese e sob a condição de passar a ganhar mais. Pode parecer estranho, mas, em cada princípio, existe a ideia de distribuição justa, isto é, uma desigualdade de

liberdade, de oportunidade, ou mesmo, desigualdade de rendimento, que só seria permitida se viesse a beneficiar os menos favorecidos.

## **2 O programa Bolsa-Família e a teoria rawlsiana**

Como exemplo de tal proposta, pode-se citar o programa BF. Permitir-se-ia às pessoas pobres e extremamente pobres virem a ter maior apoio do Estado e receberem benefícios para sair da margem de vulnerabilidade social. Não se quer entrar, aqui, na discussão direta do problema da pobreza, justamente, por se tratar de um problema muito complexo e, como tal, não admite uma solução fácil. Quer-se, apenas, citar o programa BF como exemplo de um programa, e não apenas como transferência direta de renda, ainda que, como impulso temporal, venha a auxiliar no processo de conquista tanto da autonomia e da dignidade humanas quanto da cidadania participativa no processo político. Seria um erro crasso pensar que o programa BF limitar-se-ia a garantir apenas uma sobrevivência material mínima às famílias (REGO; PINZANI, 2013, p. 11-12), uma vez que a ausência do mínimo de autonomia e dignidade impede que os indivíduos adquiram condições para se converter em cidadãos de direito, ou seja, se tornem como que reféns de uma sociedade não cidadã para todos (REGO; PINZANI, 2013, p. 55). As liberdades básicas, como os direitos civis e políticos, são reconhecidas nas democracias liberais – e possuem prioridade – como a liberdade de expressão, o direito, a justiça, a mobilidade, o direito de votar e de ser votado. No caso da exigência de distribuição justa de recursos econômicos, pode-se observar que uma vez resolvido o problema das liberdades básicas, tem-se outro grande problema a ser equacionado: o de como devem ser distribuídos os recursos econômicos, pois não basta que haja distribuição, mas a mesma deve ser justa.

Rawls recorre à ideia de que o destino das pessoas depende de suas escolhas e não das circunstâncias<sup>2</sup> em que, por acaso, se encontram. As pessoas não podem ter negadas suas escolhas e ambições por pertencerem à determinada classe social, raça, credo, etc., pois essas são circunstâncias que a

---

<sup>2</sup> Circunstâncias naturais e arbitrárias, tais como nascimento em famílias de posses abastadas, nascimento com muitos e diversificados talentos de atuação econômico-financeira.

igualdade de oportunidades deve eliminar. Assim, se a igualdade de oportunidades prevalece na sociedade, entende-se que a desigualdade de rendimentos é aceitável, desde que os menos favorecidos sejam beneficiados por elas.

Para tal, Rawls parte de um contrato social hipotético, no qual as pessoas não conhecem seu lugar na sociedade, encontrando-se no que ele denomina de “posição original”, envoltas num véu de ignorância. O autor entende que essa situação hipotética descreve uma posição inicial de igualdade e a esse argumento se junta o argumento da igualdade de oportunidades, em que ambos procuram desenvolver e defender uma concepção de igualdade. Os princípios da justiça são aceitos sob e à luz de um sistema de cooperação social, no qual e com o qual as pessoas, sendo razoáveis e racionais, livres e iguais, sabem que os demais vão cumprir os princípios. Nessa perspectiva, a posição original mostra que é razoável aceitar que nenhuma pessoa deva ser favorecida ou desfavorecida na sociedade.

No que se refere às desigualdades naturais, Rawls entende que os mais talentosos por natureza, podem ter um rendimento maior, se, com isso, vierem a beneficiar os menos favorecidos da sociedade. Assim, o princípio da diferença visa a assegurar que os bens primários sociais sejam assegurados aos menos favorecidos.

Com a criação do programa BF, há a presença dos princípios de Rawls – no que se refere ao princípio da diferença – visto que, no rol de bens primários, estão as bases sociais da oportunidade, do autorrespeito, da renda e da riqueza, que são essenciais em uma sociedade democrática como a brasileira.<sup>3</sup> Ao adotar esse programa, o Governo Federal atenderia aos preceitos de uma sociedade justa, pois não daria margem a arbitrariedades morais. Esse benefício, concedido pelo Estado aos cidadãos, estaria respondendo ao quesito *princípio igualitário*, levando em consideração a subsistência do cidadão à margem da pobreza.

*O programa BF, segundo a interpretação da concepção de Rawls, se, por um lado, atenderia à ideia de princípio igualitário, por outro lado, atenderia à*

---

<sup>3</sup> O texto do programa BF dos autores Rego e Pinzani, publicado pela Editora Vozes, é um indicativo importante para lembrar que o Programa BF auxiliou as pessoas a crescerem em dignidade e autonomia. (REGO, W. L.; PINZANI, A. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*. São Paulo: Edunesp, 2013.

*ideia de justiça em uma sociedade de vulneráveis?* Essa questão, em primeiro lugar, deve ser analisada da seguinte forma. Pelo princípio da igualdade, adotam-se políticas públicas universalizantes, atendendo à ideia de que todos têm direito a determinados serviços, pois todos os indivíduos são iguais; porém, pela ideia do justo, essa política pública é direcionada a uma população de beneficiários que se encontra na impossibilidade de adquirir, por conta própria, determinados bens e serviços que venham a suprir suas necessidades básicas. Essa ideia do justo, no caso do programa BF, é o critério de renda. Assim, um dos limites da equidade será estabelecer quais serão os beneficiados, no caso do programa BF, as famílias que vivem à margem da pobreza e da pobreza extrema.

Assim, pela análise elaborada no parágrafo acima, pode-se dizer que esse Programa Social de Transferência de Renda poderia ser considerado justo na visão de Rawls, mas insuficiente, pois, na esfera dessa política, somente se contempla o critério de renda sem se tratar de outras possíveis variáveis, que são fontes de privações sociais. Todavia, mesmo assim, há méritos, visto que qualquer queda no que se refere à pobreza e às desigualdades sociais é importante e uma possibilidade de se atingir a igualdade. Pois bem, analisando-se a estrutura desse programa, pode-se observar de forma resumida, o que segue:

- a) público-alvo do programa BF: os pobres e extremamente pobres;
- b) para Rawls esse é o público-alvo, porque são indivíduos que não tiveram uma oportunidade equitativa;
- c) os problemas do programa BF são insuficiência de renda e de direitos fundamentais sociais;
- d) busca-se resolver o problema, atacando as três frentes problemáticas: a renda, a educação e a saúde;
- e) a resolução apontada pelo programa BF resolve o problema na visão de Rawls, pois incide sobre o acesso a oportunidades; dessa maneira, é preciso investigar se a privação de oportunidades engloba somente a renda, a educação e a saúde;
- f) a ideia da teoria de Rawls e do programa BF da sociedade brasileira são as desigualdades sociais que são aceitas desde que beneficiem os menos favorecidos na sociedade;

g) há a presença dos Princípios de Rawls no programa BF, pois o princípio da liberdade vigora para todos os brasileiros, mas, por sua vez, a igualdade equitativa de oportunidades está presente nas condicionalidades do programa BF e o princípio da diferença está presente no fato de o programa BF beneficiar “os menos favorecidos” da sociedade.

Como o Brasil possui em sua estrutura um Estado Democrático de Direito, pode-se conceituar as instituições como estruturas básicas da sociedade que devem ser reguladas por uma Constituição que vai assegurar as liberdades da cidadania a todos. Desse modo, o processo político deve ser conduzido como um procedimento que seja justo, para que as escolhas da forma de governo e da elaboração da legislação atendam aos princípios da justiça equitativa. Outro ponto importante é a igualdade de oportunidades. Ela precisa ser equitativa, isto é, além de se manterem formas normais de despesas sociais, o governo precisa assegurar oportunidades iguais de educação, saúde, etc., para as pessoas semelhantemente dotadas; logo, há de se assegurar a igualdade de oportunidades em atividades econômicas, sociais e de trabalho. Para isso, há a necessidade de que o governo institua o mínimo social, que pode ser por intermédio do programa BF.

Na construção de políticas públicas, como o programa BF, é importante atentar para algumas tarefas, como redistribuir a renda e a riqueza de forma justa, além de beneficiar todos que estão em situação de vulnerabilidade. É necessária a distribuição de riqueza e também impedir a concentração de poder, que vai prejudicar o valor equitativo da liberdade e da igualdade de oportunidades.

O princípio da diferença dá suporte ao princípio da reparação, porque as desigualdades quanto aos talentos e aos dotes devem ser compensadas de maneira a melhorar as expectativas dos menos favorecidos. Desse modo, o senso comum entende que deve haver distribuição de acordo com o mérito moral de cada pessoa na sociedade. Na visão de Rawls, no entanto, um sistema legítimo e justo rejeita essa ideia, visto que deve beneficiar os menos favorecidos. Assim, o programa BF enquadra-se na visão de Rawls acerca da justiça distributiva.

Eliminar as desigualdades e a pobreza segundo para Rawls, é viver de acordo com o justo e de maneira que a felicidade de uns seja acompanhada de benefícios para os menos favorecidos. A justiça como equidade pretende que os

menos favorecidos não se sintam injustiçados, momento em que entram políticas públicas e, principalmente, o programa BF, no caso específico aqui referenciado. Portanto, em uma sociedade bem-ordenada, todos os indivíduos poderão desenvolver seus dons de forma adequada, em diversas instituições que cooperam umas com as outras, no caso, o Governo Federal e a sociedade civil. A ideia de justiça é mais importante que a ideia de bem, pois todos na posição original, vão concordar em respeitar o desejo e os dons de cada um. O autor defende a igualdade, pois acredita que esse é o fator que indica que a justiça, como equidade, está sendo cumprida. A justiça figura como a virtude primeira de todas as instituições sociais, ou seja, o que a verdade é para a ciência deve ser a justiça para as instituições sociais. Uma sociedade bem-ordenada possui a máxima aderência de suas partes contratantes pelo critério da justiça. Assevera Rawls:

Para a justiça como equidade os cidadãos estão envolvidos na cooperação social, e portanto são plenamente capazes de fazer isso durante toda a vida. Pessoas assim consideradas têm aquilo que poderíamos chamar de ‘as duas faculdades morais’ descritas como segue: (I) **Uma dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça**: é a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social, e de agir a partir deles (e não apenas de acordo com eles). (II) **A outra faculdade moral é a capacidade de formar uma concepção do bem**: é a capacidade de ter, revisar e buscar atingir de modo racional uma concepção do bem. Tal concepção é uma família ordenada de fins últimos que determinam a concepção que uma pessoa tem do que tem valor na vida humana ou, em outras palavras, do que se considera uma vida digna de ser vivida. Os elementos dessa concepção costumam fazer parte de, e ser interpretados por certas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes à luz das quais os vários fins são ordenados e compreendidos (RAWLS, 2003, p. 26, grifos do autor).

Mesmo que o País atue para minimizar as desigualdades e a pobreza, promovendo programas de transferência de renda, como o programa BF, incentivando o consumo da população economicamente mais vulnerável, é necessário refletir sobre a forma estrutural como a riqueza é distribuída entre os cidadãos do Brasil e, igualmente, observar quais são os limites da distribuição de renda dentro do modelo capitalista. Destarte, será que é correto garantir somente o mínimo para a sobrevivência dos indivíduos? Se o objetivo final da sociedade brasileira for o bem-estar, são necessárias novas formas de

organização social. Nesse caso, a discussão vai além da pobreza absoluta e da vulnerabilidade social, e as transferências de renda, como forma de políticas públicas redistributivas, passam a ser entendidas como parte dessas políticas na sociedade.

A validade do programa BF depende de uma política econômico-social pautada pela cooperação e responsabilidade social, de modo que se possa superar as mazelas egoístas do sistema capitalista e do neoliberalismo. Assim, o programa BF, apesar de necessário, não é suficiente para resolver o problema da pobreza, da desigualdade e da exclusão social de parte da população brasileira. Essa constatação leva a uma análise sobre a (des)organização do Estado brasileiro, da sociedade capitalista e do problema social que condena parte da população brasileira.

O maior desafio das políticas públicas redistributivas, no caso o programa BF, é a capacidade de conceder instrumentos que possibilitem a inserção do cidadão na sociedade, de forma efetiva e permanente; além disso, emancipá-lo, conferindo-lhe autonomia para a vida em sociedade e lhe proporcionando oportunidades para a garantia de uma vida digna.

### **Considerações finais**

Para que se tenha um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem ser garantidos, no caso em tela, os direitos sociais. O parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, expressa que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 2013, s.p.). Nessa ótica, a Constituição de 1988 afirma que seu poder legítimo emana do povo, mas pode ser exercido por representantes desse, sempre por meio da participação popular. Já no art. 1º, III, a Constituição traz à tona a dignidade da pessoa humana, fazendo referência a cada indivíduo, ou seja, que todo cidadão é portador de direitos fundamentais.

Desse modo, o ideal de justiça trazido pela Constituição de 1988 está associado ao que é melhor para todos os cidadãos, ou seja, o que é justo para todos. No art. 6º, o foco são os direitos sociais, como: à saúde, à educação, à assistência social, ao lazer, à alimentação, etc. Assim, o ideal democrático é a



participação popular, sendo que as ações do Estado somente serão legítimas se aprovadas pelo povo. Portanto, as políticas públicas devem respeitar o cidadão e promover os direitos fundamentais, atingindo os critérios de justiça que são inseridos pela Constituição. Com apoio nesses critérios, a promoção de direitos fundamentais e a participação do povo estão no programa BF. Esse pode ser interpretado como uma forma de tratar todos os cidadãos brasileiros com dignidade, igualdade, respeito e justiça.

Nesse viés, entende-se que o programa BF é uma política pública que busca a efetivação de um direito, dando às famílias que vivem à margem da vulnerabilidade, segurança social, por exemplo, direito à alimentação. Não basta só comida, é necessário um conjunto de ações que possibilitem que essas tenham acesso à alimentação sempre. Não basta saúde, é necessário assistência médica. Não basta assistência social, é preciso um conjunto de medidas que garantam a efetividade dessa assistência na sociedade. Por fim, o programa BF combate a pobreza e garante o exercício de direitos fundamentais sociais.

#### Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, R. G. A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVII, n. 59, p. 100-108, jan./abr. 2013.

RAWLS, J. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, J. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, J. **Justiça como equidade**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, J. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, D. L.; MELO, R. S. (org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, 2007.

RAWLS, J. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Lua Nova** [on-line], n. 25, p. 25-59, 1992. ISSN 0102-6445.

RANIERI, N. B. S. **Teoria do Estado**: Estado de direito ao Estado democrático de direito. Barueri, SP: Manole, 2013.

REGO, W. L.; PINZANI, A. **Vozes do Bolsa-Família**: autonomia, dinheiro e cidadania. São Paulo: Edunesp, 2013.

## 7

# Recurso Extraordinário n. 627.189/SP: princípio da precaução e ética precaucional em face da redução dos campos eletromagnéticos

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira<sup>\*</sup>  
Allana W. Ariel Dalla Santa<sup>\*\*</sup>  
Gabriel Henrique da Silva<sup>\*\*\*</sup>

### 1 Introdução

O presente estudo tem como objeto o Recurso Extraordinário n. 627.189/SP, interposto pela empresa Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A e relatado por Dias Toffoli, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). O trabalho baseia-se na produção doutrinária acerca do princípio da precaução, enunciado jurídico que deve ser aplicado em questões que carecem de certeza científica, bem como na leitura da clássica obra *Princípio de responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, do filósofo Hans Jonas. O estudo do recurso de referência presta-se ao reconhecimento de argumentos utilizados pelo STF em situações que pedem a aplicação desse princípio. A verificação do posicionamento dos ministros, a partir dos votos, auxilia na observação não só da tendência jurisprudencial da Corte, mas também e inversamente, na possibilidade de consolidação do princípio no Brasil, pois, nesse sentido, o acórdão se presta a verificar, conforme voto do seu relator, “sob a óptica constitucional, o conteúdo jurídico do princípio da precaução” (BRASIL, 2016).

---

<sup>\*</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Estágio Pós-Doutoral na *Pace University* – NY, Elisabeth Haub School of Law. Pesquisador e Professor-Adjunto na Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando no curso de Bacharelado e no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado em Direito da UCS. *E-mail*: cemsilveira@ucs.br

<sup>\*\*</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestra pela UCS. Advogada. *E-mail*: allanadallasanta@gmail.com

<sup>\*\*\*</sup> Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogado. *E-mail*: gabihsilva1@gmail.com

Assim, o texto contribui para a compreensão dos argumentos centrais do julgado acerca do princípio jurídico de precaução, situando essa análise no pano de fundo do que pode se chamar de uma ética precaucional, utilizando-se de postulados éticos para uma civilização tecnológica, a partir da obra de Hans Jonas.

## 2 O Recurso Extraordinário n. 627.189/SP

O Recurso Extraordinário n. 627.189/SP interposto pela empresa Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A e relatado por Dias Toffoli, Ministro do STF, trata da possibilidade de se impor, ou não, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica (BRASIL, 2016). A possibilidade estaria autorizada por observância ao princípio da precaução e de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população. Como tese geral fixada em função da repercussão geral do caso, tem-se que

o atual estágio do conhecimento científico, que indica ser **incerta a existência de efeitos nocivos** da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde [OMS], conforme estabelece a Lei n. 11.934/2009. (Grifos nossos).

A tese fixada representa o voto da maioria dos ministros, tendo sido vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso das duas ações civis públicas que requereram a fixação a menor do que o previsto pela OMS e pela Lei n. 11.934/2009 como limite à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Foram admitidos *amicus curiae* e realizada uma audiência pública.

A Eletropaulo Metropolitana controverteu as questões no seguinte sentido:

a) teria havido violação dos arts. 5º, **caput** e inciso II, e 225 da Constituição Federal; b) **descaberia aplicar à espécie o princípio da precaução**; c) haveriam de ser respeitados os princípios da separação de poderes e da

legalidade; d) o acórdão objurgado, além de impor normativa alienígena (em vigor na Suíça), teria desprezado norma técnica mundialmente aceita [e] editada pela Comissão Internacional de Proteção às Radiações Não-ionizantes (ICNIRP), entidade especializada na matéria e reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) (BRASIL, 2016).

O relator demonstra que compreende a situação ao referir, explicitamente, que se trata de circunstância oriunda da incerteza científica, motivo pelo qual justifica-se a realização de audiência pública. Os documentos produzidos na audiência pública foram juntados a autos apartados e carecem de estudo específico, não obstante:

Como os debates reclamavam e estão a reclamar uma análise que ultrapassa os limites do **estritamente jurídico**, uma vez que essa análise demanda uma **abordagem técnica e interdisciplinar acerca da controvérsia**, em seus variados aspectos, foi realizada audiência pública (BRASIL, 2016). (Grifos nossos).

Depois de reafirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como leitura derivada do preceito constitucional, o relator adentra especificamente no que ele considera ser o conteúdo jurídico do princípio da precaução, no item III do voto. O relator faz referência ao Princípio n. 11, b, da Carta Mundial da Natureza, de 1982 e ao princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro neste sentido:

O princípio da precaução acabou por ter seus elementos conformadores mais bem elaborados e explicitados no documento que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, em 1992, denominada de ECO-92 (BRASIL, 2016).

Para o relator, após revisão bibliográfica e legislativa, o princípio da precaução é definido como

**um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre** que existirem **incertezas científicas** sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de **prevenção** e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais (BRASIL, 2016, grifos nossos).

O relator pretende depreender dos enunciados e autores citados o conteúdo do princípio, o que faz em síntese. Destaca, ainda, como se deve proceder para o controle das decisões precaucionais.

Insisto que, nos controles administrativo e jurisdicional do exercício da precaução, se deve verificar tão somente se, na escolha do Estado, foram adotados os procedimentos mencionados e se as decisões legislativas e/ou administrativas produzidas obedecem a todos os fundamentos de validade das opções discricionárias, como os requisitos da universalidade, da não discriminação, da motivação explícita, transparente e congruente, e da proporcionalidade da opção adotada (BRASIL, 2016).

O relator demonstra preocupação com determinados autores, tais como Sustain, que pensam no medo como um elemento na aplicação da precaução.

No item IV do voto, o relator trata da aplicação do princípio da precaução no caso concreto. Inicia salientando que, sobre premissas fáticas e jurídicas, a perícia demonstrou que “não há dúvida quanto à licitude do que vinha sendo praticado pela Eletropaulo”.<sup>1</sup> Destaca-se que a legislação brasileira instituiu 83,33  $\mu$ T (microteslas) como o limite máximo de emissão de campos magnéticos, detectável a um metro e meio do solo (BRASIL, 2009). Para o relator

não se nega que os campos magnéticos emitidos pelos transmissores de energia elétrica sejam marcadores frequentes na estimação de riscos à saúde. Como reiteradamente se manifestaram as partes durante o feito, bem como os especialistas, a caracterização do que é seguro ou não seguro depende do avanço do conhecimento científico (BRASIL, 2016).

O relator afirma, ainda, que é ilógico afirmar que, em uma situação de ausência de provas, o Judiciário possa modificar o limite de exposição aos campos.

É ilógico e atentatório ao sistema de freios e contrapesos afirmar que é **suficiente a ausência de prova** do nexos de causalidade entre o suposto risco e os eventuais danos para que o Poder Judiciário defina o limite da exposição do ser humano ao campo magnético das linhas de transmissão (BRASIL, 2016, grifo nosso).

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 627189. Relator: ministro Dias Toffoli. Brasília, 8 de junho de 2016.

Os elementos trazidos por esse primeiro item permitem fazer alguns apontamentos sobre a conclusão lógica a que se chega, a partir do voto do relator, motivo pelo qual, no próximo item, serão controvertidos.

### **3 O princípio da precaução no Brasil**

A ideia de precaução como princípio surgiu na Alemanha, em 1974, pela Lei Federal de Proteção contra as Emissões. A palavra alemã *vorsorge* esteve na criação do princípio, conforme explicam os autores O’Riordan e Cameron (2013, p. 38), e o seu significado está relacionado ao conceito de cuidado e preocupação com o futuro; dessa maneira, a ideia de precaução, desde a origem, demanda medidas prévias de cuidado em relação às inquietações futuras (ou incertezas).<sup>2</sup> Nesse sentido, “é intuitivo que o princípio da precaução está intimamente relacionado com o gerenciamento de riscos, ou seja, em face de atos de entes públicos e privados, os riscos oferecidos devem ser analisados sob uma ótica de cautela e de precaução” (WEDY, 2009, p. 32).

O princípio da precaução teria ganhado força nas discussões referentes à poluição na década de 80 (NOGUEIRA, 2004, p. 194) e sido reformulado como um princípio de aplicação geral durante a Conferência de Bergen, realizada em 1990, nos Estados Unidos (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2014) e em diversos tratados multilaterais. No entanto, se pode dizer que o princípio “tornou-se parte intrínseca da política ambiental internacional, especialmente com sua adoção, em 1992, como princípio 15 da Declaração do Rio” (WOLFRU, 2004, p. 13). Adotado por ocasião da Conferência das Nações Unidas pelo Meio Ambiente, o Princípio 15 da declaração tornou-se o enunciado mais comumente referido do princípio. No âmbito internacional, ainda podem ser mencionados como principais enunciados, a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (preâmbulo) e, além disso, o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança.

---

<sup>2</sup> No original: “*vorsorge* covers a territory of meaning that combine cautions with caring for the future, all well as providing for it. Its literal meaning is ‘beforehand or prior care and worry’ [...]”. (O’RIORDAN, T.; CAMERON, J. *Interpreting the precautionary principle*. New York: Routledge, 2013. p. 38). Sobre a origem do princípio ver também (RAFFENSPERGER, C.; TICKNER, J. *Protecting public health & the environment: implementing the precautionary principle*. Washington – California: Island Press, 1999).

Todos os enunciados [de precaução] tratam de situações onde há falta de certeza científica, ou seja, onde comprovadamente existe a probabilidade de danos futuros, onde a incerteza diz respeito tão somente ao tempo em que o dano ocorrerá, o princípio da precaução não deveria ser utilizado. Não obstante, em casos de (i) incerteza científica, apenas a (ii) possibilidade de efeitos adversos e/ou ameaça de danos graves ou irreversíveis bastam para que haja a (iii) adoção de medidas, conforme a capacidade dos Estados (DALLA SANTA, 2016).

Na tentativa de elucidar os posicionamentos acerca do princípio, há autores que propõem uma classificação das tendências teóricas sobre o princípio da precaução considerando seu significado e as medidas correspondentes. No item seguinte, procuram-se identificar brevemente as diferentes correntes teóricas que tratam do princípio, a fim de confrontar os argumentos do recurso.

#### **4 O que seria, afinal, aplicar o “princípio da precaução”?**

Antes de contrapor os argumentos trazidos pelo relator do caso, é necessário, primeiramente referir que a classificação do princípio da precaução é realizada por vários autores. Alguns tratam como vertente forte/radical, minimalista e intermediária, sendo que a posição radical

atribui ao princípio o objetivo de garantir o “risco zero” e privilegia, na representação dos perigos possíveis, o “pior cenário”. Seus partidários consideram que o princípio impõe sempre ao responsável pela decisão ou ação, que forneça prova da inocuidade total do ato que executa ou autoriza [...] (NOGUEIRA, 2004, p. 194).

Nessa linha, Gomes e Sustain entendem o princípio como desnecessário, pois argumentam que os riscos estão presentes em todas as situações sociais (GOMES, 2010, p. 104) e que, se aplicado, o princípio da precaução seria paralisante (SUNSTEIN, 2012, p. 32). Por sua vez, a posição minimalista “propõe aplicar o princípio da precaução apenas na presença de um risco ao mesmo tempo muito provável e suscetível de provocar danos graves ou irreversíveis. Esta concepção reduz a utilidade do princípio e [...] tende a assimilar a precaução à prevenção” (NOGUEIRA, 2004, p. 202).

Já a posição intermediária ou *teórico-prescritiva* (DALLA SANTA, 2016, p. 44) “subordina a utilização do princípio a um risco cientificamente crível,

admitido como plausível por parte significativa da comunidade científica” (NOGUEIRA, 2004, p. 202). É nessa corrente em que nos situamos juntamente com outros autores.<sup>3</sup>

Para este entendimento, cabe ao juiz distribuir o ônus da prova em função da verossimilhança e dos recursos de que cada parte dispõe para fornecer a prova. Privilegia em princípio, medidas positivas, notadamente estudos que permitam uma avaliação mais precisa do risco, mas não exclui a moratória quando necessária para evitar consequências graves e irreversíveis (NOGUEIRA, 2004, p. 202).

Se mesmo na Europa, onde os tribunais já compreendem a função do princípio da precaução com mais consistência, ainda é possível dizer que, em Portugal, por exemplo, “continua a ser necessário **reforçar o conhecimento e promover a clarificação** do princípio da precaução, dando assim cumprimento ao mandamento do Conselho Europeu” (ARAGÃO, 2013, p. 159-185). Pode-se dizer que o mesmo fenômeno é observado no Brasil.

O voto descreve, acertadamente, o Princípio 15 da Declaração do Rio como enunciado mais robusto do princípio da precaução e, conforme se depreende a seguir, ele dá uma ideia dos requisitos que são necessários para aplicação do princípio:

Quadro 1 – Decomposição do Princípio 15 da Declaração do Rio – reconhecimento do núcleo formador do princípio

“Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução <b>deverá ser amplamente</b> observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver, a <b>ausência de certeza científica absoluta NÃO</b> será utilizada <b>como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis</b> para prevenir a degradação ambiental”.	Objetivo: <b>proteger</b> o meio ambiente.  Requisito para aplicação: <b>ameaça de danos graves ou irreversíveis, incerteza científica.</b>  Forma de aplicação: medidas <b>economicamente viáveis.</b>
---	---

Fonte: Adaptado de Dalla Santa, 2016.

<sup>3</sup> ARAGÃO, A. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano XI., n. 22, 2008; KOURILSKY; VINEY. *Le principe de précaution*: p. 25-26 e DALLA SANTA, A. A. W. **O princípio da precaução nas decisões proferidas pela comissão técnica nacional de biossegurança (CTNBio): o processo decisório de aprovação comercial de plantas geneticamente modificadas no Brasil.** 2016. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2016. .



No mesmo sentido de constituir elementos básicos para aplicação do princípio da precaução, Aragão informa que

a incerteza é precisamente o **elemento distintivo** entre o princípio da prevenção e da precaução. Se o risco for futuro, mas certo – ou pelo menos com uma probabilidade muito elevada – é o princípio da prevenção que obriga o decisor a tomar medidas de evitação. Se o risco for incerto, então estamos no domínio da precaução e é ele o único fundamento das medidas evitórias do risco (ARAGÃO, 2013, p. 159-185, grifo meu).

A mesma autora que, em contraponto ao que diz o relator do voto: “Por outro lado, a aplicação do princípio não pode gerar como resultados temores infundados” (BRASIL, 2016), explica que é um mito o fato de o princípio da precaução ser norteado pelo medo. De pronto, Aragão (2013, p. 159-185) pontua que “são sobretudo vozes provenientes de contextos culturais não europeus que apresentam o princípio da precaução como um princípio *do medo*, reflexo de um fundamentalismo ambientalista”. Ainda, para Aragão,

segundo a doutrina em causa, da qual é grande representante Cass Sunstein, o princípio da precaução introduz a irracionalidade nas decisões políticas na medida em que fomenta a adoção de medidas de prevenção cientificamente injustificadas e conduz ao desequilíbrio orçamental, já que as medidas precaucionais são financeiramente dispendiosas e ignoram análises de custo-benefício. Mais uma vez pensamos que se trata de acusações infundadas, pois sabemos bem como as análises de custo-benefício induzem resultados profundamente enganadores em matéria ambiental (ARAGÃO, 2013, p. 159-185).

Na parte do voto em que se trata a respeito da aplicação do princípio da precaução no caso concreto, o relator, ao mencionar que “não há dúvida quanto à licitude do que vinha sendo praticado pela Eletropaulo” (BRASIL, 2016), deixa pensar a questão a partir da insuficiência, ou seja, o aspecto julgado, por ser de repercussão geral, não pode dar conta apenas da licitude do que vem sendo praticado, mas obrigatoriamente sobre a suficiência do que é praticado.

No mesmo sentido, quando o relator afirma ainda que é ilógico afirmar que em uma situação de ausência de provas o Judiciário possa modificar o limite de exposição aos campos, ele está exatamente postando-se contra um dos requisitos unânimes do princípio da precaução: a ausência de certeza científica. Pois é justamente quando houver ausência de certeza que o Judiciário deve

posicionar-se com base nesse princípio, ou seja, provocando uma ação mais acautelatória, sendo que, nesses casos, está vedada a omissão. Distribuir o ônus probatório inclui demandar prova de um parâmetro de segurança, em vez de prova do dano. Na mesma esteira,

o objectivo do recurso ao princípio da precaução é, portanto, elevar o nível de protecção – do ambiente, da saúde pública, da segurança pública, dos direitos fundamentais, etc. – para um patamar mais compatível com o grau de qualidade ambiental, de saúde pública, de segurança pública ou de protecção dos direitos fundamentais actualmente exigível, e que é certamente mais elevado do que era há algumas décadas. Não se trata, em suma, de almejar o grau de *risco nulo* – que não existe, pois mesmo em actividades tradicionais e bem experimentadas existe um certo grau de risco –, mas apenas de optar por um desenvolvimento responsável, mais consonante com um princípio de razoabilidade e bom-senso (ARAGÃO, 2013, p. 159-185).

Vê-se que, mesmo trazendo elementos de uma boa construção teórica do princípio e respeitando seu *status* jurídico, há um esforço para não adotar nenhuma medida objetiva em razão do princípio da precaução, o que seria condizente com sua vertente mais sólida e menos radical. Trabalhos de outros autores demonstram as mesmas conclusões:

O princípio da precaução não tem sido implementado de modo preciso no Brasil. Os tribunais têm aplicado o princípio de modo aleatório, impreciso e sem amparo em critérios objetivos. A precaução confundida com o princípio da prevenção, bem como a precaução como regra e não como princípio são duas das interpretações mais comuns e pouco técnicas do princípio (OLIVEIRA; MORAIS; FERREIRA, 2019, p. 15).

Para além da questão técnico-jurídica, pode-se argumentar, ainda, que tais decisões não encontram amparo tampouco na ética precaucional que justifica a existência desse princípio jurídico. Para discutir tal ponto e situar a questão também sob o plano ético, lançamos mão da célebre obra de Hans Jonas.

## **5 O princípio responsabilidade de Hans Jonas como critério para avaliação do agir precaucional**

A obra *Princípio responsabilidade...*, de Hans Jonas (2006), é uma das mais consistentes elaborações acerca da civilização tecnológica, no plano da ética, e é

constantemente referida como inspiração ética para a abordagem precaucional, traduzida em princípio jurídico. Assim, convém recuperar, brevemente, considerações sobre esse princípio da responsabilidade, de modo a apreciar as considerações já tecidas acerca do julgado em tela desde um ponto de vista ético.

*A ética para o futuro* de Jonas postula que os homens do futuro importam apenas na medida em que *o homem* importa. Seria antiético subtrair aos homens futuros a capacidade e o dever de perpetuar uma humanidade verdadeira e, de forma inversa, seria um dever ético e elementar zelar para que se possa legar à humanidade futura esse dever de preservar a humanidade. Tratar-se-ia de um dever para com o *ser* do homem, dele derivando os deveres da ordem do *fazer* (2006, p. 92-93). Rejeita-se, nesse viés ontológico, o subjetivismo valorativo, fundamentando-se o dever do homem moderno em uma doutrina metafísica do ser.

A maior parte das éticas tradicionais, no entender de Jonas (2006, p. 23), em razão de sua ênfase na esfera privada da ação e por não compreender cálculos de longo prazo, supõe que o futuro dá conta de si mesmo, não afetando as decisões do presente sob o ponto de vista moral ou pragmático. Ora, como seria possível enfrentar o problema da proteção do meio ambiente, bem destinado às futuras gerações pelo art. 225 da Constituição de 1988 brasileiras, a partir de um raciocínio e de valores éticos tradicionais, assentados na esfera privada e no momento presente?

O elevado grau de incerteza – característico dos riscos ecológicos e sanitários na civilização tecnológica – que coloca em causa a destruição das condições fundamentais de existência, leva Jonas a discutir importantes pressupostos éticos para a civilização tecnológica (JONAS, 2006, p 84-85). Todos esses pressupostos são de interesse para refletir sobre a aplicação do princípio de precaução no Supremo Tribunal Federal (STF); entretanto, optou-se por destacar três deles: o saber como dever prioritário, a inversão do princípio cartesiano da dúvida e a heurística do medo.

*O saber deve ser um dever prioritário* na civilização tecnológica. Não se pode perseguir apenas o saber que favorece empreendimentos humanos, mas, com igual ou superior prioridade, o saber sobre as consequências da ação. Os prognósticos de curto prazo e de curto alcance, como é o caso da avaliação sobre

os males associados às linhas de transmissão, são insuficientes para justificar um agir ético, tendo em conta a imensa lacuna entre nosso enorme poder de causar impactos (de modificar o mundo por artefatos tecnológicos) e nossa reduzida capacidade de compreender e controlar esses impactos; por outras palavras, a lacuna entre a força de previsão e o poder do agir humano. Assim, faz-se necessário um grau mais elevado de ciência para empreendimentos tecnológicos de larga escala – um grau de ciência até mesmo mais alto do que aquele necessário ao próprio empreendimento (JONAS, 2006, p. 74).

Muito embora a situação ideal seja dificilmente praticável – nesse caso, ter conhecimento científico mais evoluído acerca dos impactos das ondas eletromagnéticas do que a ciência necessária para o próprio funcionamento das linhas de transmissão –, o saber precisa ser, de qualquer modo, tratado como dever prioritário, exigindo-se um conhecimento muito avançado sobre os danos produzidos por essas linhas para que elas possam ser consideráveis seguras e aceitáveis.

No julgado, entretanto, a falta de conhecimento científico sobre os impactos dessa tecnologia é encarada como fatalidade, e os conhecimentos existentes são desprezados por não serem suficientes para dar uma certeza sobre a lesividade do empreendimento. Em lugar de perguntar: *“De quanto conhecimento precisaríamos para poder admitir esse empreendimento?”* o raciocínio parece ser: *“Como não há conhecimento suficiente acerca da lesividade do empreendimento, não há porque impedi-lo”*.

Para uma ética precaucional, que deve ser fundada em um princípio de responsabilidade pelo futuro e pelas consequências incertas da ação, faz-se necessário, ainda, *inverter o princípio cartesiano da dúvida*, pelo qual o ser racional deve considerar como comprovadamente falso tudo o que for duvidoso, limpando o terreno para poder estabelecer o que é comprovadamente verdadeiro (DESCARTES, 1983, p. 29-65).

Na ética para a civilização tecnológica, deve-se inverter o pensamento cartesiano de maneira que as decisões, em situações de incerteza, sejam tomadas tratando como certo aquilo que é duvidoso. Ou seja, as certezas relativas do presente não podem justificar grandes incertezas, que contenham efeitos negativos graves ou irreversíveis a terceiros. Se há evidências plausíveis de que o empreendimento pode produzir consequências inaceitáveis, cálculos de

perdas e danos e custo-benefício fundados nos benefícios do presente, devem ser recusados em face da possibilidade de haver um mal muito maior. Trata-se, em última instância, de um dever primário do *ser* de conservar a existência em geral como valor supremo. Para reconhecer quaisquer valores, é preciso estar vivo, de maneira que o *ser* tem prioridade sobre o *não ser* na ontologia de Jonas (2006, p. 100-102).

Por fim, ligado à inversão do princípio cartesiano da dúvida, a *heurística do medo* postula que, para uma ética da civilização tecnológica, o primeiríssimo dever é visualizar os efeitos em longo prazo da ação. Uma vez que o evento temido jamais foi experimentado, deve-se representar o mal apenas imaginado como efetivamente experimentado, de modo que a representação da desgraça das gerações vindouras evoque o temor capaz de evitar aquele mal correspondente (JONAS, 2006, p. 70-71).

Se para as éticas mais tradicionais as consequências dos atos humanos são geralmente previsíveis e verificáveis, as ações, no contexto de modernos empreendimentos tecnológicos, devem ter em conta um largo alcance espacial e temporal, já que os efeitos da ação humana se perdem no tempo, são cumulativos e interligados e não conhecem limites espaciais. A demanda pela certeza científica *da lesividade* das ondas eletromagnéticas, no julgado em tela, fere esse princípio ético, inerente ao princípio jurídico de precaução.

## **6 Considerações finais**

Tratou-se de uma discussão simples se encarada exclusivamente sob o viés normativo: de fato, não é possível aplicar legislação alienígena se essa não foi recepcionada pelo País e prevê parâmetros mais restritivos que os demarcados pela legislação nacional. Não é sem razão, contudo, que o debate tem repercussão geral. Abre-se uma discussão que poderia alçar o Brasil à posição de vanguarda que tanto é pleiteada no debate em âmbito internacional, de um Brasil que protege o meio ambiente.

Entretanto, o presente estudo demonstra que ainda é deficitária a aplicação do princípio da precaução por parte do Poder Judiciário, no caso descrito – no STF, no momento de julgar e fundamentar com precisão ações em matéria de Direito Ambiental. Enaltecer decisões que, aparentemente, aplicam o

princípio da precaução de forma *correta*, com base em comentários doutrinário-legitimadores, que utilizam na bibliografia autores contrários à autonomia da precaução em face da prevenção (como Gomes e Sustain), denota a fragilidade do direito nas decisões ambientais.

Entende-se que o argumento que embasa o julgado sobre redução do campo eletromagnético pela distribuidora não é conforme uma ética precaucional, se a entendermos fundada em responsabilidade pelo futuro, conforme leitura proposta a partir da obra de Hans Jonas:

- a) o saber, no julgado, não é encarado como dever prioritário. Pelo contrário, a falibilidade e a incompletude do saber acerca dos danos resultantes dos campos eletromagnéticos são utilizadas, ali, como justificativa para que não sejam tomadas medidas de natureza preventiva. Essa abordagem está em desacordo com o princípio jurídico da precaução, se o interpretarmos conforme um princípio de responsabilidade pelo futuro e pelas consequências em terceiros das ações vinculadas a empreendimentos tecnológicos;
- b) o julgado trabalha sob o pano de fundo do princípio cartesiano da dúvida. Em situações de incerteza e de possibilidade de consequências graves da ação, deve-se, na civilização tecnológica, inverter o postulado cartesiano, tomando como certo aquilo que é duvidoso. Ou seja, as certezas relativas do presente, no caso das linhas de transmissão, não podem justificar efeitos negativos graves ou irreversíveis a terceiros; afinal, apesar das incertezas, há evidências que indicam essa lesividade, trazidas nos próprios autos do processo que originou o acórdão; e
- c) conforme a heurística do medo, o conhecimento do possível/verossímil/plausível é suficiente para fundamentar uma conduta ética, sendo desnecessária a certeza a que estão habituados os juristas. O medo das consequências negativas, aqui, não é uma consideração obscurantista e anticientífica, mas serve de fundamento para um agir ético racional.

Sob um ponto de vista jurídico, analisando apenas o conteúdo do princípio da precaução (e sem enfrentar questões de vigência), pode-se afirmar que o

julgado negligência a discussão acerca da incerteza científica, encarando (mais uma vez) a ausência de provas de efeitos danosos como ausência de danos, sendo expressões das quais não decorrem realidades sinônimas. Se, conforme o dito célebre de Carl Sagan, “a ausência de evidências não é evidência da ausência”, a presença de evidências acerca da lesividade das ondas eletromagnéticas, em que pese a ausência de provas definitivas, deveria, por si só, justificar a adoção de medidas precaucionais, tais como a redução do campo eletromagnético, muito embora o enunciado jurídico do princípio não traga todas as respostas a respeito de que medidas seriam as mais adequadas.

### Referenciais

ARAGÃO, A. Aplicação nacional do princípio da precaução. *In*: Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal. **Colóquios 2011-2012**, 2013, p. 159-185.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão n. 627189**. Relator: ministro Dias Toffoli. Brasília, 8 de junho de 2016.

BRASIL. Lei n. 11.934, de 5 de maio de 2009. Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

CAUBET, C. G. O conceito de sociedade de risco como autoabsolvição das sociedades industriais infensas à responsabilidade jurídica. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 13, n. 24, p. 63-84, jan./jun. 2013.

DALLA SANTA, A. A. W. **O princípio da precaução nas decisões proferidas pela comissão técnica nacional de biossegurança (CTNBio)**: o processo decisório de aprovação comercial de plantas geneticamente modificadas no Brasil. 2016. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2016.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os pensadores).

GOMES, C. A. Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o princípio da precaução. *In*: GOMES, C. A. **Direito Ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente, 2010.

JONAS, H. **Princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUCRIO, 2006.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

NOGUEIRA, A. C Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. *In*: FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M.. **Estado de direito ambiental**: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

O'RIORDAN, T.; CAMERON, J. **Interpreting the precautionary principle**. New York: Routledge, 2013.

OLIVEIRA, C. C de; MORAES, G. L.; FERREIRA, F. R. Artigo Introdutório: os limites da interpretação do princípio da precaução no Brasil e as contribuições do Direito Comparado e do Direito Internacional para a tecnicidade na implementação do princípio. *In*: OLIVEIRA, C. C. de; MORAES, G. L.; FERREIRA, F. R. (org.). **A interpretação do princípio da precaução pelos tribunais**: análise nacional, comparada e internacional. São Paulo: Pontes Editores, 2019.

RAFFENSPERGER, C.; TICKNER, J. **Protecting public health & the environment**: implementing the precautionary principle. Washington, California: Island Press, 1999.

SUNSTEIN, C. R. **The paralyzing principle**: regulation. 2002. Disponível em: <http://object.cato.org/sítioeletrônicos/cato.org/files/serials/files/regulation/2002/12/v25n4-9.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014.



## 8

# El buen vivir y la protección del Derecho a la alimentación de los niños y niñas de las comunidades indígenas en Colombia: un estudio de caso a partir de la situación del pueblo Wayúu<sup>1</sup>

Olga Cecilia Restrepo Yepes<sup>\*</sup>  
Liliana Damaris Pabón Giraldo<sup>\*\*</sup>  
Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo<sup>\*\*\*</sup>

### Introducción

Dos de los indicadores estadísticos más importantes en la medición de la calidad de vida y el desarrollo social de una determinada población son: (i) el

---

<sup>1</sup> Este capítulo es resultado del proyecto de investigación denominado “Protección del derecho humano a la alimentación y a la salud de la población inmigrante en Colombia: Estudio de caso de la población Venezolana en la ciudad de Medellín”, financiado por la Universidad de Medellín y del cual dos de los autores son investigadores del mismo. Algunas de las ideas plasmadas en el mismo parten del capítulo de libro escrito por una de las autoras del mismo titulado: Medidas constitucionales y procesales adecuadas para la protección de los derechos (a la alimentación, la salud, la vida y la integridad personal) de los niños y niñas de las comunidades indígenas en Colombia: Estudio de caso a partir de la realidad del Pueblo Wayúu. En Giacomette Ferrer, Ana (coord.). Jurisdicción y garantías constitucionales en Iberoamérica. A 25 años de la Constitución de Colombia. Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Grupo editorial IBAÑEZ. Bogotá (Colombia).

<sup>\*</sup> Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y Doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente se desempeña como profesora de Derecho Público en pregrado y posgrado de la Universidad de Medellín. Investigadora asociada según medición Colciencias Líder e integrante del Grupo de Investigaciones Jurídicas Universidad de Medellín. *E-mail*: ocrestrepo@udem.edu.co

<sup>\*\*</sup> Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal y Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario – Argentina. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal Extensiones de la Universidad de Medellín. Líder e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigadora senior según medición Colciencias. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *E-mail*: ldpabon@udem.edu.co

<sup>\*\*\*</sup> Abogado y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (Colombia). Doctorando en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Profesor de tiempo completo, Coordinador de la Unidad de organización curricular de Humanidades de la Facultad de Derecho, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la misma Facultad, de la Universidad de Medellín (Colombia). Correo electrónico: afzuluaga@udem.edu.co

estado nutricional y (ii) la mortalidad en edades tempranas de la población. Por un lado, el indicador relacionado con el estado nutricional mide el desarrollo físico, emocional e intelectual de los individuos y determina su estado de salud. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la falta de un estado nutricional óptimo (malnutrición)<sup>2</sup> determina la transmisión intergeneracional de la desigualdad y la pobreza (Instituto Nacional de Salud (INS), 2019). Por otro lado, la mortalidad en niños y niñas, donde los análisis estadísticos se hacen respecto a niños menores de cinco años, es un indicador del desarrollo social de una región, razón por la cual fue reconocida por las Naciones Unidas (ONU) como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenibles 2030 (ODS, 2030) como la cuarta meta para ser superada por los Estados (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017). La desnutrición en menores de cinco años incrementa el riesgo de muerte, disminuye su desarrollo cognitivo y afecta gravemente su ciclo vital (INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), 2019).

Para el año 2016 en el mundo, la desnutrición infantil afectaba al 7.7 % (51.7 millones de niños y niñas), 52 millones de niños presenta emaciación (peso insuficiente respecto de la talla o desnutrición aguda) – de los cuales 17 millones era grave – y 155 millones de niños y niñas sufrían retraso en el crecimiento. De las muertes asociadas a esta población, el 45% tenían que ver con la desnutrición, registrados en su mayoría en países de mediano y bajo ingreso (INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), 2019).

En Colombia, y según la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional (ENSIN) de 2015 (Bienestar Familiar, 2015), las cifras sobre desnutrición infantil muestran como la desnutrición crónica, retraso en la talla para la edad, disminuyó de un 13.2% en 2010 a un 10.8% en 2015. Si bien para el año 1990, uno de cada cuatro niños tenía desnutrición crónica, para el año 2019 sería uno

---

<sup>2</sup> Para la OMS el término *malnutrición* se refiere a las carencias, los excesos y los desequilibrios de la ingesta calórica y de nutrientes de una persona. Abarca tres grandes grupos de afecciones: la desnutrición, que incluye la emaciación (un peso insuficiente respecto de la talla), el retraso del crecimiento (una talla insuficiente para la edad) y la insuficiencia ponderal (un peso insuficiente para la edad); la malnutrición relacionada con los micronutrientes, que incluye las carencias de micronutrientes (la falta de vitaminas o minerales importantes) o el exceso de micronutrientes; y el sobrepeso, la obesidad y las enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación (como las cardiopatías, la diabetes y algunos cánceres)” (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), 2018, p. 1).

de cada diez. Respecto a la desnutrición aguda y desnutrición global, estos indicadores tuvieron un aumento significativo en los últimos cinco años. La desnutrición aguda (1.6%), bajo peso para la talla, fue mayormente significativa a la del año 2010 (0.9%). Este indicador mostró que en Latinoamérica y el Caribe Colombia superó países como: Chile, Perú, Guatemala, México, Uruguay, Honduras.<sup>3</sup> Respecto a la desnutrición global, bajo peso para la edad, para el año 2010 fue de tres punto cuatro por ciento (3.4%) aumentando, para el año 2015, en un 3.7% (BIENESTAR FAMILIAR, 2015).

Si bien autores como Acosta y Romero (2015), citados por Bonet-Morón & Hahn-De-Castro (2017), han establecido que en Colombia disminuyó la mortalidad de menores de cinco años durante la segunda mitad del siglo XX, encuestas como la del Departamento Nacional de Estadística (DANE, 2016) y la ENSIN (2015) muestran que este efecto no lo han tenido regiones como la Guajira que tiene una tasa de mortalidad mayor que el promedio Colombiano. Citan los autores que:

las cifras del DANE muestran que durante el 2014 en La Guajira fallecieron 32 niños menores de un año por cada mil nacidos vivos, mientras que en Colombia lo hicieron 17. Estas cifras han disminuido levemente en los últimos años, pero la brecha tiende a mantenerse en el tiempo. Para menores de cinco años, la ENDS también muestra un panorama similar. Sin embargo, la diferencia entre Colombia y La Guajira es más alta en este rango de edad. La ENSIN estima que 60 niños menores de cinco años fallecieron por cada mil nacidos vivos en La Guajira para el 2015, mientras que en Colombia fueron 16. Se puede ver un incremento en la mortalidad infantil de La Guajira entre 2010 y 2015 (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017, p. 6).

El DANE, de una forma desagregada, muestra como municipios como Uribia, Manuare, Maicao y Riohacha, en la Guajira, presentan cifras superiores para el promedio colombiano, y del mismo departamento, donde estos municipios pertenecen a la región desértica de la Alta Guajira y es habitada

---

<sup>3</sup> Según la ENSIN 2015, "El comportamiento de este indicador nutricional en los países de la región Latinoamericana y del Caribe muestra que la prevalencia de desnutrición aguda en Colombia superó a la de Chile (0,3 %), Perú (0,6 %), Guatemala (0,7 %), México (1,0 %), Uruguay (1,3 %), Honduras (1,4 %), fue similar a la de Bolivia (1,6 %) e inferior a la de El Salvador (2,1 %), Ecuador (2,3 %), República Dominicana (2,4 %), Paraguay (2,6 %), Jamaica (3,0 %) y Haití (5,2 %)" (INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), 2019, p. 3).

mayoritariamente por las comunidades Wayuu (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017), por lo que se evidencia que las características de la población en condición de vulneración respecto a la seguridad alimentaria en Colombia no solo se caracteriza por la edad del grupo poblacional sino también por el grupo étnico al que se pertenece. La ENSIN 2015 mostró que la desnutrición crónica fue más alta en los niños y niñas indígenas que en el resto de la población (2010: 27.4% vs. 2015: 29.5 %), cifras que muestran la alta prevalencia del retraso en talla de la población indígena, alertando sobre un riesgo mayor en este grupo etario por lo que enfatizó la necesidad de una atención especial a la hora de implementar la política pública con enfoque diferencial por parte del Estado (BIENESTAR FAMILIAR, 2015).

De acuerdo a lo anterior, y por medio de este escrito, se pretende dar respuesta al interrogante relacionado con ¿Cuál es la protección del derecho al buen vivir y el derecho a la alimentación de las comunidades indígenas en Colombia, específicamente del pueblo Wayúu? Para tal efecto, este capítulo se dividirá en tres partes: (i) Contexto de la situación de la población indígena en Colombia y específicamente del pueblo Wayúu respecto de la situación de los niñas y niños y la protección del derecho a la alimentación en niños, niñas y adolescentes- situación jurídica en Colombia: un ejercicio del buen vivir; (ii) El buen vivir y el derecho a la alimentación y, (iii) El Estado frente a la protección del buen vivir y el derecho a la alimentación del pueblo Wayúu en Colombia y, por último, se expondrán algunas conclusiones.

## **1 Contexto de la situación de la población indígena en Colombia: el caso del pueblo Wayúu**

Para el año 2016 el INS registró 82 muertes en menores de cinco años en el departamento de la Guajira, de los cuales 40 fallecieron debido a infecciones respiratorias agudas, 23 por enfermedades diarreicas agudas y 19 niños murieron por causas probables a la desnutrición (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017).

Por el alto grado de vulnerabilidad de esta población y ante las inadecuadas condiciones de vida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), mediante la Resolución 60 de 2015, decretó medidas

cautelares a favor de los niñas, niños y adolescentes del departamento de la Guajira y que habitaban los municipios de Uribia, Manaure, Maicao y Riohacha (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2015).

Luego, la Corte Constitucional en dos sentencias, T-302 de 2017 (CORTE CONSTITUCIONAL, 2017) y T-359 de 2018 (CORTE CONSTITUCIONAL, 2018), y ante la vulneración de los derechos de la comunidad indígena Wayúu, profirió sendos fallos de tutela donde tuteló el derecho.

### **1.1 Situación de los niños y niñas del pueblo indígena Wayúu**

Según informe de la Defensoría del Pueblo del año 2014, el Departamento de la Guajira tiene, según el DANE 2014, una población estimada de 930.143, de las cuales 278.212 son población indígena,<sup>4</sup> es decir el 29% de la población (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2014).

Desde el año 2004 el Ministerio de la Protección Social colombiano (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2004) había diagnosticado la precaria situación de las comunidades indígenas, pueblo – Wayúu, Wiwa, Chamí, Hitnú, entre otros –, ya desde el año 2004 el Ministerio de la protección social, indicaba la situación de la niñez perteneciente a los grupos étnicos, estableciendo que sus problemas se relacionan básicamente con hambre y desnutrición. Por su parte, la Defensoría afirmaba que tanto la Guajira como su capital Riohacha presentaban los datos más altos en Colombia de mortalidad infantil (132 y 62 casos respectivamente). De acuerdo a esto, la inseguridad alimentaria presente en los hogares de la Guajira corresponde al 59.1%, donde las cifras nacionales son del 42.7%. De igual forma, señala la Defensoría del Pueblo de Colombia que la cifra de desnutrición crónica presente en menores de cinco años es de 27.9%, donde las cifras

---

<sup>4</sup> Según el informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) UNICEF (2014), estos pueblos se encuentran ubicados en la península de la Guajira, en la Costa atlántica, mar caribe, limitada por la Sierra Nevada de Santa Marta, las llanuras del Río Ranchería, los montes de Oca, la cuenta del Río Linón y el golfo de Venezuela. Su extensión territorial es de 20.848 K2. Son pueblos conformados por “grupos étnicos indígenas Wayúu, Kogui, Wiwa, Arahuco, Criollos, afro descendientes y árabes, entre otros” (UNICEF, 2014, p. 18) y se ha indicado que es la comunidad indígena mayor existente en Colombia. En este informe se relacionan las generalidades demográficas del pueblo Wayúu, sus aspectos socio culturales, educativos y de salud. Al respecto, podría indicarse que para ellos la salud representa su bienestar físico y espiritual; y el derecho a la alimentación, debe ser un derecho humano enmarcado en el contexto de seguridad alimentaria internacional.

nacionales son del 13.2%, respecto a la desnutrición global es del 11.2% y las cifras nacionales son del 3.4% (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2014).

Al realizar un comparativo nacional, la Guajira presenta el mayor número de niños y niñas con defunciones: 60 menores de cinco años y 46 menores de un año por cada 1.000 habitantes, donde Colombia presentó 16 y 14, respectivamente, muertes de menores. Es tan dramática la comparación con la media nacional que regiones con mayor desarrollo en el país, como Bogotá, Antioquia y el Valle, presentaron tasas de mortalidad infantil menores a 16 muertes por año. Si bien el caso de la Guajira es preocupante, departamentos como el Vaupés, Amazonas, el Chocó y Putumayo mostraron condiciones desfavorables para los menores. Al observar las tasas de mortalidad infantil en el tiempo, se puede apreciar que el grado de evolución positiva en la Guajira no ha sido favorable. Puesto que a pesar de que las regiones en Colombia han disminuido la mortalidad de sus niños y niñas en las últimas décadas, cuando se trae el caso de la Guajira se observa lo contrario (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017).

Bajo este panorama, estudios como el de los profesores Bonet-Morón & Hahn-De-Castro (2017) han identificado cinco condiciones estructurales en la Guajira que determinan y condicionan la situación de desnutrición y malnutrición de la población infantil. Entre las condiciones estructurales encontradas están: (i) baja seguridad alimentaria, (ii) acceso a mercados, (iii) debilidad institucional, (iv) crecimiento y dispersión demográfica y (v) Agua potable y saneamiento básico deficiente.

Respecto a la (i) baja seguridad alimentaria, la Guajira presenta un muy mal diagnóstico de inseguridad alimentaria con el 59.1% (vs el 42.7% del país). La falta de un abastecimiento óptimo de alimentos debido a las condiciones de terrenos áridos y clima que propicia la sequía proporciona una situación que podría ser peor que la referida por la ENSIN (2015). El alto grado de salinización y desertificación predispone una baja vocación de los suelos para la agricultura (5% del suelo de la Guajira tiene destinación agrícola) y la actividad agraria (2% del territorio tiene vocación pecuaria), – siendo más conflictiva en las comunidades de la Alta Guajira, donde reside la población rural de Uribía. Comparando estos datos con los nacionales (19% y 13% respectivamente), se observaba la gran dificultad que tienen los habitantes de esta región,

especialmente los de zonas rurales, de asegurar su accesibilidad y disponibilidad de sus alimentos planteando una gran vulneración a su derecho a la alimentación.<sup>5</sup>

Uno de los elementos estructurales que podrían contribuir a mejorar las problemáticas asociadas a la desnutrición de los habitantes de un territorio sería (ii) el acceso a mercados. Para autores como Hirvonen y Hoddinot, citados por Bonet-Morón & Hahn-De-Castro (2017), la integración a una red de mercados puede contribuir a mejorar el acceso a los alimentos, promover una mayor producción agropecuaria y, por ende, incidir en la disminución de la desnutrición. En el caso de la Guajira, es preocupante que este departamento permanezca aislado económicamente del resto del país debido a su escasa infraestructura vial. En el departamento existe una red vial concesionada de 348 kilómetros para una extensión territorial de 21.000 Km<sup>2</sup>, lo cual determina que hay aproximadamente 2,4 kilómetros de red vial primaria por cada 100km<sup>2</sup>.

Respecto a la debilidad institucional (iii), varios organismos nacionales de control en Colombia – Contraloría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación –, han manifestado la pérdida de recursos públicos destinados al departamento para mitigar así la crisis que viven las comunidades en la Guajira. El Gobierno Nacional destinó 33 mil millones de pesos entre 2013 a 2015 para ejecutar la política pública asistencial que fue diseñada para mitigar la problemática departamental. Para el año 2015, el departamento comprometió 19 mil millones para el Plan de Alimentación y Nutrición (PAN), con el objeto de lograr la cobertura en seguridad alimentaria para zonas rurales dispersas del departamento (15 municipios en total). Autores como Duncan y Guerra, citados por Bonet-Morón & Hahn-De-

---

<sup>5</sup> Respecto a la producción agropecuaria en la Guajira, donde se dan las condiciones más propicias, Bonet-Morón & Hahn-De-Castro anotan: En cuanto a la producción agropecuaria, los municipios del sur y centro del departamento son donde se dan las condiciones geográficas más propicias. Sin embargo, la producción que se observa no es mucha. De acuerdo al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (s. f.), los cultivos agrícolas de mayor producción en La Guajira entre 2007 y 2015 fueron la yuca, con 344 mil toneladas (ton); el banano, con 327 mil ton; y el maíz, con 156 mil ton. En términos del promedio anual de área sembrada, los cultivos más importantes fueron el maíz, con 15,3 mil hectáreas (ha); el café, con 6,6 mil ha; y la yuca, con 4,2 mil ha. Para estos cultivos, que son los de mayor producción y área sembrada en La Guajira (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017, p. 15).

Castro (2017), afirmaron que la naturaleza económica del departamento, establecida por años, impidió la consolidación de instituciones fuertes que orientaran la provisión de los bienes públicos de forma óptima. Anotan los autores, que el estado actual de la administración pública guajira está subordinada al orden social existente, y construido en el tiempo, lo cual la caracteriza:

(i) la prevalencia de relaciones clientelistas entre la sociedad civil y los actores políticos encargados de manejar la inversión pública; (ii) la existencia de aparatos armados que se han apropiado de la relación clientelista, subordinando a los actores de poder tradicionales como políticos profesionales, contrabandistas, narcotraficantes, terratenientes, etc.; y (iii) la presencia de sociedades poco desarrolladas económicamente (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017, p. 18).

Ante estos elementos, que caracterizan el sistema de gestión de los recursos en la Guajira y el manejo que le da el aparato estatal local a los mismos, se está en presencia de instrucciones débiles que impiden atender de forma clara, coherente y adecuada las necesidades sociales de la población.

La Guajira es un departamento particularmente rural y disperso, que mostró una alta tasa de crecimiento poblacional en sus zonas rurales, mayor que el promedio colombiano. (iv) El crecimiento y la dispersión geográfica, es uno de los elementos que determinan la mala situación de seguridad alimentaria en el departamento, debido a que: 1. Se dificulta la implementación de políticas públicas en una región con una población que tiene un grado de dispersión alto (En la Guajira se identificaron áreas poblacionales con 100 habitantes); 2. Ante el aumento de la natalidad de los habitantes de estos territorios, la demanda por agua potable, alimentos, obras públicas, servicios públicos es mayor. Si bien ya es una dificultad proveer bienes públicos en zonas de acceso urbano (ciudades capitales o municipios con mayor número de habitantes), se vuelve mucho más dificultoso para áreas rurales, lo cual se convierte en un reto para el gobierno regional. Ante el elevado nivel de fecundidad de estos territorios – que particularmente pertenecen al norte de la Guajira en municipios como Uribía,



Dibulla, Manaure y Maicao,<sup>6</sup> se suma una alta tasa de analfabetismo particularmente de la población indígena,<sup>7</sup> lo cual dificulta implementar políticas de control de natalidad basadas en el aumento de la educación, como factor que ayuda a la disminución de la fertilidad de la población.

Por último, el agua potable y saneamiento básico marcan una diferencia importante para operar un cambio en la nutrición y en la mortandad de los infantes de esta región. Para Autores como Cain y Rotella, citados por Bonet-Morón & Hahn-De-Castro (2017), relacionan la reducción de las muertes asociadas a la desnutrición por el incremento del gasto público en saneamiento básico del agua. Si bien es una medida que podría ser tomada en cuenta para solucionar la grave crisis de la Guajira, los datos muestran como esta población tiene un acceso deficiente al agua potable y al saneamiento básico (v). Poblaciones como Uribia, Manaure y Maicao, todos pertenecientes a la región de la Alta Guajira, tienen cobertura casi nula de agua (no tienen acceso al líquido ni acueducto ni alcantarillado). Su principal fuente de provisión se da de agua de pozos o de lluvia. Varios factores se asocian a la falta de acceso, agua potable o saneamiento básico: (i) la aridez del suelo guajiro<sup>8</sup> y (ii) la gran dispersión poblacional unida a una alta ruralidad de su población.

---

<sup>6</sup> Anotan los autores Bonet-Morón & Hahn-De-Castro: “Los otros tres municipios suman más de la mitad del incremento departamental y se encuentran todos en la región norte de La Guajira, donde la baja integración al mercado nacional y la escasez de agua y alimentos son condiciones desfavorables a las que se debe enfrentar dicha población. Pero además son municipios donde la mayoría de los habitantes se encuentra en situación de pobreza, según cifras de la Incidencia de Pobreza Multidimensional (IPM) ajustada, calculada por el DANE con información del Censo Agropecuario 2014 (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017, p. 21).

<sup>7</sup> Usando cifras del Censo de 2005, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, s. f.) muestra que la mitad de la población indígena entre los 15 y 24 años en La Guajira era analfabeta, mientras que para Colombia este porcentaje era del 17,3%. Un tercio de la población indígena de La Guajira entre los 15 y 19 años tenía educación primaria completa, mientras que en Colombia esa proporción era el doble. Esto muestra que el departamento presentaba bajos indicadores educativos en su población indígena (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017, p. 24).

<sup>8</sup> En la investigación realizada por DeJusticia, y en entrevista realizada a Wieldler Guerra, antropólogo y exgobernador del departamento, se explica la relación eterna entre la falta de agua y el hambre en la región. Se cita en dicha entrevista: “Guerra explica que el hambre es sobre todo “un fenómeno estacional ligado a las estaciones secas”. Esto significa que el hambre se agudiza cuando no llueve. En el departamento debería llover de septiembre a diciembre pero la sequía puede extenderse hasta por dos años. Si no hay agua no hay cultivos, ni tampoco animales. En lo que corre del año no ha llovido en La Guajira y el agua recogida en los jagües se

Si bien el Gobierno Nacional ha realizado inversiones por cerca de 137 mil millones de pesos para obras de acueducto y alcantarillado en la mayoría de los municipios de la Guajira, a través de una política diferencial de acceso a agua potable, que se centran en cuatro frentes: *“La construcción de pozos profundos; la optimización de los sistemas de acueducto urbanos en municipios como Riohacha y Albania; la construcción de una planta potabilizadora en Uribia a base de luz solar; y la construcción de una planta desalinizadora en Manaure* (BONET-MORÓN & HAHN-DE-CASTRO, 2017, p. 28)”, las preocupaciones surgen alrededor de estas políticas y acciones estatales debido a la poca sostenibilidad de estas inversiones por la alta dependencia a las transferencias del Sistema General de Participaciones con poca generación de recursos propios del departamento.

Con base a lo anterior y ante el panorama planteado, el caso del pueblo Wayúu fue llevado ante la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (CIDH) (2015). Las pretensiones que fueron elevadas ante la Comisión buscaban proteger *“la vida e integridad personal de los miembros de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayüu”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015, p. 1), por el estado de desnutrición para la comunidad, especialmente niños y niñas, que habría generado la muerte de 4.770 niños y niñas durante los últimos 8 años. Ante estas razones, los solicitantes pidieron medidas cautelares para que se contara con un programa que les diera alimentos y una adecuada atención y seguimiento nutricional y les permita gozar de una vida digna de forma permanente, indefinida y prioritaria.

Luego de los múltiples informes y respuestas dadas por ambas partes, el Estado colombiano y el pueblo indígena Wayúu, la CIDH consideró que esta comunidad estaba en:

---

está terminando. Los jagüeyes son unos repositorios cavados en la tierra para acumular agua lluvia, que cuando se llenan, tienen forma de lagunas artificiales. Las comunidades también utilizan pozos cavados a profundidad para extraer el agua de abajo de la tierra. Pero ninguna de estas fuentes de agua es limpia. Las cifras señalan que en la Alta Guajira cerca del 97,7 % de las comunidades rurales deben recurrir a estas fuentes contaminadas (Djusticia, 2018, p. 4 y 5).

una situación de gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal estarían en riesgo. En consecuencia, solicitaron a Colombia que: a) Adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, en el departamento de la Guajira. En particular, dada la situación de emergencia, adoptar las siguientes medidas específicas: i) Asegurar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud en las comunidades con un enfoque integral y culturalmente adecuado, con el fin de atender la desnutrición infantil y enfermedades prevenibles o evitables; ii) tomar medidas inmediatas para que las comunidades beneficiarias puedan tener, a la brevedad posible, acceso al agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de las niñas, niños y adolescentes; iii) Tomar medidas inmediatas para que los niñas, niños y adolescentes puedan tener alimentos en calidad y cantidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias con pertinencia cultural, así como establecer los mecanismos idóneos para la identificación de casos de desnutrición para una intervención inmediata; b) Concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015, p. 1).

Esta decisión definitivamente cumple con los elementos de gravedad, urgencia e irreparabilidad exigidos para estos casos, por lo que las medidas cautelares fueron necesarias a fin de prevenir un daño irreparable a la vida e integridad personal de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo en la Guajira.

Para el año de 2017, la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-302 de 2017<sup>9</sup> declaró el estado de cosas institucional en el departamento, es decir, y por primera vez, la Corte reconoció la vulneración de los derechos a la salud, al

---

<sup>9</sup> Los hechos de la demanda son los siguientes: “1. El 5 de febrero de 2016, el señor Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán presentó acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá contra el Presidente de la República, el Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, la Directora del Departamento de Prosperidad Social, la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Superintendente Nacional de Salud, el Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, la Gobernadora de La Guajira , y los alcaldes de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao “y con la citación e intervención de los representantes de los pueblos wayuu y de los señores Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo” [...]. El actor consideró que las entidades accionadas “no han adelantado o lo han hecho parcialmente, dentro de la órbita de sus competencias, y con la URGENCIA y PRIORIDAD requerida, las acciones necesarias e indispensables para garantizar plenamente los alimentos, el agua y la salud de todos los niños Wayúu y de los demás niños indígenas de nuestro país y así evitar que sigan muriendo de hambre” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2017, p. 12 y 13).

agua potable, a la alimentación y a la participación étnica que afecta a la población guajira, en especial a los niños y niñas de la comunidad Wayúu, por las fallas institucionales del Estado. En el fallo la Corte fue enfática en fijar: (i) unos mínimos para salir de la crisis que vive el departamento respecto a la accesibilidad y calidad del agua, (ii) el aumento en la cobertura y calidad de los programas alimentarios y (iii) mejora la atención en salud que está a cargo del Gobierno Nacional (CORTE CONSTITUCIONAL, 2017).

Las nuevas violaciones a las niñas y niños de la comunidad Wayúu, y que fueron constatadas judicialmente, produjeron un segundo pronunciamiento sobre el tema en la sentencia T-359 de 2018,<sup>10</sup> esta vez para proteger los derechos de niñas, niños, adolescentes, mujeres gestantes y lactantes del municipio de Uribía. La Corte decidió confirmar la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira de proteger los derechos fundamentales (Vida, dignidad humana, mínimo vital de agua potable, igualdad y diversidad étnica y cultural) de las comunidades indígenas Wayúu del municipio de Uribia, al considerar que las autoridades accionadas no habían realizado las medidas necesarias y ordenadas por la Corte, en su pronunciamiento anterior, para proteger tales derechos y superar así la crisis de la escasez de agua potable

---

<sup>10</sup> Los hechos de la demanda fueron los siguientes: “Los accionantes Emiro González Ipuana, Nelitza Urdaneta, Gustavo González, José Gregorio Montiel, Juana Rosa Barliza, Blanca Nieves Iguarán, Barroso González, Margarita González, José Alfredo Sierra, Juana Pushaina, Sebastian Jusayu, Felipe Uribia, José Ipuana, Rafito Palmar Epiéyu y José Luis Uribia, en su calidad de autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del pueblo Wayúu ubicadas en el municipio de Uribia – La Guajira –, en el mes de septiembre de 2017, interpusieron acciones de tutela en contra del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (Minvivienda), y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo ESP de Uribia. 2. Afirman que las comunidades indígenas Wayúu, ubicadas en el municipio de Uribia – La Guajira –, atraviesan una grave crisis humanitaria causada, entre otros aspectos, por la falta de abastecimiento de agua potable, la escasez de alimentos, el *efímero* servicio de salud y la falta de atención integral a los niños, niñas y adolescentes, madres lactantes y gestantes. [...] Los accionantes denuncian el incumplimiento de las medidas cautelares concedidas a las comunidades Wayúu por la CIDH. Señalan que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo ESP de Uribia no presta un servicio integral, ya que no garantiza el suministro mínimo vital de agua a las comunidades accionantes y, ante las solicitudes de prestación del servicio, simplemente indican a los peticionarios que deben llenar un formato, sin que al cabo del tiempo llegue el carrotanque a las comunidades, aduciendo imprevistos que le impiden cumplir sus obligaciones. Agregan que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, por su parte, no ejecuta sus políticas públicas para minimizar la crisis humanitaria y cumplir las medidas cautelares decretadas por la CIDH” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2018, p. 2 y 3).

y alimentos en la región. Respecto a dar nuevas órdenes para que sean cumplidas por las entidades del Estado, La Corte consideró:

adecuada la decisión del Tribunal de abstenerse de dar nuevas órdenes respecto a qué hacer, sino en reiterar las órdenes ya dadas al respecto. La Corte Constitucional consideró que por tratarse de una situación estructural que se está atendiendo mediante acciones complejas, y que el caso concreto no demanda medidas particulares, específicas o adicionales, no se requiere ordenar nuevamente que se adopten medidas estructurales, sino advertir a la entidad responsable de diseñar e implementar las medidas ya ordenadas, que tenga en cuenta las violaciones verificadas dentro del proceso, al momento de resolver los problemas estructurales en los que éstas se enmarcan. Por tanto la Sala resolvió (i) informar a las partes sobre la declaración del estado de cosas inconstitucional hecha por la Corte y (ii) ordenar a las entidades acusadas presenten su situación concreta dentro del Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas que debe constituirse para superar ese estado de cosas contrario a la Constitución respecto de los derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres gestantes y lactantes (CORTE CONSTITUCIONAL, 2018, p. 19 y 20).

## **1.2 La protección del derecho a la alimentación (DA) en NNA- situación jurídica en Colombia: un ejercicio del buen vivir**

De acuerdo a la problemática presentada hasta el momento, se observa de forma clara la vulneración del DA en una población que es caracterizada como un sujeto de especial protección, no solo por ser menores de edad (niños, niñas y adolescentes), sino también porque pertenecen a una minoría étnica, lo cual reviste una especial protección por parte del Estado colombiano. A continuación, se expondrá (i) El Contenido y alcance del DA, (ii) una aproximación al concepto de minorías, (iii) las comunidades indígenas como sujetos de protección en calidad de minorías y (iv) algunas especificidades respecto a la protección del DA en el caso concreto.

### **1.2.1 Contenido y alcance del Derecho a la Alimentación**

El Derecho a la Alimentación se define como la facultad de toda persona para disponer y acceder – individual o colectivamente – a alimentos inocuos, que aseguran una alimentación adecuada y le previenen de morir de hambre.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, 1966) en su artículo 11 dispone el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia,

incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, y reconoce el “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”.

Por su parte, la Observación General n. 12 (NACIONES UNIDAS, 1999) dispone, entre otras cosas, que el derecho a la alimentación adecuada puede ser ejercido por cualquier persona, individualmente o en grupo, a través del acceso físico y económico, y en todo momento. Así mismo, dispone que éste no puede interpretarse de forma restrictiva, como el acceso a una cantidad de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos, y que este debe alcanzarse de forma progresiva. En ese mismo sentido, el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN, s. f.), el derecho a la alimentación supone el acceso regular, permanente y sin restricciones, mediante la producción directa o la compra, a un nivel suficiente y adecuado en términos cualitativos y cuantitativos de alimentos. Éstos deben corresponder con las tradiciones culturales del consumidor.

Es innegable la estrecha relación que tiene el DA con la dignidad humana respecto a su objeto de protección, la dignidad como condiciones materiales de existencia (CORTE CONSTITUCIONAL, 2002), se encuentra igualmente ligado con otros derechos, como la salud, el agua o la vida, y no puede escindirse de la justicia social. Así, se requiere la adopción de medidas de garantía y satisfacción, mediante políticas internacionales y domésticas contra la pobreza. Así mismo, ha sido positivizado por diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de grupos vulnerables y en estado de desprotección como los derechos de los niños (NACIONES UNIDAS, 1989), de las mujeres (NACIONES UNIDAS, 1979), indígenas (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989), de las personas con discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2006), entre otros.

Conforme con la regulación normativa, podría afirmarse que el derecho a la alimentación

[es] un derecho subjetivo de nivel constitucional que tiene, adicionalmente, diferentes consagraciones que son relevantes en cuanto que lo apoyan (nivel internacional) o en cuanto que lo desarrollan (nivel infraconstitucional). Como derecho constitucional es un derecho fundamental, no sólo por su necesaria vinculación con los derechos a la vida, a la dignidad y a la igualdad; sino por su inclusión dentro del conjunto de pretensiones del “mínimo vital”. Es además un derecho constitucional fundamental autónomo por cuanto forma parte de los derechos sociales

básicos, al tener expresas consagraciones constitucionales que deben ser comprendidas y aceptadas como tales por los operadores jurídicos. El derecho fundamental alimentario abarca un conjunto de posiciones jurídicas que son normalmente indiferenciadas en su simple expresión. Las diferentes posiciones jurídicas deben ser identificadas y clarificadas dentro del proceso de protección de los derechos: El derecho a no tener hambre “derecho alimentario básico” y el derecho a una alimentación adecuada, “derecho alimentario cualificado.” (RESTREPO-YEPES, 2009) (MOLINA-SALDARRIAGA, RESTREPO-YEPES, & GIRALDO-RAMÍREZ, 2014).

El contenido del derecho a la alimentación está integrado por la disponibilidad, el acceso, el consumo, el aprovechamiento biológico y la calidad e inocuidad. Se entiende por disponibilidad de alimentos la posibilidad de todo ser humano de alimentarse a través de la explotación directa de la tierra para obtener su alimento o por medio de un sistema de distribución comercial que entregue a los consumidores los alimentos necesarios para su manutención. Este componente se divide a su vez en cuatro componentes o variables: (i) Suficiencia nutricional, (ii) inocuidad de la oferta alimentaria (donde se incorpora la oferta de alimentos), (iii) aceptabilidad cultural de los alimentos y (iv) sostenibilidad de las prácticas alimentaria. (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008) (RESTREPO-YEPES, 2009) (MOLINA-SALDARRIAGA, RESTREPO-YEPES, & GIRALDO-RAMÍREZ, 2014).

La accesibilidad a los alimentos establece que los alimentos y los recursos productivos sean accesibles desde un punto de vista económico y físico, sin discriminación alguna para cualquier persona. La accesibilidad se divide en: (i) accesibilidad física y geográfica, (ii) no discriminación y (iii) accesibilidad económica. (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008) (RESTREPO-YEPES, 2009) (MOLINA-SALDARRIAGA, RESTREPO-YEPES, & GIRALDO-RAMÍREZ, 2014).

La utilización biológica de los alimentos hace referencia a las condiciones de calidad y técnica, y a las estrategias que efectivamente lo garanticen. Este elemento se subdivide en tres más: (i) educación nutricional, (ii) inocuidad en el consumo de alimentos y (iii) disponibilidad y acceso a los factores determinantes de la adecuada utilización biológica de los alimentos. (*Defensoría del Pueblo*, 2008) (RESTREPO-YEPES, 2009) (MOLINA-SALDARRIAGA, RESTREPO-YEPES, & GIRALDO-RAMÍREZ, 2014).

Una vez afirmado el derecho a la alimentación como derecho subjetivo, se debe clarificar qué tipo de derecho es, qué lo hace propiamente jurídico y cuál es

su nivel, su lugar en una jerarquía dentro de un sistema normativo. En este sentido se afirma que el derecho alimentario es un derecho subjetivo (CHINCHILLA HERRERA, 2009), por cuanto tiene diferentes tipos de consagraciones en la normativa positiva,<sup>11</sup> de allí que se diga también que, además de ser un derecho que está enunciado en los niveles internacionales y nacionales, tiene de manera primaria un nivel constitucional. El derecho alimentario es un derecho subjetivo de nivel constitucional que tiene, adicionalmente, diferentes consagraciones que son relevantes en cuanto que lo apoyan (nivel internacional) o en cuanto que lo desarrollan (nivel infraconstitucional) (RESTREPO-YEPES, 2009).

### **1.2.2 Aproximación al concepto de Minorías**

La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 47/135 (1992) y que inspirada en las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), establece los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, y determina el papel de las Naciones Unidas como agente que vela por la protección de los derechos de estos; como bien lo indica el artículo 1, cuando expresa:

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.
2. Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos (ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, 1992, p. 1).

---

<sup>11</sup> Al respecto la Profesora Restrepo-Yepes afirma: Una de nuestras hipótesis, es que la Constitución Política de Colombia consagra un “derecho alimentario”, al hacer de manera explícita en varias disposiciones referencias a un “subsidio alimentario” para las embarazadas y las madres que estuvieren desempleadas o desamparadas (artículo 43), el derecho fundamental de los niños a “la alimentación equilibrada” (artículo 44), el “subsidio alimentario” para las personas de la tercera edad en caso de indigencia (artículo 46), al ordenar la especial protección del Estado para la “producción de alimentos” y la promoción de “la investigación y la transferencia tecnológica para la producción de alimentos” (artículo 65), así como, en términos más generales, las condiciones posibles de reglamentación del ‘crédito agropecuario, teniendo en cuenta los ciclos de las cosechas y de los precios’ (artículo 66).” (RESTREPO-YEPES, 2009).



Para tener en cuenta que es minoría, se debe partir de los criterios subjetivos y objetivos, tales como: la voluntad de sus miembros de mantener sus propias características, y que se encuentren unidos por objetivos específicos (ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, 1992, p. 10). Las minorías, han sido entendidas según Corona Ferreyra, como aquellas comunidades o grupos humanos diferenciados,

Tales grupos minoritarios se identifican por cierta manera de pensar, por ciertos usos, costumbres, por la práctica de determinada religión, por el habla de alguna lengua o dialecto, por ciertas inclinaciones sexuales, por proyectos de vida social, familiar, profesional, laboral, etc. que son distintos – diferenciados del grupo mayoritario (CORONA FERREYRA, R., s.f).

Por su parte, para Capotorti la minoría es un grupo numéricamente inferior al resto de la población del Estado, con características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de los demás (CORONA FERREYRA, R., s.f). Asimismo para Deschenes, la minoría como grupo de ciudadanos, busca *“la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría”* (CORONA FERREYRA, R., s.f). Esto hace que el derecho internacional contemporáneo propenda por la protección de su existencia e identidad, a fin de que no se sientan ni se encuentren en una situación desfavorable o vulnerable con relación a los demás (CORONA FERREYRA, R., s.f). Frente al tema aclara Corona Ferreyra que no significa que tengan derechos diferentes a los de las mayorías, ni que tengan tratamiento privilegiado (CORONA FERREYRA, R., s.f), puesto que los derechos que reclaman son los mismos de las mayorías, solo que por la condición de ser grupos diferenciados, sus derechos deben ser garantizados con mayor intensidad, por la vulnerabilidad en la que se encuentran.

En ese sentido, se puede hablar de cuatro clases de minorías: Étnicas, religiosas, lingüísticas y nacionales, casos en los cuales siempre es importante tener en cuenta el sujeto que se va a proteger. Conforme a ello, en el caso objeto de estudio confluyen dos clases de minorías a saber: las comunidades indígenas y los niños y niñas de esas comunidades, específicamente del pueblo Wayúu, aspecto que se contextualizará a continuación.

### 1.2.3 De los niños y niñas como minorías y sujetos de especial protección

En el ámbito internacional los niños y niñas han sido considerados como sujetos de especial protección, por su grado de vulnerabilidad y alto riesgo en el que pueden convivir. Es por ello que son *“tenidos como sujetos de derecho prevalecientes para el derecho internacional y nacional”* (ORGANIZACIÓN INTEGRAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), 2015, p. 3), que requieren protección especial, mayor amparo y mayores esfuerzos estatales para garantizar el goce efectivo de sus derechos.

Según la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, se entiende por niño *“[...] todo ser humano menor de dieciocho años”* (Congreso de la República de Colombia, 1991) reconocidos desde allí como ciudadanos protegidos y amparados, a quienes les asiste una vida digna. En este instrumento internacional, se indica que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, y que prevalece el interés superior del niño (artículo 4); además que se debe reducir la mortalidad infantil, combatiendo las enfermedades y la malnutrición en el marco de una atención primaria en salud, suministrando alimentos nutritivos que sean adecuados (artículo 24), y que los Estados deben adoptar medidas legislativas y administrativas para lograr tal fin.

Asimismo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 desde su artículo 26 establece la protección y el respeto de los derechos humanos. La Declaración De Los Derechos Del Niño de 1959, considera al niño sujeto de derechos, a la igualdad, a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social, quien disfrutará de diferentes derechos sin excepción, ni distinción de raza, color e idioma; y desde el principio 4 se alude al derecho a la alimentación adecuada, y se afirma que está dentro de los primeros en recibir protección y socorro (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1959).

Por su parte, en Colombia, el artículo 44 constitucional relaciona los derechos fundamentales de los niños e indica que prevalecen sobre los demás (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y el Código del Menor, Decreto 2.737 de 1989 (Presidencia de la República de Colombia, 1989), y el Código de infancia y adolescencia, Ley 1.098, de 2006 (Congreso de la República de Colombia, 2006), los incluye como sujetos que tienen derecho a la protección integral,

entendida esta como la garantía y el cumplimiento de sus derechos, así como la prevención frente a su vulneración, mencionando de forma adicional la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la atención, cuidado y protección del niño y niña; y finalmente se refiere al derecho a los alimentos.

A su vez, en la Ley 1955 de 2019 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2019), mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2022, "*Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*", se establece en el artículo 206 a 230 la política de atención integral a la primera infancia, infancia y adolescencia, indicando que se desarrollará bajo el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF).

Y finalmente, el Plan Indicativo Institucional del ICBF 2015-2018, establece dentro de sus objetivos la ampliación de cobertura y mejoramiento de la calidad integral de la primera infancia, así como promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevenir los riesgos o amenazas de vulneración frente a los mismos y promover su seguridad alimentaria y nutricional (INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, 2015).

Colombia, entonces, desde el punto de vista normativo, se ha preocupado por la protección de sus niños y niñas, muestra de ello es la normativa relacionada anteriormente y la XLII Asamblea General de Gobernadores llevada a cabo en el año 2005 en la ciudad de Neiva, en donde la Procuraduría General de la Nación, el ICBF y UNICEF, unieron esfuerzos para garantizar los derechos de la niñez, restituirlos y cumplir las metas del milenio para el desarrollo 2015, estableciendo en la misma ocho prioridades básicas relacionadas con la vida, la salud y la buena nutrición de los niños y niñas (UNICEF, 2014).

Con base a todo lo expuesto, es claro que tanto a nivel internacional, como constitucional y legal, el punto clave es la protección del interés superior del niño, entendido éste como un principio rector de la Convención sobre los Derechos Del Niño que implica la satisfacción de sus derechos sin limitaciones (MACGREGOR, E.F. y otros, 2014).

#### **1.2.4 De las comunidades indígenas como sujetos de protección en calidad de minorías étnicas**

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos se protege a las comunidades indígenas, cuando se establece en su artículo 2 que:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1948).

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del año 2007 se dispone en su artículo 1 que estos tienen derecho como pueblos o como individuos, al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales ya reconocidos (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 2007).

A nivel constitucional, nuestra Carta Magna de 1991 ha reconocido a los pueblos indígenas como grupo étnico, con diversidad cultural y multiplicidad de derechos. Y en el artículo 7 constitucional se afirma que *“El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”* (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991). A su vez, la Corte Constitucional colombiana, ha indicado que son sujetos de derechos fundamentales, equivalentes a derechos individuales de cada uno de sus miembros y que no son asimilables a derechos colectivos de otro grupo humano (CORTE CONSTITUCIONAL, 2011), señalando su reconocimiento y protección de su diversidad étnica y cultural, su igualdad, dignidad y el respeto a la autodeterminación de los pueblos.

Por medio de la Ley 21 de 1991 a través del cual se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se definió a los pueblos indígenas, considerándolos como aquellos que habitan en una región geográfica específica y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Es decir, que por medio de esta normativa se les da a estos pueblos un enfoque de respeto por la diferencia y promoción de autonomía de pueblos aborígenes (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 1991). Y relacionado el tema específicamente con los niños y niñas de comunidades indígenas, la misma Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 30 que en los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas,

lingüísticas, no se negará a ningún niño el derecho que les corresponde con relación a los demás miembros (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1959).

Por su parte UNICEF ha indicado *“que en América Latina existen aproximadamente 40 millones de indígenas en condiciones de discriminación y de la violación de sus derechos”* (UNICEF, 2014, p. 8), por eso hace un llamado desde su plan Operativo anual de 2007 a que se les alcance mejores niveles de calidad de vida, desarrollos de los entornos protectores de la niñez indígena, a través de 3 áreas: *“a) salud y nutrición; b) protección sanitaria y ambiental, y c) educación intercultural Bilingüe”* (UNICEF, 2014, p. 8).

De otro lado, el Código de la Infancia y la Adolescencia”, en su artículo 13 establece el Derecho de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2013). Introduciéndose en la misma un enfoque diferencial, a efectos de que con los NNA deba tenerse en cuenta la edad, el género, el componente étnico, las discapacidades, las diferencias sociales, culturales y psicológicas (ORGANIZACIÓN INTEGRAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), 2015).

De lo anterior puede concluirse, que las comunidades indígenas gozan del reconocimiento de una gran variedad de derechos y que son sujetos de especial protección. Del mismo modo y con mayor razón, los niños y niñas que de estas comunidades hacen parte, pues además de tener la connotación étnica y cultural a la cual pertenecen y como lo ha indicado nuestro máximo Tribunal de lo Constitucional, *“son sujetos de especial protección constitucional, por ser una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”* (CORTE CONSTITUCIONAL, 2014).

## **2 Buen vivir y alimentación**

### **2.1 Concepto del buen vivir**

El término buen vivir adolece de vaguedad, su significado será precisado a partir de los modos de vida de los pueblos originarios de Latinoamérica; por lo

cual aunque pueda pensarse en recurrir a Aristóteles<sup>12</sup> o a Ricoeur<sup>13</sup> para construir el concepto, esto será excluido, en la medida que el concepto a precisar se inserta en la cosmovisión de los pueblos originarios.

Es de anotar, que en las lenguas de los pueblos indígenas existen una serie de palabras que son sinónimas del concepto de buen vivir, así:

<b>Término</b>	<b>Comunidad</b>
<i>Sumak kawsay</i>	Quechuas (Perú, Bolivia y Ecuador)
<i>Suma jakaña</i>	Aymaras (Perú)
<i>Suma qamaña</i>	Aymaras (Perú, Bolivia, Chile)
<i>Ñandereko</i>	Guaranís (Bolivia, Paraguay, Argentina y Brasil)
<i>Shiir waras</i>	Achuar (Ecuador y Perú)
<i>Penker pujustin</i>	Shuar (Ecuador y Perú)
<i>Kyme mogen</i>	Mapuches (Chile)
<i>Shin pujut</i>	Awajúns (Perú y Ecuador)
<i>Anaa akuaipa</i>	Wayuu (Colombia y Venezuela)
<i>Lekil kuxlejak</i>	Tseltals (México)
<i>Utz kaslemal</i>	Mayas quichés (Guatemala)
<i>Yamni iwaia</i>	Miskitos (Nicaragua y Honduras)
<i>Yamni yalahmin</i>	Mayagnas (Nicaragua y Honduras)
<i>Aubun amuru nu</i>	Garífunas (Belice, Guatemala, Nicaragua y Honduras)
<i>Naas mliika aakri</i>	Ramas (Nicaragua)
<i>Balu wala</i>	Kunas (Panamá y Colombia)
<i>Ti núle kûin</i>	Ngobes (Panamá)

Tabla: Elaboración propia, con base en: Cubillos, 11.

<sup>12</sup> Véase la *Ética Nicomaquea*, especialmente el libro I.

<sup>13</sup> Véase el libro "Sí mismo como otro", especialmente los estudios séptimo y octavo.

Es de tener en cuenta que el término más difundido a nivel académico es el *Sumak kawsay*. Lo anterior se debe principalmente a que la Constitución de Ecuador del 2008 en el preámbulo y en algunos artículos<sup>14</sup> de manera expresa incluyen la expresión “*sumak kawsay*”; y aunque la Constitución Boliviana de 2009 incluye la expresión “*suma qamaña* (vivir bien)” el término que académicamente se ha utilizado para abordar este tópico es el de ‘*sumak kawsay*’.

La primera precisión a realizar es que el buen vivir es una forma de vida. Se entenderá por forma de vida la conjunción de discursos y prácticas (HADOT, 2006, p. 307), por lo cual comprender el término de buen vivir implica que este no se reduce ni a un mero discurso, ni a una formulación de derechos en un texto constitucional o legal. El discurso pretende fundamentar y reforzar unas prácticas, y la formulación de derechos son maneras de protegerlas.

Partiendo de lo anterior, se trae a colación la siguiente noción de buen vivir, “forma de vida en armonía con uno mismo, con la sociedad y con la naturaleza” (CUBILLO-HIDALGO, 2015, p. 15). De este modo el buen vivir es una forma de vida que tiene unos discursos y unas prácticas ligadas a encontrar la armonía en tres niveles, el personal, el social y el natural. Discursos que son contruidos a partir de “espiritualidades y cosmovisiones de pueblos originarios” (GUDYNAS, 2014, p. 81), las cuales tienen en común que son éticas “que no necesariamente son antropocéntricas” (GUDYNAS, 2014, p. 82) y cuyas cosmovisiones tienen a la naturaleza como eje para construir la relación del hombre consigo mismo, con el otro y con la naturaleza misma. Por ello se ha dicho que “en general, su contenido da cuenta de una forma ‘armónica’ de conducción de la vida entre los seres humanos y la naturaleza” (CORTEZ, 2011, p. 2).

De lo anterior se desprende que el buen vivir pretende una armonía total a partir de tres estratos, a saber, (i) armonía personal, ligada a la identidad; (ii) armonía social, vinculada a la equidad; y (iii) armonía integral, asociada a la sostenibilidad (CUBILLO, HIDALGO, 2015, p. 15). En similar sentido se ha expresado que el *sumak kawsay* busca “una sociedad sustentada en la armonía de las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, de los seres humanos

---

<sup>14</sup> Artículos 14, 250, 275, 387.

consigo mismos y de los seres humanos con los otros seres humanos” (SVAMPA-VIALE, 2014, p. 366).

## 2.2 Buen vivir en los Wayúu

El equivalente del buen vivir en la comunidad Wayúu es el *Anaa Akua'ipa*. En este sentido “*Anaa Akua'ipa* o bienestar en su propio territorio, manteniendo relaciones de equilibrio con la naturaleza y otras culturas con quienes interactúa” (MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU, s.f., p. 9). Como se colige, acá están presentes algunos de los elementos anteriormente acotados, la idea de bienestar hace eco del buen vivir; la expresión equilibrio es en cierto sentido equivalente a la de armonía, y esa armonía es primero con la naturaleza, y luego con otras culturas.

Además, “el *Anaa Akua'ipa* es un propósito de vida” (MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU, s.f., p. 12), en cuanto tal remite a una determinada forma de vida que posee discursos (MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU, s.f., p. 23 y ss.) y prácticas (pastoreo, artesanía, oralidad, espiritualidad), que llevan a una relación adecuada consigo mismo y en armonía con las personas y la naturaleza (MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU, s.f., p.12). Lo anterior reitera que el concepto de *Anaa Akua'ipa* está en sintonía con la idea general del buen vivir. Forma de vida que apunta a la construcción del “Ser Wayúu” en un “estado óptimo de elementos materiales y espirituales” (MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU, s.f., p. 24). Razón por la cual la comunidad Wayúu se interesa en la construcción de un proyecto etnoeducativo que permita la transmisión de su lengua, de su cosmovisión y de sus prácticas, para mantener el *Anaa Akua'ipa*; así el buen vivir Wayúu “es el fundamento de la educación” (MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU, s.f., p. 11).

No en vano se ha interpretado el *Anaa Akua'ipa* “como un principio fundamental que ayuda a organizar, valorar y significar la experiencia” (DÍAZ, VILLA, VILLA, 2016, p. 248), principio fundamentado en la espiritualidad, con base en el cual lo primordial es la convivencia adecuada con la naturaleza, y desde allí se pasa a lo social para lograr un bienestar, es decir, el buen vivir parte



de lo espiritual para llegar a lo terrenal, lo cual lleva a una armonía desde la naturaleza hacia lo social.

### 2.3 Buen vivir y derecho a la alimentación

Tanto la Constitución del Ecuador como la de Bolivia reconocen de manera expresa el derecho a la alimentación. En el caso de la Constitución de Ecuador el derecho a la alimentación se consagra en el artículo 13, ubicado en el capítulo segundo en el que se consagran los derechos del buen vivir. Respecto de la Constitución de Bolivia el derecho en estudio se consagra en el artículo 16, el cual se encuentra en el capítulo segundo que contiene los derechos fundamentales, es de anotar que el artículo 8 consagra como principios ético-morales el *suma qamaña* (vivir bien). De los dos textos constitucionales referidos se puede extraer que el derecho a la alimentación se encuentra directamente vinculado con el buen vivir.

No obstante, surge un interrogante ¿Cuál es el vínculo que existe entre el derecho a la alimentación y el *sumak kawsay/suma qamaña*? Se considera que el nexo es que el derecho a la alimentación es condición de posibilidad para el buen vivir. En sustento de lo anterior se tiene que en la Constitución de Ecuador el primer derecho del buen vivir es el agua y luego el de la alimentación, y en el texto constitucional del Estado de Bolivia el derecho al agua y la alimentación aparecen después de los derechos estrictamente individuales. Que aparezcan en este orden no es gratuito, pues dan a entender que estos dos derechos son necesarios para alcanzar el buen vivir.

Anteriormente se expresó que el buen vivir es una forma de vida que tiene como horizonte la armonía, y se mencionó que uno de los niveles de la armonía es el personal. Partiendo de lo anterior cabe preguntarse ¿es posible la armonía personal cuando no se encuentra asegurado el derecho a la alimentación? ¿La ausencia de una alimentación genera un desequilibrio en el individuo que no permite el desarrollo de todas sus capacidades armónicamente? Además, se mostró que el buen vivir requiere la armonía social la cual implica la equidad, por tanto ¿puede existir armonía en una sociedad en la cual niños, niñas y adolescentes mueren de hambre, como es el caso de la comunidad indígena Wayúu en Colombia?

La respuesta a los anteriores interrogantes permite comprender que el derecho a la alimentación es condición de posibilidad para alcanzar el buen vivir, ya que sin alimentación no es posible desarrollar adecuadamente una forma de vida, ni mucho menos una forma de vida pensada desde el buen vivir; sin derecho a la alimentación se está en presencia de un mero vivir, en el sentido de un subsistir sin horizonte.

Respecto del caso de la comunidad indígena Wayúu ubicada en el territorio colombiano, es de anotar que la Constitución Política de Colombia no consagra de manera explícita el buen vivir, por lo cual podría estimarse que en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la alimentación no se encuentra vinculado de forma expresa al *Anaa Akua'ipa*, a diferencia de Bolivia y Ecuador. Para refutar lo anterior, es de anotar que según Cortina el pluralismo moral tiene como fórmula el “compartir y fomentar unos mínimos de justicia progresivamente ampliables (la ética cívica mínima), y en respetar activamente unos máximos de felicidad y de sentido de la vida (éticas de máximos)” (2007, p. 400).

La expresión respetar activamente se debe entender tanto en el sentido de permitir y proteger diversas formas de vida, como en el de brindar las condiciones de posibilidad para que se desarrollen las éticas de máximos. El *Anaa Akua'ipa* es una ética de máximos en la medida que los Wayúu alcanzan su realización como individuos y comunidad a través de los diversos discursos y prácticas que implica su cosmovisión; en este orden de ideas, el Estado colombiano que se proclama como pluralista<sup>15</sup> debe garantizar el derecho a la alimentación en cuanto es un mínimo de justicia que se torna condición de posibilidad para alcanzar el buen vivir de los Wayúu. De allí que sea necesario analizar a continuación lo realizado por el Estado colombiano en este sentido, a fin de garantizar desde el buen vivir el derecho a la alimentación y la protección de esta comunidad como sujeto de especial protección.

---

<sup>15</sup> Ver Artículo 1 – Constitución Política de 1991.

### **3 El estado frente a la protección del buen vivir y el derecho a la alimentación del pueblo Wayúu en COLOMBIA**

Como consecuencia de la situación que se ha venido presentando en los últimos años en Colombia con relación a la vulneración de los derechos humanos de esta población y como consecuencia de ello, el fallecimiento de personas pertenecientes a la comunidad indígena Wayúu; tal como se relacionó en la primera parte de este capítulo al contextualizar la problemática presentada, debido a la falta de alimentación que han recibido y a las condiciones precarias en las que se encuentran en su territorio, en razón a que “el 77% de los hogares indígenas... presentan inseguridad alimentaria y nutricional”, “El 29.6% de los menores de 5 años indígenas... presentaron desnutrición crónica”, y en conclusión “Los hogares indígenas y afrodescendientes presentan un mayor porcentaje de inseguridad alimentaria (77% y 68%, respectivamente) que la población sin pertenencia étnica” (COLOMBIA, Bases del Plan Nacional de Desarrollo, 2019, p. 834), es dable afirmar que desde el punto de vista constitucional debe ser una prioridad para el Estado colombiano velar por los derechos de esta comunidad, ya que desde nuestra Carta Magna los mismos gozan de diversidad étnica y cultura, razón por la cual son sujetos de especial protección y sus derechos deben ser protegidos.

En efecto y con la finalidad de contrarrestar la situación presentada, se han planteado diversos programas de acción; entre otros, cabe mencionar los siguientes:

- **Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022**, Pacto por Colombia, pacto por la equidad, regulado en la Ley 1.955, de 2019, se plantea en el artículo 218 la creación de un fondo para el buen vivir y la equidad de los pueblos indígenas en Colombia, a fin de apoyar su identidad étnica, cuya finalidad es contar con las siguientes líneas:
  1. Acceso a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.
  2. Emprendimiento y desarrollo económico propio de los pueblos indígenas.
  3. Fortalecimiento de la institucionalidad de los Pueblos indígenas en Colombia.
  4. Infraestructura y servicios públicos.

5. Empoderamiento de las mujeres, familia y generaciones de los pueblos indígenas (artículo 218, Ley 1.955, 2019).

En el mismo plan de desarrollo en el artículo 189 se crea la unidad administrativa, especial de alimentación escolar, como una entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional, con patrimonio independiente, a fin de que fije y desarrolle la política en materia de alimentación escolar, cuyos objetivos principales son: Fortalecer los esquemas para financiar el programa de alimentación escolar, promover la transparencia en la contratación de este programa, ampliar su cobertura, garantizar la calidad de la alimentación, entre otros (artículo 189, Ley 1.955, 2019).

A su vez en el pacto transversal III: por la equidad: política social moderna centrada en la familia, eficiente, de calidad y conectada a mercados, se hace referencia a la protección de los derechos de la niñez y se indica que es necesario realizar una alianza por la seguridad alimentaria y la nutrición, a fin de contar con ciudadanos con mentes y cuerpos sanos. Para tal efecto, el Estado refiere a la disponibilidad de alimentos, a la accesibilidad de los mismos, a la alimentación adecuada, y precisamente en el objetivo 3 de este pacto, se refiere a “lograr una alimentación adecuada y mejorar el estado nutricional de la población, con énfasis en La Guajira”. De allí que se observe el interés del Estado en intervenir una problemática que resulta latente.

Y finalmente, en el pacto transversal XII: pacto por la equidad de oportunidades para los grupos indígenas, entre otros, se hace referencia a la necesidad de avanzar en la materialización de sus derechos. De ahí que el Estado colombiano se plantee unos objetivos relacionados con su atención integral, mejorar el acceso y resultados en salud y disminuir la brecha de acceso a los servicios a de agua y saneamiento de esta población; relacionando los mismos con estrategias concretas y con los objetivos de desarrollo sostenible Nro. 1, fin de la pobreza, Nro. 2, hambre cero, Nro. 3, salud y bienestar y Nro. 10, reducción de las desigualdades.

- **Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018**, aprobado mediante la Ley 1.763, de 2015, “Todos por un nuevo país. Paz, equidad y educación”, establecía en el artículo 82 la política de atención integral a la primera infancia, infancia y adolescencia, indicando que se desarrollará bajo el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF); y en el artículo 114 hablaba de los derechos constitucionales de los indígenas, orientados a su bienestar, reconocimiento y goce efectivo. Es así, como con base al mismo se les brindó, según palabras del mismo Presidente de la República, atención humanitaria y de emergencia a estas comunidades, que permitieron avanzar en temas de salud, nutrición, educación, vivienda y empleo, pero que resulta evidente, no lograron superar la crisis presentada.
- **Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PNSAN) 2012-2019**, por el cual se establece el compromiso del Estado colombiano en estos temas enmarcados en el enfoque de derechos, a fin de lograr la calidad de vida de las personas y su bienestar. Aspecto que se encuentra enmarcado en el concepto del buen vivir.
- Para el año 2018 se aprueba el documento **CONPES 3944**, como una estrategia para el desarrollo integral del Departamento de la Guajira y sus pueblos indígenas, debido a que se habían proferido hasta ese momento decisiones judiciales a favor del derecho a la salud, el acceso al agua y la alimentación de los niños y adolescentes del pueblo Wayúu, ordenando establecer medidas para resolver las necesidades de esta población con los gobiernos territoriales (CONPES, 2018, p. 3).
- En febrero de 2017 se expide el documento **CONPES 2883**, por medio de la cual se adopta la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación de servicios de salud, educación, alimentación escolar, agua potable y saneamiento básico en el departamento de La Guajira, en aplicación del decreto 028, de 2008.
- **Programa “Ayatajirawaa”**, consistente según UNICEF, en buscar que las familias indígenas se dedicaran a la producción de sus alimentos, a generar en esta comunidad proyectos productivos y así contrarrestar la problemática presentada (UNICEF, p. 122).

- **Mesa Departamental de la Infancia, Secretaria de Salud y Educación Departamentales y UNICEF** – conformada a fin de construir el plan departamental de seguridad alimentaria y nutricional.
- Se crea en el año 2016 el **programa presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo integral de los pueblos indígenas**, cuyo objeto era dinamizar los lineamientos para su desarrollo.
- Para el año 2014 se ejecutaba un **programa de nutrición denominado Plan de Atención Nutricional**, cuya cobertura eran 6 comunidades, el cual culminó en mayo de 2014 por falta de recursos, tal como lo afirmaron los líderes de la comunidad Wayúu (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2014).
- Creación de la **Subcomisión de salud de la mesa permanente de concertación de los pueblos y organizaciones indígenas** por medio del Decreto 1.97,3 de 2013, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, como un espacio para abordar las problemáticas de la comunidad Wayúu.
- Y finalmente, desde el **Código de Infancia y Adolescencia**, se establecen obligaciones del Estado para con los niños, niñas y adolescentes, cuya finalidad es garantizar sus derechos, y erradicar la desnutrición (artículo 41).

Lo anterior, evidencia que Colombia al igual que otros países de Latinoamérica, comenzó a legislar y a establecer programas con relación a la soberanía alimentaria, entendida como la disponibilidad de alimentos, la protección de los mismos y el origen de ellos, cuya finalidad es la creación de estrategias para la protección de la seguridad alimentaria<sup>16</sup> (PABÓN, 2016, p. 337).

---

<sup>16</sup> “Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico y económico a suficientes alimentos, inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos, a fin de llevar una vida activa y sana”. Organización De Las Naciones Unidas Para La Alimentación y la Agricultura. Seguridad y soberanía alimentaria. Gordillao, Gustavo y otro. FAO (2013). p. 4. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf>.

No obstante, se han proferido en contra del Estado colombiano diversas decisiones judiciales, en la medida en que, al parecer, las políticas y planes de acción no han alcanzado la finalidad para la cual han sido creados. Fue así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció medidas cautelares en favor de la población de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao, ordenando al Estado adoptar medidas para preservar su vida e integridad así:

(i) disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud, para atender la desnutrición infantil y las enfermedades prevenibles o evitables, (ii) permitir a la mayor brevedad el acceso al agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente; y (iii) posibilitar el acceso a alimentos en calidad y cantidad suficientes, para satisfacer las necesidades alimentarias con pertinencia cultural, así como identificar y atender los casos de desnutrición (CONPES 3.944, 2018, p. 18).

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Superior de Riohacha, en el año 2016, falló una tutela a favor de los niños y adolescentes de esta comunidad. La Corte Constitucional a su vez, en el mismo año, mediante sentencia T 466 de 2016, amparó los derechos a la salud y la alimentación adecuada de los niños y adolescentes del pueblo Wayúu, ordenando medidas urgentes y prioritarias que garantizaran su atención, precisando que se deben resolver serias dificultades relacionadas con la falta de coordinación del gobierno en distintos niveles, la falta de información adecuada sobre la población y la corrupción en el manejo de los recursos públicos (CONPES 3.944, 2018, p. 19) (CORTE CONSTITUCIONAL, 2016, sentencia T 466); y en el año 2017, el máximo tribunal de lo constitucional, mediante sentencia T 302 de 2017, declaró el estado de cosas inconstitucional respecto del goce efectivo de los derechos fundamentales, la alimentación, salud, agua potable y participación étnica del pueblo Wayúu (CORTE CONSTITUCIONAL, 2017, sentencia T 302), fijando en esta providencia unos mínimos a fin de conjurar la crisis y mejorar la calidad de la población y cobertura en programas de atención alimentaria.

A pesar de lo expuesto, la crisis aún continúa, de allí que sea necesaria la protección de los derechos, específicamente el buen vivir y el derecho a la alimentación de la comunidad indígena Wayúu por parte del Estado, de ahí que estas comunidades puedan acudir como ya lo han hecho, a acciones constitucionales para lograr tal protección invocando el derecho a la

alimentación como un derecho humano, tal como está regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; porque como bien lo ha establecido FAO *“Sin el derecho a la alimentación no puede asegurarse ni la vida, ni la dignidad humana, ni el disfrute de otros derechos humanos”* (ONU, 2013, p. 5). Sin embargo, a la fecha, aún falta efectividad, razón por la cual quizá el camino a seguir sea que la CIDH active la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya finalidad sea establecer la responsabilidad estatal ante la vulneración de los derechos humanos reconocidos por la convención.

Mecanismo que se activa solo cuando se hayan agotado los recursos internos así: (PABÓN, 2016, p. 339):

- **La acción de tutela**, regulada en el artículo 86 de la Carta Magna, es un mecanismo por el cual se busca la protección de derechos fundamentales, siempre que no exista otro mecanismo para su protección. Según la Corte Constitucional: *“Procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...”* (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997, sentencia SU 039). Es este quizá el mecanismo al que más ha recurrido la comunidad indígena Wayúu para la protección de sus derechos, quienes con base al bloque de constitucionalidad y la protección de los derechos a la vida, la salud, la alimentación y los derechos de los niños y adolescentes han demandado al Estado por esta vía para lograr su cabal protección y desarrollo. Frente al tema, el máximo tribunal de lo constitucional, ha indicado: La acción de tutela tiene la aptitud de garantizar la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad, y en segundo lugar, el rango de norma de derecho fundamental que ostentan las cláusulas que consagran derechos constitucionales cuya titularidad le corresponde a esas comunidades con la totalidad de los atributos legales y políticos que ello comporta (CORTE CONSTITUCIONAL, 2011, Sentencia T 601, de 2011). Tema frente al cual la misma FAO afirmó que en Colombia la Corte Constitucional reconoció que la tutela puede ser usada de forma colectiva, en el caso de las comunidades indígenas cuando se presenta una violación al derecho a la alimentación (FAO, 2009).



- **La acción de grupo.** Regulada en el artículo 88 constitucional y reglamentada por la Ley 472 de 1998 con los ajustes de la Ley 1.437, de 2011, se convierte en un instrumento procesal tendiente a buscar la reparación del daño ocasionado, de allí que tenga una finalidad indemnizatoria.<sup>17</sup> Por lo tanto, si la comunidad indígena Wayúu constituye un grupo, a quienes por la falta de efectividad del Estado se les ha ocasionado un daño y como consecuencia multiplicidad de perjuicios, se considera que es procedente esta acción constitucional.
- **Investigación penal.** Cuando la misma Corte Constitucional establece que es necesario superar varias dificultades con relación a esta problemática y refiere al tema de la corrupción, que no es otra cosa que lo relacionado con los insumos que se han enviado desde el gobierno central para atender la situación, pero que al parecer no llegan a cumplir su cometido. Es esta la razón por la cual incluso ya se han iniciado investigaciones por parte de la Fiscalía General de la Nación por peculado por apropiación, malos manejos de los recursos destinados a la atención integral de la primera infancia, falsedad en documento público e interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (REVISTA SEMANA, 2016).
- **Demanda ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo por reparación directa.** En tanto se cumplen los elementos de este medio de control por cuanto existe un hecho, un daño y un perjuicio ocasionado imputable al Estado. Al respecto, el artículo 140 de la Ley 1.437, de 2011, indica que esta acción puede ser interpuesta con base a lo previsto en el artículo 90 constitucional, a fin de buscar la reparación del daño antijurídico producido.
- **Investigación disciplinaria para los servidores públicos** que por acción u omisión han incurrido en falta disciplinaria por la ausencia de protección

---

<sup>17</sup> Al respecto ver Artículo 145 Ley 1437 de 2011. “**Reparación de los perjuicios causados a un grupo.** Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia”.

o de efectividad frente a los derechos de la comunidad indígena Wayúu, pues son los funcionarios estatales los responsables de desarrollar, implementar y vigilar las acciones en materia alimentaria (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2014, p. 25).

- Y finalmente, en el ámbito de los Tribunales Internacionales, existen diversos organismos competentes para la protección de los derechos humanos de este grupo y del derecho a la alimentación, tales como: el Comité de Derechos Humanos que supervisa la aplicación del pacto internacional de derechos civiles y políticos, Comité de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, Comité Sobre los Derechos de los Niños que vigila la aplicación de la convención sobre los derechos de los niños, entre otros. Mecanismos por medio de los cuales se le solicita a cada Estado que cumpla la convención y desista de la violación de derechos a través de la adopción de diversas políticas (NACIONES UNIDAS, 2010). Igualmente, las Naciones Unidas han creado la figura del experto independiente, encargado de consultar y dialogar con los gobiernos con relación a las minorías, quien realiza llamamientos urgentes, envía cartas de denuncia y procedimientos especiales, visita el país violatorio y realiza consultas constructivas.

Mecanismos de protección que como se ha venido narrando, ya han sido empleados por la comunidad indígena en mención y quizá el mecanismo que falta sea agotar el sometimiento de la situación ante la CorteIDH, que debe ser ejercido por la CIDH y al cual ya se puede acudir, pues solo se acude al mismo cuando se han agotado los recursos internos, por ser este un medio subsidiario de protección.

Frente al tema, ya la CorteIDH tiene antecedentes en los cuales ha amparado estos derechos no basados en el acceso a la alimentación adecuada, sino en el derecho a la vida y los derechos de los niños, por medio de los cuales se garantiza el derecho a la alimentación. Al respecto, existen antecedentes interesantes frente al tema: el caso Yanomani v. Brasil, en el cual se sancionó la violación del derecho a la alimentación reconocido en el artículo XI y el derecho de los pueblos indígenas a recibir una protección especial para preservar su identidad cultural (CORTEIDH, caso n. 7.615 comunidad yanomani v. Brasil); el caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, en el cual se indica que el

estado debe suministrarle los bienes y servicios básicos a la comunidad indígena necesarios para su subsistencia (CORTEIDH, 2005) y el caso Enxet-Lamenxay and ayleyphapopyet (Riachito) v. Paraguay de la comisión, en el cual se permitió concluir el conflicto con un acuerdo amigable para proteger el derecho a la propiedad y el derecho a la alimentación de comunidades indígenas (CIDH, informe n. 90/99).

Y frente a este mecanismo, el interrogante que surge es ¿cuál es el valor de las decisiones de la CorteCIDH en la jurisdicción colombiana, específicamente en materia de medidas cautelares?. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana manifestó que las medidas que impone la CIDH son obligatorias y se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno (Sentencia T 558, de 2003), ello porque

la obligación del Estado de cumplir las órdenes emanadas de la Comisión en las medidas cautelares se refuerza con el hecho de que al ratificar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Colombia aceptó el artículo 44 que señala que *“cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.”* Si el Estado reconoció el derecho a presentar peticiones individuales de protección de los derechos humanos, no puede negar que las órdenes que profiera la Comisión en el conocimiento de las mismas lo vinculan. Negarse a su cumplimiento sería desconocer la competencia de la Comisión y, por tanto, violar la Convención (CORTE CONSTITUCIONAL, 2003, sentencia T 786).

De igual forma, en sentencia T 466, de 2016, relacionada de forma específica con la comunidad indígena Wayúu expresó que estas medidas cautelares son vinculantes en el ordenamiento jurídico interno, de allí que “las autoridades nacionales no pueden dejar de cumplirlas, y cuando así suceda las personas beneficiarias de estas medidas pueden acudir a la acción de tutela para exigir su cumplimiento”.

### **A manera de conclusión**

Conforme a lo expresado, es claro que la protección que debe dar el Estado colombiano al buen vivir y al derecho a la alimentación de las comunidades indígenas en Colombia es un asunto no solo ético, sino político y jurídico, que

requiere de intervención inmediata a fin de evitar un perjuicio irremediable. Ello implica quizá como lo ha venido haciendo el estado colombiano que ante la crisis social y humanitaria que agobia a la población indígena Wayúu y especialmente a la de la Guajira, se requiera de iniciativas contundentes, de sinergia entre las instituciones, de acciones afirmativas e integrales por parte del conjunto de la institucionalidad, de las autoridades y organizaciones indígenas y de la sociedad en general, para lograr el goce de los derechos de esta población (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA), pues solo de esta forma se podrá lograr el bienestar propio, la convivencia adecuada, el vivir bien y la armonía de esta población tanto en el ámbito personal, como social y natural.

### Referencias

ARISTÓTELES. **Aristóteles II**. Madrid: Gredos, 2011.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración de los Derechos del Niño**, 1959. Recuperado el 12 de febrero de 2013 de, <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (16 de diciembre de 1966). **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Nueva York: Naciones Unidas.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Diario Oficial. 1991.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Resolución 47/135 de 1992**. Recuperado el 30 de julio de 2019, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/minorities.aspx>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, 1948. Recuperado el 12 de febrero de 2013 de, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, 2007. Recuperado el 12 de febrero de 2013 de, <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>

BIENESTAR FAMILIAR. **Encuesta Nacional de la Situación Nutricional ENSIN 2015**. Recuperado el 22 de julio de 2019, de <https://www.icbf.gov.co/bienestar/nutricion/encuesta-nacional-situacion-nutricional#ensin3>

BONET-MORÓN, J. y HAHN-DE-CASTRO, L.W. **La mortalidad y desnutrición infantil en La Guajira** [Versión electrónica]. Documentos de trabajo sobre economía regional, 225, 1-48. 2017.

COLOMBIA. **Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PNSAN) 2012-2019**. 17 de diciembre. 2013. Disponible en <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/pnsan.pdf>, el 26 de septiembre de 2019.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. **Decreto n. 1973**. 11 de septiembre de 2013. Por el cual se crea la Subcomisión de Salud de la Mesa permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/decreto-1973-de-2013.pdf>. 2013.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. **Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, pacto por la equidad**. Bogotá D.C. Colombia. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/BasesPND2018-2022n.pdf>. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución 60/2015**. Medidas cautelares Nro. 51/15. Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el departamento de la Guajira, respecto de Colombia. 11 de diciembre. 2015. Recuperado el 25 de agosto de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 21 de 1991**. Colombia: Gaceta Oficial. 1991.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1.098, de 2006**. Colombia: Gaceta Oficial. 1991.  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1.955**. Por el cual se expide el Plan Nacional de desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la equidad”. 25 de mayo de 2019. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Ley1955-PlanNacionaldeDesarrollo-pacto-por-colombia-pacto-por-la-equidad.pdf>. 2019.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 472, de 1998**. Diario oficial n. 43.357, del 6 de agosto de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0472\\_1998.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html). 1998.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1.437, de 2011**. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero. 2011.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. CONPES. REPÚBLICA DE COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. **Documento CONPES 3944. Estrategia para el desarrollo integral del Departamento de la Guajira y sus pueblos indígenas**. 4 de agosto de 2018. Bogotá D.C. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de [http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes\\_3944.pdf](http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes_3944.pdf).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU 039, de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell. 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-881, de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 786, de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 558, de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 601, de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-200, de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 466, de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. 30 de agosto, 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 302, de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez. 8 de mayo, 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-359, de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

CIDH. **Informe Nro. 90/99. Caso 11.713. Comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet- Riachito.** 29 de septiembre de 1999. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Soluci%C3%B3n%20Amistosa/Paraguay11713.htm>. 1999.

CORONA FERREYRA, R. R. **Minorías y grupos diferenciados: Claves para una aproximación conceptual desde la perspectiva internacional.** En Revista Jurídica UIS. Universidad Latina de América. Consultado. Recuperado el 12 de febrero de 2013 de <http://www.unla.mx/iusunla22/reflexion/minorias%20y%20grupos%20diferenciados.htm>

CORTEIDH. Sentencia de 17 de junio de 2005. Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf). 2005.

CORTEIDH. Caso n. 7615 comunidad yanomani v. Brasil). Resolución Nro. 12/852, 20 de junio de 2012. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <https://www.escribnet.org/es/caselaw/2006/comunidad-yanomami-caso-no-7615-resolucion-no-1285>. 2012.

CORTEZ, D. **La construcción social del “Buen Vivir “(Sumak kawsay) en Ecuador.** Genealogía del diseño y gestión política de la vida: Quito: Universidad Simón Bolívar. 2011.

CORTINA, A. Lo justo y lo bueno. En C. Gómez y J. Muguerza (coord.), **La aventura de la moralidad** (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética) (p. 382-404). Madrid: Alianza, 2007.

CUBILLO, A. y HIDALGO, A. El buen vivir como alternativa al desarrollo. **Perspectiva socioeconómica**, n. 2, 5-27. 2015.

CHINCHILLA HERRERA, T. E. **¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?** Bogota: Temis, 2009.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. COLOMBIA. **Crisis humanitaria en la Guajira. Acción integral de la Defensoría del Pueblo en el Departamento.** Bogotá D.C. 2014.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. **Sistema de seguimiento y evaluación de la política pública alimentaria a la luz del derecho a la alimentación.** Bogota: Defensoría del Pueblo, 2008.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). **Estadístico vital de nacimientos y defunciones.** Recuperado el 20 de agosto de 2019, de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/salud/nacimientos-y-defunciones>

DÍAZ, L; VILLA, E. y VILLA, W. Referencias cosmogónicas y prácticas del buen vivir según el pensamiento de los Wayú de Manaure (La Guajira, Colombia). **Tabula Rasa**, n. 24, p. 243-261. 2016.

DJUSTICIA. **La sentencia que asegura derechos fundamentales para los niños wayúu.** Recuperado el 25 de septiembre de 2019, de <https://www.dejusticia.org/la-sentencia-que-asegura-derechos-fundamentales-para-los-ninos-wayuu/>

FAO. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN. GOLAY, C. **Derecho a la alimentación y acceso a la justicia: ejemplos a nivel nacional, regional e internacional.** Roma. Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <http://www.fao.org/docrep/016/k7286s/k7286s.pdf>. 2009.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). **Análisis de la situación de la infancia y la adolescencia en Colombia 2010-2014.** Recuperado el 1 de septiembre de 2019, de <https://unicef.org.co/sitan/assets/pdf/sitan.pdf>

GUDYNAS, E. **Derechos de la Naturaleza.** Ética biocéntrica y políticas ambientales. Lima: 2014.

HADOT, P. **Ejercicios espirituales y filosofía antigua.** Madrid: Siruela. 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS). **Informe de evento desnutrición aguda moderada y severa en menores de cinco años.** Colombia, primer semestre 2019. Recuperado el 23 de julio de 2019, de <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/Informesdeevento/DESNUTRICI%C3%93N%20AGUDA%20EN%20MENORES%205%20A%C3%91OS%20SEMESTRE%20I%202019.pdf>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA. **Plan Indicativo Institucional 2015 – 2018.** Recuperado el 30 de julio de 2019, de <https://www.icbf.gov.co/plan-indicativo-institucional-2015-2018-ajustado>

MAC GREGOR, E. F. y otros. **Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional. Tomo II.** Poder judicial de la federación, consejo de la judicatura federal. Universidad nacional autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie Doctrina jurídica n. 693. Primera edición. 2014. México. D.F.

MESA TÉCNICA DEPARTAMENTAL DE ETNOEDUCACIÓN WAYÚU. **Anaa Akua'ipa-Proyecto etnoeducativo Wayuu.** Recuperado el 28 de septiembre de 2019, de <http://www.caminosinterculturales.org/documentos/Debates-Pedagogicos/Pedagogia-propia/Para-ir-mas-alla/Proyecto-Educativo-Anaa-Akuaipa.pdf>

MOLINA-SALDARRIAGA, C. A., RESTREPO-YEPES, O. C., & GIRALDO-RAMÍREZ, D. P. Desiertos de alimentos. Aproximaciones conceptuales al estudio jurídico del problema del hambre. *Ratio Juris*, 9(19), 77-95. 2014.

NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. **Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación.** Newyork y Ginebra, 2010.

NACIONES UNIDAS. **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.** Naciones Unidas. 18 de diciembre de 1979.

NACIONES UNIDAS. **Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y Culturales.** Observación General No 12. El derecho a una alimentación adecuada. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1999.

NACIONES UNIDAS. **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** New York. New York: Naciones Unidas, 2006.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). **Malnutrición.** Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/malnutrition>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA SEGURIDAD Y SOBERANÍA ALIMENTARIA. GORDILLO, G. Y OTRO. FAO Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf>. 2013.

ORGANIZACIÓN INTEGRAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). **Marco legal para la protección integral de niños, niñas y adolescentes en Colombia.** Reflexiones sobre migración, niñez y adolescencia. Primera edición. Colombia: UNICEF. Enero de 2015.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (27 de junio de 1989). **Convenio 169. Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.** Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 5 de febrero de 2014, de <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>

PABÓN GIRALDO, L.D. Medidas constitucionales y procesales adecuadas para la protección de los derechos (a la alimentación, la salud, la vida y la integridad personal) de los niños y niñas de las comunidades indígenas en Colombia: Estudio de caso a partir de la realidad del Pueblo Wayúu. En Giacomette Ferrer, A. (coord.) *Jurisdicción y garantías constitucionales en Iberoamérica. A 25 años de la Constitución de Colombia* (p. 323-347). Bogotá- Colombia: Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal constitucional. Grupo editorial Ibañez. 2016.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Decreto 2737 de 1989.** Bogotá: Diario Oficial. 1989.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Derechos de la Infancia y la Adolescencia: principales instrumentos y normas internacionales y nacionales.** Colección cuadernos legislación y pueblos indígenas de Colombia n. 7. Programa presidencial Indígena. Imprenta nacional de Colombia. 2013.



RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. (s.f.). Recuperado el 3 de noviembre de 2015, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx>

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ministerio de la Protección social. Instituto Colombiano de Bienestar familiar. Dirección Técnica. **Lineamientos técnico administrativos y estándares de estructura de los servicios de bienestar en protección.** Septiembre 2004.

RESTREPO-YEPES, O. C. **El derecho alimentario como derecho constitucional. Una pregunta por el concepto y estructura del derecho constitucional.** Opinión Jurídica, 8(16), 115-134. 2009.

REVISTA SEMANA. **Capturan a otra implicada en desfalco a recursos de la niñez en la Guajira. 1/6/2016.** Recuperado el 26 de septiembre de 2019, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/detienenen-presunta-responsable-de-fraude-dineros-para-ninos-de-la-guajira/455724-3>. 2016.

RICOEUR, P. **Sí mismo como otro.** México: Siglo Veintiuno Editores, 2006.

SVAMPA, M. y VIALE, E. **Maldesarrollo: la Argentina del extractivismo y el despojo.** Buenos Aires: Katz, 2014.

UNICEF. **Análisis situacional del cumplimiento de los derechos fundamentales en salud y educación de la primera infancia indígena en La Guajira.** Editorial Gente Nueva, Bogotá, D.C.

## Razón pública y defensa del río Atrato: Sentencia T-622, de 2016<sup>1</sup>

John Fernando Restrepo Tamayo\*  
 Juan Esteban Aguilar Pineda\*\*  
 Daniel Castaño Zapata\*\*\*

### Introducción

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-622 de 2016, reconoció al río Atrato como sujeto de derechos, con el objetivo de garantizar y tutelar su conservación, mantenimiento, protección y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas. Esta Sentencia es paradigmática, por cuanto declara a un río y sus afluentes como sujeto de derechos. Tiene un componente de participación que es de suma importancia, pues ordena la construcción de diferentes planes de acción en conjunto con la población, para resolver la crisis humanitaria, social y ambiental que presentan las comunidades próximas al río y sus afluentes, desarrollando así las condiciones argumentativas y procedimentales que exige John Rawls a la hora de explicar de qué manera el Tribunal Constitucional materializa la idea de razón pública en el interior de una sociedad democrática.

Los demandantes interpusieron acción de tutela debido a que consideraban que las entidades accionadas son responsables de la vulneración

---

<sup>1</sup> Este artículo es resultado del trabajo académico que se adelanta en la Línea de *Estado, Democracia y Constitución* del Grupo de Investigación en Conflicto y Paz de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

\* Abogado (Universidad de Antioquia). Politólogo (Universidad Nacional). Magíster en Filosofía (Universidad de Antioquia). Doctor en Derecho (Universidad de Medellín). Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. [jfrestrepo@udem.edu.co](mailto:jfrestrepo@udem.edu.co)

\*\* Abogado (Universidad de Medellín), Catedrático y especialista en Estudios Políticos y Constitucionales (Universidad de Medellín), Catedrático (Corporación Universitaria Uniremington) Maestrando en Derecho Constitucional (Universidad Externado). [juan.aguilar@uniremington.edu.co](mailto:juan.aguilar@uniremington.edu.co)

\*\*\* Politólogo (Universidad Nacional). Magíster en Política social y Doctor en Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires). Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín. Director de la Maestría en Conflicto y Paz. [dcastano@udem.edu.co](mailto:dcastano@udem.edu.co)

de sus derechos fundamentales y colectivos por omisión de regular la minería legal y erradicar la minería ilegal. Dichos colectivos alegaron vulneración de los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio. En la minería ilegal, al no estar regulada, se utilizan métodos que afectan al medio ambiente. El uso de dragas, retroexcavadoras y sustancias altamente tóxicas como mercurio, cianuro y gasolina<sup>2</sup> causan consecuencias nocivas y difícilmente reversibles para el ecosistema y la población que se vale directa e indirectamente del río. Esta afectación sistemática de la calidad del agua, de los usuarios y del ecosistema que lo integra es esencial en todo el departamento del Chocó, debido a que es utilizado como medio de transporte, proveedor de agua, de alimento y cuenta con especial valor territorial y espiritual para múltiples comunidades.

Para la Corte Constitucional “Dicha minería ilegal tiene como agravante que el oro es la nueva estrategia de financiación del conflicto armado y del narcotráfico. Al no estar regulado dicho comercio, ni su relación con el lavado de activos, esta actividad continúa en la impunidad siendo sumamente rentable para los actores del conflicto, el narcotráfico y el crimen organizado, pero además con una consecuencia aún más preocupante: estimulando la minería de oro ilegal”.<sup>3</sup>

Los accionantes afirman que a pesar de varios llamados de urgencia, incluido el de la Defensoría del Pueblo, que en 2014 declaró una emergencia humanitaria y ambiental en Chocó,<sup>4</sup> no fueron escuchados a través de tres acciones populares y seis acciones de cumplimiento por las entidades

---

<sup>2</sup> Al respecto, la Resolución n. 2.115, de 2007 expedida por el Ministerio de Ambiente, clasifica al mercurio y al cianuro como sustancias cuyas características químicas “tienen reconocido efecto adverso en la salud humana”. Adicionalmente, importante legislación nacional prohíbe el uso del mercurio (y otras sustancias químicas tóxicas) como la Ley 1.658, de 2013, y la Ley 1.801, de 2016 (Código de Policía), artículo 108).

<sup>3</sup> Sentencia T-622, de 2016. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>4</sup> En la referida resolución se hizo un diagnóstico global de la situación del departamento y se presentaron 10 recomendaciones generales con mandamientos específicos por temas y derechos afectados para cada una de las entidades del Estado involucradas. Las conclusiones de dicho documento, recogen a su vez los principales lineamientos de un completo informe previo de la misma entidad titulado “Crisis humanitaria en el Chocó: diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo”

accionadas,<sup>5</sup> por lo que solicitaron al juez constitucional “que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes, y en consecuencia, se emitan una serie de órdenes y medidas que permitan articular soluciones estructurales ante la grave crisis en materia de salud, socio-ambiental, ecológica y humanitaria que se vive en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños.”<sup>6</sup>

Sumado a esta concesión y reconocimiento social sobre un bien que está inserto en el corazón de la vida misma, de la supervivencia, del ecosistema y de las representaciones sociales que ocurren alrededor del río Atrato, es clave señalar el sentido del fallo en el que tal concesión de derechos da cuenta de un cambio sustancial en el interior de nuestro orden jurídico, al transitar de una esfera exclusivamente antropocéntrica para ser más amable, incluyente y reconocedora de derechos de seres vivos, no en función de la supervivencia del ser humano sino en sí mismos. Una sentencia que se hace del lado de la naturaleza. La exigencia estatal de erradicar los vertederos de mercurio sobre el río no solo afecta la salud humana sino la salud de peces y aves, que al igual que los seres humanos, dependen del río y ven, en iguales condiciones materiales, la afectación de su salud y de su vida.

La Sentencia T-622, de 2016, se hace correspondiente con el sentido verde de nuestra Carta porque se utiliza el poder restrictivo del Estado para asegurar actuaciones que sean respetuosas del medio ambiente, el aire y el agua; actores cuyos derechos son protegidos por una corporación, que dentro del liberalismo corregido y constitucional de John Rawls, se apresta decididamente en mostrar de qué manera la correspondencia entre los principios de justicia y las exigencias sociales tiene mayor acogida en el seno del poder judicial.

---

<sup>5</sup> Presidencia de la República y los Ministerios de Salud, Ambiente, Minas, Agricultura, Vivienda, Educación, Defensa, el Instituto Nacional de Salud y los departamentos de Chocó y Antioquia, entre otros.

<sup>6</sup> Sentencia T-622 de 2016. Corte Constitucional de Colombia.

## Naturaleza de la razón pública según John Rawls<sup>7</sup>

La noción de sociedad libre, plural y democrática que propone John Rawls tiene un presupuesto básico: sujetar la acción de los actores públicos a las premisas esenciales del texto constitucional (RAWLS, 2003, p. 258). La importancia de la Constitución ocurre porque en ella se consagran los derechos básicos que desarrollan los principios de igual libertad y de diferencia. En cuanto los ciudadanos, libres e iguales, tracen su acción política conforme a la Constitución, habrá mayores posibilidades de insertar un régimen democrático en el que los derechos de grupos periféricos o marginados tengan una esfera real de protección. Aquí tiene lugar uno de los aportes más importantes que ocurren en el interior del régimen democrático luego de la tragedia nazi. Los nazis fueron perpetradores de la Gran Guerra, artífices de un modelo, que bajo la sombra de la voluntad del pueblo en un solo líder, quiso devorarse a Europa y sus alrededores (LEVI, 2015). Respaldados en la voluntad popular, hicieron trizas los pactos básicos de civilidad republicana. En la medida en que avanzaban sus tanques sepultaban adversarios y todas las premisas kantianas del sujeto ilustrado. Superada la guerra, fue necesario reformular las consignas democráticas. No para abolirlas sino para reconfigurarlas (FERRAJOLI, 2014). De allí que fuese esencial asegurar a las minorías, a los que no tienen votos, un

---

<sup>7</sup> (1921-2002) Es un filósofo político estadounidense determinante para entender las transiciones institucionales que tuvieron lugar en el siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial. Su contribución más importante está contenida en la obra *A theory of justice* (1971) y sus sucesivas correcciones, ampliaciones y re-interpretaciones. En ella define las condiciones generales de una sociedad capaz de concebirse como democrática y plural por cuanto exige que todas las expresiones sociales, políticas, culturales y religiosas tengan cabida solo en tanto sean expresión de una carga racional (aceptable para cada uno) y razonable (aceptable para todos), que posibilite la comprensión de sujetos que aceptan iguales demandas de libertad (*Principio 1 de justicia*) y desigualdades sociales y económicas entre unos y otros siempre que se satisfagan las condiciones de equitativo acceso a cargos públicos y resulten beneficiosas para los menos aventajados (*Principio 2 de justicia*). En el vértice de estas dos exigencias John Rawls traza el presupuesto más importante de toda la filosofía política contemporánea, hasta el punto de ser declarado el re-intérprete del contractualismo contemporáneo, porque no renuncia a su estirpe liberal de respeto por la autodeterminación individual, pero asegura unas condiciones de intervención estatal en favor de una clase social vulnerable que permita tener una vida digna y plena en el interior del mundo social, conforme a las máximas morales kantianas; pilares básicos de la social-democracia y de los presupuestos de corrección a la democracia y al liberalismo. (GARCÍA-OTOYA, 2010).

marco de protección al que la mayoría no ha de tener acceso (RESTREPO, JARAMILLO, 2017).

Para lograr este objetivo, es necesario que una institución asegure la coherencia entre las acciones jurídico-políticas y la Constitución. Dicha institución ha de ser el Tribunal Constitucional (RAWLS, 2003, p. 266). Este órgano queda facultado para asegurar que tal correspondencia entre decisiones políticas y mandatos constitucionales, tenga lugar. La sujeción de la acción política o la manifestación normativa según el trazo constitucional garantiza la vida en sociedad en dirección de lo público, lo racional y lo razonable (RAWLS, 2003, p. 267).

La Constitución es del pueblo; lo que hace el Tribunal Constitucional es garantizar que la reivindicación de los derechos básicos de las minorías tenga lugar. Hay actores sociales que tienen acceso al foro público. Se valen del espectáculo y los medios de presión para asegurar que sus intereses no se afecten por alguna voluntad política o por una decisión social. También existen actores alejados de los intereses de quienes trazan la agenda pública. Son actores a quienes el poder ha invisibilizado, y por ende, sus demandas o denuncias, no reciben atención. Tal desinterés sistemático genera violencia e inequidad. Es por ello, que, para asegurar una sociedad equilibrada, con atención a iguales libertades pero con aceptación razonablemente moral de diferencias en favor de grupos vulnerables, se acepta que las instituciones públicas aseguren relaciones de equidad, inclusión y proporcionalidad en el trato del que puedan resultar beneficiados actores que ocupan una condición desfavorable o marginal. La esencia del Tribunal Constitucional es asegurar que en la correspondencia entre Constitución y realidad, haya demandas asistenciales de intervención y de protección. Esta inclinación de la balanza en favor de los excluidos, es moral y jurídicamente justificada. Moral por cuanto se corresponde con el segundo principio de justicia. Jurídica por cuanto se corresponde con la protección de derechos fundamentales, que teniendo arraigo constitucional operan como materialización de los principios de justicia. Desde el punto de vista político, la protección se demanda en favor de las minorías porque las mayorías gozan de medios idóneos para visibilizar sus demandas, reclamar adeptos y presionar en el pulso político con tanta fuerza, que fácilmente pueden direccionar el molino según sus ambiciones o sus necesidades (RAWLS, 2003, p. 268).

La democracia constitucional y la corrección liberal encuentran en los postulados de John Rawls a uno de sus más brillantes arquitectos (RUBIO CARRACEDO, 1990, p. 153). Habla de la necesaria y justificada protección a los derechos minoritarios a través del control constitucional (FIORAVANTI, 2007, p. 158). En nombre de la defensa de la Constitución se tensa el pulso político para hacer valer la ley del pueblo y asegurar que las mayorías respetan los derechos de las minorías (KELSEN, 2002, p. 63). Derechos de grupos o sujetos (en este caso el río Atrato, sus afluentes y beneficiarios) expuestos a una condición de vulnerabilidad sistemática. De suerte que, frente a la omisión legislativa de atender dichos llamados periféricos, el Tribunal Constitucional debe intervenir para proteger una esfera básica de derechos.

Razón pública significa hacerse del lado periférico para promover un equilibrio social. Asegurar la instalación de condiciones más equitativas, plurales y garantes de igualdad. La elite y las mayorías tienen acceso al foro público con mayor facilidad. Tienen clientelas que visibilizan sus denuncias y aseguran que sus intereses se hagan norma. Es por ello, que a manera de administrador de cargas sociales se inserta y se hace legítimo su lugar en sociedad para corregir la democracia de los excesos propios de la misma democracia.

El eje de acción del Tribunal Constitucional reposa en la defensa y protección de derechos básicos, en condiciones de igualdad. La forma en que toda acción política esté sujeta al texto constitucional es lo que John Rawls denomina razón pública: facultad y modo en que una sociedad política traza sus planes, fija sus fines en un orden de prioridades y toma decisiones de acuerdo con ese orden. Esta relación de conexidad entre principios de justicia, derechos constitucionales y exigencias institucionales solo cabe en el interior de un régimen democrático corregido. Hay pluralidad de concepciones sociales, políticas, culturales y religiosas en tanto cada una de ellas asegure un nivel razonable de legitimidad (RAWLS, 2003, p. 268). Este régimen exige de todos los asociados una posición de igual ciudadanía. El Tribunal Constitucional se hace máxima expresión de la razón pública cuando se ocupa de asegurar que exista una correspondencia plena entre los mandatos constitucionales y el sistema normativo.

Los límites exigidos por la razón pública solo tienen lugar cuando el Tribunal Constitucional se ocupa de atender temas que desarrollen *esencias*

*constitucionales y asuntos de justicia básica* (RAWLS, 2003, p. 262). Ejemplo de estos asuntos son los que determinan las condiciones de ejercicio ciudadano; la tolerancia religiosa; la propiedad privada; la asignación de cargas tributarias o la estructura de un régimen subsidiado. Los límites de la razón pública rigen cuando los asociados actúan por medio de partidos políticos; se comprometen políticamente en el foro público y debaten acerca de políticas públicas que tienen que ver con temas de la sociedad política. Rigen a legisladores cuando están en el tránsito legislativo o en el foro público. Y rigen de una manera sustancial al Tribunal Constitucional, quien a través del control constitucional, opera como garante de que los *principios de justicia*,<sup>8</sup> que inspiran los derechos básicos que hay en la Constitución, y que son manifestación expresa del pueblo soberano, se conserven en su integridad fundamental. Esta función asignada en una democracia constitucional al Tribunal Constitucional, y su efectivo ejercicio, es lo que lo convierte en el paradigma de la razón pública.

La razón pública orienta el discurso político porque exige que los ciudadanos, a la hora de hacer uso de toda expresión electoral de naturaleza jurídicamente vinculante, actúen de conformidad con las disposiciones y los valores que erigen el lenguaje constitucional de corrección democrática (para proteger a las minorías) y de corrección liberal (para reducir la inequidad). Es la Constitución el lugar donde aparecen consagradas aquellas esencias que puede razonablemente presumirse que vinculan a todos los ciudadanos. El Tribunal Constitucional, a través del desarrollo de su jurisprudencia orientada por la salvaguarda de los principios rectores del constitucionalismo, está llamado a ser el filtro, limitado por la Constitución misma, a impedir la anulación de derechos básicos constitucionales. Su función de hacer que prevalezca la Constitución, lo

---

<sup>8</sup> Los dos principios de justicia son los supuestos básicos sobre los cuales una sociedad ordenada, plural, razonable y racional fija unas condiciones generales que todos los asociados han de aceptar como soportes esenciales que fijan el marco de competencias y de actuaciones de las instituciones sociales y del relacionamiento público de sujetos que se conciben a sí mismos como libres e iguales. Estos dos principios son: “i. Todas las personas son iguales en punto a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema para todos; y en ese esquema se garantiza su valor equitativo a las libertades políticas iguales, y solo a esas libertades. ii. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primero, deben andar vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y segundo, deben promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad. (RAWLS, 2003, p. 35).



ubica dentro del sistema político en un lugar determinante y lo reviste de validez y de legitimidad suficientes para actuar, en nombre del pueblo, como garante del contenido esencial de la Constitución frente a potenciales amenazas provenientes de intereses particulares que pretenden ingresar al foro público mediante leyes, ordenanzas, acuerdos, decretos o políticas públicas.

El estricto nexo de causalidad que opera entre Tribunal Constitucional y su condición de paradigma de la razón pública se soporta en dos máximas: (i) la razón pública es la razón del Tribunal Constitucional cuando éste se desempeña como máximo intérprete de la Constitución y, (ii) el Tribunal Constitucional es la rama del poder público que sirve como modelo de la razón pública. Máximas que se materializan en uso y función de los cinco principios básicos del derecho constitucional. Estos principios se describen así: **principio 1:** distinción y preferencia en favor del poder constituyente sobre el poder ordinario; **principio 2:** distinción y preferencia de la norma constitucional sobre la ley ordinaria; **principio 3:** Constitución concebida como expresión de principios políticos expresados en la aspiración política de un pueblo a gobernarse a sí mismo; **principio 4:** todo texto constitucional democrático debe permitir que sea el cuerpo de ciudadanos quien establezca decididamente determinadas esencias constitucionales tales como igualdad de derechos y libertades básicas; libertad de expresión y de asociación; derechos y libertades que garanticen seguridad e independencia ciudadana y, **principio 5:** equilibrio, independencia y autorregulación entre cada una de las tres ramas del poder público (RAWLS, 2003, p. 266).

El Tribunal Constitucional, en tanto realiza un control jurisdiccional a la actividad legislativa es confiable democráticamente, incluso cuando anula decisiones políticas mayoritarias, por cuanto el eje de sus decisiones descansa única y exclusivamente en la defensa de la Constitución. De su defensa se desprenden sus argumentos. Someter el juego político a los valores constitucionales es hacer legible la idea de razón pública (RAWLS, 2003, p. 269).

## 2 ¿De qué herramientas se vale la corte constitucional para reconocer al río atrato como sujeto de derechos?

Para la Corte Constitucional “Este territorio, de extraordinaria riqueza y complejidad, es considerado como uno de los lugares con mayor biodiversidad del planeta. Su flora y su fauna son inmensos y en buena parte aún están por conocer y valorar. Es rico en recursos minerales como el oro, platino, cobre, sal, roca fosfórica y en activos forestales. Las comunidades étnicas que habitan en él desde tiempos ancestrales, mayoritariamente negras, mestizas e indígenas, han hecho de esta cuenca, así como de todo el Pacífico, su territorio: el lugar en donde se reproduce la vida y se recrea su cultura.”<sup>9</sup>

Para protegerlo se vale de los denominados derechos bioculturales, los cuales se refieren a la facultad que poseen las comunidades étnicas a administrar de manera autónoma sus territorios de acuerdo con sus propias leyes y ejercer tutela de los recursos naturales que los conforman; todo esto debido a que en estos lugares dichas comunidades están ligadas intrínsecamente a la naturaleza,<sup>10</sup> concepción que escapa a la cosmovisión occidental. Sin embargo, la Corte Constitucional lo tutela, “pues entiende que la pluralidad étnica significa reconocer, después de mucho tiempo, que en nuestro suelo habitan poblaciones indígenas que no fueron sometidas al imperio confesional español, no hablan castellano y tienen una cosmovisión alterna a la de las mayorías. Por ser diferentes no deben ser excluidas sino protegidas” (RESTREPO, 2018, p. 49).

La minería ilegal no solo tiene efectos negativos para los pueblos indígenas y las comunidades raizales negras, lo cual ya es suficientemente grave; sino que además conlleva riesgos para la salud de la mayoría de sujetos (personas, aves y peces) que viven cerca del río Atrato y sus afluentes y que se sirven vitalmente de éste. Sujetos que se valen del río para asegurar una esfera básica de dignidad, supervivencia o autodeterminación.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-622, de 2016. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>10</sup> “El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.

La Corte Constitucional ejerce la protección basada en principios como el de prevención y precaución, todos ellos bajo el contexto del derecho ambiental. El principio de prevención “busca que las acciones de los Estados se dirijan a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas regulatorias, administrativas o de otro tipo, que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave.”<sup>11</sup> En cuanto al principio de precaución, “se erige como una herramienta jurídica de gran importancia, en tanto responde a la incertidumbre técnica y científica que muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales, por la inconmensurabilidad de algunos factores contaminantes, por la falta de sistemas adecuados de medición o por el desvanecimiento del daño en el tiempo.”

### **3 ¿Cómo se manifiesta la idea de la razón pública en la Sentencia T-622, de 2016?**

¿Es posible afirmar una manifestación de la razón pública en la Sentencia T-622? Este artículo responde este interrogante afirmativamente, ya que es la idea de la razón pública, descrita por Rawls “como la puesta en escena de las facultades intelectuales y morales arraigadas en las capacidades de los miembros que integran la sociedad” la que permitió en un primer momento que las comunidades afectadas solicitaran la tutela de sus derechos. Sumado a ello, se advierte la aplicación kantiana de la “mayoría de edad” y las “facultades morales” que exigen plasmarse en la idea de la razón pública y en el espíritu crítico de los demandantes. De igual manera, la Corte Constitucional hace especial énfasis en la teoría rawlsiana al defender el río Atrato investida como guardián primario de la Constitución.

Al defender la Constitución asegura el marco básico de protección de los *derechos fundamentales*<sup>12</sup> que desarrollan los dos principios de justicia y

---

<sup>11</sup> Sentencia T-622, de 2016. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>12</sup> Hemos sostenido que un derecho fundamental “es una concesión normativa a través de la cual se aseguran condiciones morales o materiales en favor de un sujeto con el ánimo de asegurar la realización de al menos uno de estos principios: dignidad, supervivencia y autodeterminación” (RESTREPO, 2018, p. 57).

denuncia de qué manera, por indiferencia o abuso, se “ha generado una crisis humanitaria sin precedentes en el Chocó que demanda la acción conjunta de todo el Estado, su institucionalidad y de las entidades territoriales en todos sus niveles para dar atención y solución definitiva a la grave crisis que vive este departamento.”<sup>13</sup> Visibilizar esta omisión política y administrativa, a la vez que intervenir en la demanda de acciones que aseguren la salvaguarda del ecosistema, el cauce y el contenido del río Atrato, es la puesta en evidencia de un Tribunal Constitucional que encarna la máxima expresión de la razón pública. Declarar al río Atrato como sujeto de derechos y protegerlo de la constante agresión que produce el uso extensivo e irresponsable de la minería mecánica, es hacerse del lado de un actor minoritario en un escenario de corrección democrática. Describe la esencia de la democracia constitucional porque los derechos que tutela en la declaratoria, no son otros sino aquellos de máxima expresión constitucional como la vida, la libertad, el acceso a los recursos naturales, la salud y el trabajo.

¿Cómo podemos articular la decisión de la Corte Constitucional con la teoría de John Rawls? Nuestro autor afirma: “una característica básica de la sociedad política bien ordenada es que existe un entendimiento público, no solo acerca de las clases de exigencias que pueden hacer apropiadamente los ciudadanos, cuando se suscitan cuestiones de justicia política, sino también un entendimiento público de cómo han de sostener esas reclamaciones. Una concepción política de la justicia suministra el fundamento para tal entendimiento y por ende capacita a los ciudadanos para llegar a valorar sus diversas exigencias y determinar su peso específico.” (RAWLS, 2003, p. 175). La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-622, de 2016, actúa visiblemente como máxima expresión de la razón pública en tanto apela a valores políticos que se conciben más razonables y armónicos con el ideal de sociedad que sujetos libres e iguales entre sí, reciben como justos, necesarios, razonables y racionales, esto dado el mayor peso argumentativo que tiene la protección del medio

---

<sup>13</sup> La Corte Constitucional pudo constatar que esta degradación ambiental no solo responde a un problema de derechos colectivos sino a una violación sistemática de derechos fundamentales como la vida digna, salud, libertad de locomoción, al territorio, y a la autonomía. Advierte una profunda transformación de los modos tradicionales de vida de las comunidades (agricultura, pesca, caza) debido a la minería.

ambiente y la responsabilidad individual y colectiva de asegurar la esfera básica de derechos de todos los sujetos que integran el ecosistema.

La Corte Constitucional actúa en el caso concreto desarrollando los dos principios de justicia. Asegura a todos los asociados iguales posibilidades de acceso a la administración de justicia para promover la protección de sus derechos y dirige la acción institucional en favor de un sujeto que padece condiciones de vulnerabilidad sistemática. La intervención de la Corte Constitucional se hace legítima y necesaria luego de que fuesen desatendidas de manera sistemática y dolosa varias acciones populares (3 en total), varias acciones de cumplimiento (6 en total). Este precedente de infructuosa insistencia ante las autoridades públicas, el desinterés y la desatención de las agencias demandadas, con argumentos vacuos y acciones insuficientes, legitiman la intervención decidida de la Corte Constitucional: expresión de la idea de razón pública y garante de los dos principios de justicia, todo ello motivado por el constructivismo moral kantiano de quienes interpusieron la acción de tutela. La Corte Constitucional actúa, además, en defensa del patrimonio estatal, ya que fallando en favor de las comunidades demandantes, en efecto *inter comunis*, se evitan potenciales demandas en el escenario interamericano de derechos, tal como ha ocurrido en sentencias de la comunidad Yakye Axa contra Paraguay de 2005,<sup>14</sup> la comunidad Sawhoyamaya contra Paraguay de 2006<sup>15</sup> y, la comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> La Corte Interamericana después de reconocer que el derecho a la vida “comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna” señaló que la imposibilidad de acceder al agua afecta el derecho de la comunidad étnica a una existencia digna y otros derechos como la educación y la identidad cultural. En este sentido, precisó que “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.”

<sup>15</sup> La Corte Interamericana vinculó una vez más el acceso al agua con el derecho a la vida. En sus consideraciones, indicó que: “en el presente caso, junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya se caracteriza por [...] las precarias condiciones de sus vivienda y entorno, **las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales**” (Negrilla fuera del texto original).

<sup>16</sup> La Corte Interamericana consideró que el Estado no había tomado las medidas necesarias para brindarle a la comunidad étnica las condiciones esenciales para una vida digna, al no haber

La Corte Constitucional se posesiona como instrumento por medio del cual los grupos minoritarios reivindican sus derechos básicos de raigambre constitucional, y mitiga en pro de garantizar la salvaguarda de la supervivencia, la autodeterminación y la dignidad. La exclusión histórica que ha causado el hacer oídos sordos a sus peticiones a través de múltiples acciones judiciales, manifestaciones cívicas y denuncias públicas. Ha conservado la naturaleza del derecho al agua como derecho fundamental en sí mismo y como insumo esencial para proveer la existencia de otros derechos<sup>17</sup> (RESTREPO, AGUILAR, 2019). Es importante señalar el efecto del contenido de la Sentencia, que siendo de tutela, no se concibe *inter partes*<sup>18</sup> sino *inter comunis*.<sup>19</sup> La falta de acceso al agua apta para el consumo humano, junto con la ausencia de acceso a alimentos, salud y educación, consideradas prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna y analizados en su conjunto, dieron lugar a la violación al derecho a la vida en la referida Sentencia no solo a los demandantes, sino a una población en su sentido más amplio y complejo.

### **A manera de conclusión**

A través de la justificación y la decisión trazada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-622, de 2016, resulta posible evidenciar una carga argumentativa que se corresponde plenamente con la noción de razón pública

---

garantizado la provisión de agua, alimentación, salud y educación, entre otros derechos humanos y fundamentales. Asimismo, valoró que la falta de acceso al agua apta para el consumo humano, junto con la ausencia de acceso a alimentos, salud y educación, consideradas prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna y analizados en su conjunto, dieron lugar a la violación al derecho a la vida en la referida sentencia.

<sup>17</sup> Según la Corte en la Sentencia T-622, de 2016 el derecho al agua es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, en tanto “el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)”. Observación general 15.

<sup>18</sup> Efecto que se da por regla general en los fallos de tutela, el cual solo afecta a los sujetos que son parte directa en el proceso.

<sup>19</sup> Efecto que se presenta de manera excepcional, para salvaguardar los derechos de quienes sin haber tomado parte en la presentación de la acción de tutela, lo que en ella se resuelva les ha de afectar de manera sustancial en el mediano o largo plazo. De tal forma que previendo la modificación normativa a un supuesto fáctico que no ha de modificarse, se supone que la decisión, en atención a la salvaguarda del derecho a la igualdad constitucional, ha de ser la misma.

que propone John Rawls. Declarar al río Atrato, cuencas y afluentes como sujeto de derechos se corresponde plenamente con la idea de razón pública ya que ésta fue la que permitió que en un principio, una ciudadanía más consciente de la protección de los derechos humanos y también los inherentes al medio ambiente, impetrara una acción ante el juez constitucional para defender el bien público, identificando las mejores condiciones sobre las cuales ha de asentarse la población que depende del río y desarrollando de forma perfectamente visible el entendimiento de la sociedad como un esquema unificado de cooperación social.

La Corte Constitucional, al fallar según el modelo ecocéntrico,<sup>20</sup> generó por primera vez en la jurisprudencia constitucional colombiana la concesión de la titularidad de derechos fundamentales en favor de un sujeto no humano y con efectos inter comunis para todos aquellos vinculados a la cuenca del río, sus afluentes y territorios aledaños. Al ser conscientes que la población afectada es mucho más grande que la representada por los colectivos demandantes, se posiciona una vez más como garante natural de la Constitución y adalid principal de la tutela de los derechos fundamentales basados en los principios de dignidad, supervivencia y autodeterminación (RESTREPO, 2018, p. 59) de minorías que generalmente no tienen voz, y difícilmente son escuchadas por los mecanismos de protección de derechos, máxime si se trata de salvaguardar un bien natural como el río Atrato, debido a su valor antropológico, social, económico e incluso, espiritual en el caso de ciertas comunidades de los departamentos de Antioquia y de Chocó.

Lo anteriormente mencionado es desarrollo de la teoría del Tribunal Constitucional como máximo defensor de la idea de la razón pública en el interior de una sociedad democrática, social, plural y colectiva; razón que a su vez la misma corporación ha venido desarrollando por más de veinticinco años

---

<sup>20</sup> El enfoque ecocéntrico de los derechos bioculturales parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella (Sentencia T-622, de 2016).

con su modelo de Estado social de derecho, garantizando, de acuerdo a las posibilidades fácticas, un amplio catálogo de derechos fundamentales que va en aumento gracias a los principios fundacionales de la justicia social, la dignidad y el bienestar general respetuoso de derechos de actores minoritarios. Conceptos de suma importancia al ser el pilar del constitucionalismo de posguerra y su carta de principios para erradicar lo que la jurisprudencia ha denominado las injusticias presentes.

En desarrollo de la concepción de justicia de John Rawls no se pretende fijar el marco normativo al cual deben ajustarse las personas, sino establecer la estructura básica de la sociedad que permita a los ciudadanos, que se conciben a sí mismos y entre sí como libres e iguales, acordar las condiciones de convivencia a partir de sus concepciones pluralistas de bien. En este contexto surge la razón pública, que en línea del principio de publicidad kantiano, implica que los asociados compartan una idea de justicia sobre la cual tranzar sus diferencias. Los derechos constitucionales hacen referencia a los derechos y deberes desprendidos de la razón pública, reconocibles a partir de la condición de representación del velo de ignorancia (RINCÓN, 2007, p. 53).

La Corte Constitucional, de igual forma, es consciente de que gracias a su labor se “ha permitido que los derechos se ejerzan con algún grado de eficacia instrumental y que cualquier colombiano, sin importar su condición, pueda contar con un recurso idóneo y efectivo para enfrentar una sociedad altamente desigual, fragmentada en su organización gubernamental y territorial, y con notables carencias en materia de satisfacción de las necesidades más básicas de sus ciudadanos”; en este sentido, es importante destacar que no basta solo con la consagración y enunciación de los derechos para que estos tengan eficacia, como ha sostenido Norberto Bobbio; además es necesario, como también ha señalado el profesor Mauricio García Villegas, “reducir la brecha que existe entre los ideales normativos y las realidades.”<sup>21</sup>

A través de la Sentencia T-622, de 2016, la Corte Constitucional actuó como guardián de los mandatos constitucionales que desarrollan los dos principios de justicia. Intervino decididamente en dirección de defender los derechos de grupos socialmente marginados y sin peso político (raizales e indígenas),

---

<sup>21</sup> Sentencia T-622, de 2016. Corte Constitucional de Colombia.



protegiendo sus derechos fundamentales, e incluso declarando al río Atrato como titular de derechos. Es una sentencia paradigmática que abre las puertas para que en un futuro cercano se sigan protegiendo derechos de sujetos no humanos en pro de la conservación del medio ambiente, el ecosistema, la flora, la fauna en tanto sujetos autónomos y no por conexidad con la defensa de la vida humana. Esta decisión traza un nuevo horizonte argumentativo básico para fundar futuras demandas de inconstitucionalidad y acciones de tutela en contra de intereses políticos de mayorías o de élites que se cuelan en planes de ordenamiento territorial, licencias de construcción, títulos mineros y eventos culturales (cabalgatas y corridas de toros).

El contenido, la estructura y la decisión de la Sentencia T-622, de 2016, dan cuenta de un orden jurídico constitucionalizado en el que se corrige la tradición liberal mayoritaria y se asegura la esfera básica de protección de derechos fundamentales, en especial de los grupos minoritarios, para que no sean desconocidos sistemáticamente por los intereses de las mayorías, sin que tal protección se describa como expresión de dadivosidad estatal, con intereses clientelistas, sino como un deber que ha de realizarse con el ánimo de asegurar que los principios y los valores constitucionales que rigen la esencia del Estado social de derecho sean veraces y tengan lugar no solo como criterios de orientación institucional sino como soporte argumentativo de cada actuación pública que asegure más y mejores condiciones de protección, de igual libertad y de equidad.

#### **Referencias**

BOLÍVAR, G. & CALOCA, O. Teoría de la justicia de Rawls. **Polis**, v. 40, p. 2-16, 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia. Sentencia T-622, de 2016. MP Jorge Iván Palacio CRUZ MARTÍNEZ, A. Influencia del pensamiento de Rawls en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Saber, Ciencia y Libertad**, v.8, n. 2, p. 19-27, 2013.

FERRAJOLI, L. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

FIORAVANTI, M. Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2007.

GARCÍA, L & OTOYA, M. John Rawls. Una biografía. **Coherencia**, Medellín, v 7, n 12, enero/junio.2010.

KELSEN, H. **Esencia y valor de la democracia**. Granada: Comares, 2002.

LEVI, P. **Trilogía de Auschwitz**. Barcelona: Ariel, 2015.

LINARES, P. La aplicación de los principios de justicia de John Rawls en el Estado Social de Derecho. Universidad del Norte. **Revista de Derecho**, n. 5, p. 1-17, 2011.

PÉREZ, P. Desigualdad, pobreza y desarrollo. El reto de la justicia distributiva en el pensamiento de John Rawls. **Anuario Filosófico**, v. 44, p. 305-334, 2011.

RAWLS, J. El liberalismo político. Barcelona: Crítica RESTREPO, J & AGUILAR, J. (2019) El derecho al agua como derecho fundamental. **Revista Nuevo Derecho**, v 15, n. 24, 2003.

RESTREPO, J. **Estructura Constitucional del Estado Colombiano**. Universidad de Medellín, 2018.

RESTREPO, J & JARAMILLO, K. Aproximación al pensamiento político de Danilo Zolo. **Derecho Global. Estudios sobre derecho y justicia**, v. 6, 2017.

RESTREPO, J. John Rawls, razón pública y población desplazada en Colombia. **Discusiones filosóficas**, año 14, n. 22, enero/junio 2013.

RESTREPO, J. Aproximación a la idea de razón pública según John Rawls. **Pensamiento y poder**, Medellín, 2012.

RINCÓN, P. Razón pública y derechos humanos a partir de John Rawls. **Cuadernos De Filosofía Latinoamericana**, v. 28, p. 53-59, 2007.

RUBIO CARRACEDO, J. **Paradigmas de la política**. Barcelona: Anthropos 1990.

## 10

# La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa: un logro alcanzado ante la Corte Constitucional

David Mendieta González<sup>\*</sup>  
Alejandro Giraldo-Henao<sup>\*\*</sup>

### Introducción

La adopción por parte de personas homosexuales sigue siendo un tema controversial en Colombia en particular, y en América Latina en general. Muchos colombianos siguen estando en contra de esta posibilidad y en medio de circunstancias poco propicias para este tipo de adopción, la Corte Constitucional ha intervenido para permitirla, no como un reconocimiento a los adoptantes, sino como una medida para salvaguardar el derecho de los niños a tener una familia (LÓPEZ MEDINA, 2016). El presente escrito identifica y analiza las bases jurisprudenciales que le han permitido a las minorías con orientación sexual diversa, iniciar procesos de adopción en Colombia. El punto de partida jurisprudencial se dio con el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como grupo familiar a través de la Sentencia C 577 de 2011 (Corte Constitucional, 2011).

Ahora bien, históricamente la legislación colombiana le brindó protección y reconocimiento a la familia tradicional para el ejercicio de la adopción, pero ignoró a las parejas del mismo sexo, dejándolas por fuera de los contenidos legales. Fue la Corte Constitucional quien entró a llenar este déficit de

---

<sup>\*</sup> Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín y editor de la revista **Opinión Jurídica**. Medellín, Colombia. *E-mail*: dmendieta@udem.edu.co; davidmendieta.gonzalez@hotmail.com ORCID: 0000-0002-6944-6815

<sup>\*\*</sup> Abogado, especialista en Derecho de Familia y Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín, Profesor Universitario. *E-mail*: alejandropbravo@gmail.com. ORCID: 0000-0002-6733-9223

protección, que se hacía urgente si se considera, por ejemplo que existen varias circunstancias que hacen que un niño tenga menos probabilidades de ser adoptado tales como la edad (ser mayor de 8 años, 11 meses); tener una discapacidad mental o física y ser miembro de un grupo de dos o más hermanos en condición de adoptabilidad (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2010). En Colombia, se calcula que se encuentran 9.277 niños y adolescentes esperando a ser adoptados, de los cuales 1.670 (18%) tienen entre 0 y 11 años; 2.041 (22%) tienen entre 12 y 18 años y 5.473 (59%) son mayores de 18 años (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2018). Teniendo en cuenta lo anterior, cerca del 81% de los niños y adolescentes colombianos en situación de adoptabilidad, muy probablemente no serán adoptados, lo que constituye un drama para cualquier sociedad. Por eso, se hace necesario buscar medidas para que más niños y adolescentes puedan gozar del derecho a tener una familia. Es importante enfatizar que desde que Colombia, sumándose a Uruguay, Argentina, México y Brasil, aprobó de manera definitiva la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa en el año 2015, ningún otro país latinoamericano lo ha hecho.

## **1 La familia: evolución histórica a la luz de las Constituciones de 1886 y 1991**

La regulación de la familia en la anterior Constitución colombiana, que data de 1886, era pobre e incipiente. Solo se hacía mención en el artículo 23 del Título II que reglamentaba los derechos civiles y las garantías individuales, así:

*Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.* (PARRA BENÍTEZ, 2008). (Subrayado fuera de texto).

Es más, el texto constitucional de 1886 delegó en el legislador el papel de regular instituciones y derechos que hacen parte de los denominados civiles y políticos, como el matrimonio, al establecer que harían parte del Código Civil. Dicha remisión se encuentra en el artículo 52 en los siguientes términos: “*Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título*

*preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución.”*

El Código Civil colombiano, que es una norma que data del siglo XIX, no definió la institución de la familia, pero en el artículo 874, mencionó la palabra, para referirse a la limitación del uso y la habitación, en los siguientes términos:

*El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.*

*En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos. (Subrayado fuera de texto).*

De la lectura del anterior artículo podemos concluir que ya en el siglo XIX la familia estaba constituida no solo por vínculos de sangre, sino también por los nexos que surgen de la convivencia bajo un mismo techo.

Por su parte, en la Constitución colombiana de 1991 el concepto de familia es mencionado en varios artículos. Por ejemplo, el artículo 5 indica que *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”* y, más adelante, el artículo 43 señala que.

*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (Subrayas fuera del texto).*

Pero es el artículo 42 donde se define cómo se constituye la familia y se mencionan varios deberes del Estado en aras de su protección, así: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.

El anterior artículo ha generado en Colombia un debate interpretativo, pues para los sectores conservadores es claro, desde la literalidad de la norma,

que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla, pero esta interpretación exegética de una institución tan importante como lo es la familia deja por fuera múltiples variables que se pueden presentar, variables en las que imperan los vínculos afectivos, la solidaridad y el amor y no la simple unión entre un hombre y una mujer (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2010).

La Corte Constitucional le da interpretación sistemática y garantista a esta norma, de conformidad con los principios fundamentales plasmados y desarrollados en la misma Constitución y con los pronunciamientos de tribunales internacionales defensores de derechos humanos, al establecer que, en Colombia, pueden existir muchos tipos de familia diferentes a las surgidas de relaciones heteroafectivas:

*La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal (Corte Constitucional, 2011).*

Durante mucho tiempo se le dio prevalencia a la familia conformada por los parámetros del artículo 113 del Código Civil, con posterioridad se ampliaron los derechos a las uniones maritales de hecho en los términos de la Ley 54, de 1990, que es la que reconoce la existencia de las sociedades patrimoniales, diferentes de las sociedades conyugales surgidas del matrimonio. Pero las uniones entre parejas del mismo sexo quedaron excluidas de las instituciones anteriores hasta que la Corte Constitucional de manera gradual amplió las garantías para este tipo de uniones, primero reconociéndoles el estatus de uniones maritales con derechos y deberes (Sentencia C 075, de 2007), derecho a la pensión de sobrevivientes (Sentencia C 336, de 2008), derecho a recibir alimentos (Sentencia C 798, de 2008), derecho a heredar (Sentencia C 238, de 2012) e, incluso, se les reconoció el derecho a contraer matrimonio civil (Sentencia C 577, de 2011 y SU 214, de 2016). No fue el Congreso de la República

quien se preocupó por reconocerle derechos a esta minoría, en un país de tradición conservadora, sino la Corte Constitucional y frente a la adopción, el cambio vino también del Tribunal Constitucional colombiano. Al respecto señala (CARRILLO, 2016).

*Para que se pudiera dar una evolución normativa en relación a los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, fue necesario implementar técnicas de interpretaciones diferentes a las dogmáticas, literales o restrictivas, debido a que la tendencia de estas técnicas tradicionales normalmente no permite que la ley avance de forma paralela con la evolución de la sociedad (p. 139).*

En relación con el Código de la Infancia y la Adolescencia, el artículo 68 permite la adopción a personas de manera individual (adopción monoparental), a parejas conformadas por cónyuges y compañeros permanentes (adopción conjunta) y a aquellas personas que pretendan adoptar al hijo biológico de su cónyuge o compañero permanente (adopción complementaria o consentida), pero frente a las parejas del mismo sexo, hubo un déficit constitucional pues no tenían esta posibilidad. Fue necesario que diferentes actores haciendo uso de la acción de tutela (artículo 86 de la Constitución Política) y acciones de inconstitucionalidad (artículo 40, numeral 6 y artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política) acudiesen ante los jueces y ante la Corte Constitucional para hacer efectiva la Supremacía Constitucional. (MENDIETA GONZÁLEZ, 2010).

En Colombia hay antecedentes de la lucha de las personas con orientación sexual diversa por ser reconocidos como familia, como es el caso que sustenta la Sentencia T 290 de 1995, en la cual un hombre homosexual que estaba a cargo de una niña que fue abandonada por sus padres 1989, luego de un trámite administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en 1995 le fue arrebatada a la que consideraba su hija por su situación de extrema pobreza, aunque él alegaba que la verdadera razón era su orientación sexual. Una vez leída la sentencia, el argumento jurídico más fuerte puede encontrarse en la aclaración del voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la cual transcribimos en su totalidad por la importancia que tiene para el tema que nos ocupa:

*Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución. Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que*

*habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela. No obstante, aunque por razones diferentes, los Magistrados fueron partidarios de excluir las frases que arriba se transcriben entre comillas. El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño (Corte Constitucional, 1995).*

En el año 2001 un ciudadano, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad, demandó la norma que para ese entonces regulaba la adopción en Colombia y que establecía quienes podían adoptar, entre los que se encontraba *“La pareja formada por el hombre y la mujer y que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”*. Para el accionante la norma acusada establece un trato discriminatorio para las parejas homosexuales e incluso ya menciona los derechos prevalentes de los niños como argumento para la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas. Es interesante porque este será el principal argumento para que, catorce años después, la Corte Constitucional declare constitucional la adopción conjunta para parejas del mismo sexo. Pero, en el 2001, no estaban dadas las condiciones para un fallo en este sentido y lo que hizo el tribunal colombiano en la sentencia C 814, de ese año, fue declarar la constitucionalidad de las normas demandadas sosteniendo el deber del Estado colombiano de proteger el tipo de familia mencionado por el artículo 42 de la Constitución y que surge de la unión entre un hombre y una mujer, así:

*Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de*



*derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad (Corte Constitucional, 2001).*

Como se dijo antes, las sociedades son cambiantes, y el Estado colombiano tiene la obligación de proteger a la familia independientemente de si fue constituida por vínculos jurídicos solemnes o por la voluntad libre de conformarla. En Colombia, desde la primera década del siglo XXI, se estableció que las relaciones de pareja no se basan exclusivamente en el afecto que puede surgir entre un hombre y una mujer, sino que pueden existir otras formas de convivencia que generan efectos jurídicos, incluyendo las uniones entre parejas del mismo sexo a las cuales de manera progresiva le fueron reconocidos derechos que, históricamente no poseían y que en reiteradas ocasiones les habían sido negados (ESTUPIÑÁN VELANDIA, 2016).

La Constitución no se refiere expresamente a los derechos de los homosexuales, esto no quiere decir que se puedan desconocer porque, acorde con los derechos fundamentales y las convenciones internacionales, todo ser humano tiene derecho a la autonomía personal y a la diversidad sexual. Todos debemos coexistir porque Colombia es un Estado diverso, pluricultural, con prevalencia de la dignidad humana (MENDIETA, TOBÓN, 2018).

### **1.1 La familia diversa en Colombia**

La familia no es ajena al cambio de los tiempos. Es núcleo de la sociedad, pero ésta se transforma y factores económicos, tecnológicos, políticos aceleran esa transformación. Usando la metáfora de Loewenstein (1975) en su clasificación *ontológica* de las constituciones, el ideal de constitución es un traje que queda a la medida de la sociedad, es decir, refleja los valores, pero también la realidad de ese pueblo, entonces la interpretación de la Constitución y la creación de la ley debe responder a los cambios sociales.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “Para ser real y efectiva, la Constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La Constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominaban el proceso político o, a la inversa, el proceso

La Constitución protege la diversidad y el derecho a conformar una familia. En la sociedad no puede existir un modelo único de familia al cual brindarle absoluta protección, por ello se reconoce a la familia en sus varias tipologías (ÁLVAREZ PERTUZ, 2011). El concepto de familia es dinámico, a medida que avanzan los años se han logrado diferentes tipos de derechos para las parejas diversas. En la Sentencia 075, de 2007, la Corte Constitucional les otorgó a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias heterosexuales o unidas por el contrato del matrimonio, así:

*Así, no obstante, las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado (Corte Constitucional, 2007).*

Las sentencias C-577, de 2011, C-683, de 2015, y SU 214, de 2016, también ampliaron el concepto de familia, declarando la existencia de muchos tipos de familia, incluyendo las formadas por parejas del mismo sexo, acorde con el principio de igualdad, con los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales:

*El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia (Sentencia C-577, 2011).*

---

del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria; la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente” (LOEWENSTEIN, 1975).

## 1.2 El derecho del niño a ser parte de un grupo familiar

El artículo 44 de la Constitución colombiana le da el derecho al niño a tener una familia, y a no ser separado de ella. A nivel internacional la norma rectora es la Convención sobre los Derechos del Niño (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1989), la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, y se encuentra vigente en Colombia desde el 2 de septiembre de 1990 (ARANGO OLAYA, 2006). Este instrumento internacional en su *Preámbulo* le da reconocimiento a la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana en concordancia con el principio de libertad y de no ser discriminados por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En la Declaración Universal de Derechos Humanos (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1948), también se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, los Estados miembros de la ONU, bajo la convicción de que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, reconocieron la importancia de la protección del grupo familiar, y en particular de los niños, que deben recibir la atención y apoyo necesarios para la formación como individuos aportantes a sus comunidades.<sup>2</sup>

Los niños tienen derecho al desarrollo de su personalidad, a ser educados, a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. En el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, se define que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Teniendo en cuenta los mandatos internacionales, el Estado colombiano debe proteger a la familia como la microestructura en la que nace la sociedad y como espacio en que esta se desarrolla, en consonancia con el principio de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y respeto. El Estado garantizará la protección de sus integrantes, priorizando la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

---

2 Véanse los artículos 12, 16 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

### 1.3 La adopción en Colombia

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1.098 del 2006) regula la adopción en Colombia y su artículo 61 la define así: *“La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofamiliar entre personas que no la tienen por naturaleza”*.

La adopción es una ficción legal que busca proteger al menor que ha sido abandonado por su familia o que se encuentra en situación de peligro, otorgándole un grupo familiar no necesariamente consanguíneo, que le pueda proveer todo lo necesario para su sustento, además de los cuidados indispensables para la edad del menor (ALVENTOSA DEL RÍO, 2008). En Colombia, la adopción tiene dos etapas: una de carácter administrativo y otra judicial. En la etapa administrativa el menor se declara en estado de adoptabilidad por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). En la etapa judicial, un juez de familia dicta sentencia mediante la cual se establecen las relaciones paternofiliales. La adopción es irrevocable y el hijo adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes. El Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 68 quienes pueden adoptar en Colombia, así:

*Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:*

- 1. Las personas solteras.*
- 2. Los cónyuges conjuntamente.*
- 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman.*
- 4. El guardador al pupilo o expupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.*
- 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

## **2 Tipos de adopción aplicados a la familia diversa**

Según lo establecido en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, se pueden identificar los siguientes tipos de adopción. Respecto de los adoptantes se destacan: i) la adopción individual o monoparental, si el adoptante es una sola persona, por ejemplo las personas solteras, viudas o divorciadas, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia); ii) la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente, con la anuencia de éste (numeral 5 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia) y iii) a adopción conjunta, ejercida por cónyuges o compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (numerales 2 y 3 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia).

A continuación, se mostrará cómo gradualmente la Corte Constitucional reconoció a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar en las tres circunstancias enunciadas en el párrafo anterior.

### **2.1 Adopción individual o monoparental**

Puede adoptar una persona soltera, viuda o divorciada que cumpla con los requisitos de idoneidad física, mental, y moral, necesaria para suministrarle al menor una familia adecuada y estable (QUINCHE RAMIREZ, 2013). En el caso de las personas con orientación sexual diversa este tipo de adopción la reconoció la Sentencia T 276 de 2012. En esta providencia la Corte Constitucional colombiana resolvió una acción de tutela (recurso de amparo) del periodista estadounidense Chandler Burr, en este caso el adoptante tenía una orientación sexual diversa, y el Tribunal Constitucional determinó que la orientación sexual de la persona no era impedimento para adoptar como soltero.

El supuesto fáctico es el siguiente: el ciudadano americano agotó el proceso de adopción de dos menores de edad ante ICBF, y una vez fueron aprobadas sus pretensiones, la subdirectora de adopciones de la entidad, al enterarse de que el adoptante era gay, impidió la salida de los menores del país, promovió un proceso de restablecimiento de derechos de los menores

entregados en adopción, los niños fueron separados de su padre adoptivo y se instauró una denuncia penal en contra del padre adoptante. Lo anterior argumentando que existía una amenaza sobre “la salud emocional de los niños” (Corte Constitucional, 2012b).

El Señor Burr acudió ante un juez e instauró una acción de tutela que, en Colombia, es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Esta petición llegó a la Corte Constitucional para su eventual revisión y fue seleccionada. El tribunal constitucional colombiano declaró que el ICBF en forma arbitraria no podía separar a los niños de su familia, que las medidas de restablecimiento solo pueden tomarse después de un examen integral de la situación, no pueden basarse en prejuicios o apariencias sino en evidencias y criterios objetivos, y la separación de los menores de su familia debe ser una medida excepcional. Igualmente le da importancia al derecho de los niños a ser escuchados por las autoridades:

*El derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan (Corte Constitucional, 2012b).*

La Corte revocó la actuación del ICBF, regresando a los niños con el padre adoptivo y dejó claro para el ICBF que las actuaciones de restablecimiento de derechos deben basarse en situaciones comprobadas de amenazas o daños a los derechos de los menores y no en prejuicios contra las personas con orientación sexual diversa y dejó claro que la orientación sexual de adoptante no puede ser un criterio de exclusión en un proceso de adopción, así:

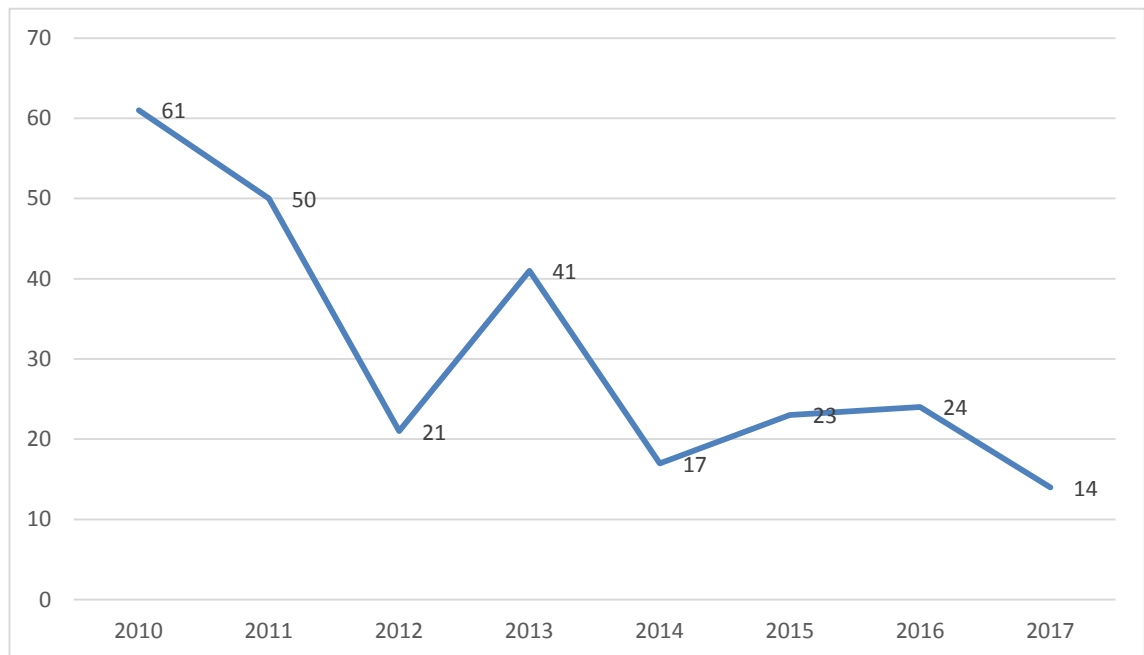
*Finalmente, la Sala observa que si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho **no le puede ser imputable**, ya que, como manifestó la agencia Baker Victory Services, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York en Estados Unidos, donde se llevaron a cabo los estudios dirigidos a evaluar su aptitud como padre adoptivo, no es posible interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual (Corte Constitucional, 2012b). (Negrillas añadidas).*

En este fallo el ciudadano norteamericano ganó al ICBF una tutela por la custodia de sus dos hijos adoptivos, que le fueron arrebatados por las autoridades del país cuando éstas conocieron de su homosexualidad. Desde entonces, se estableció el precedente en Colombia que permite a las personas homosexuales solicitar en adopción a niños y niñas de manera individual. Sobre este tema se pronunció el doctrinante colombiano Diego López Medina en los siguientes términos:

*Es claro que la ley colombiana permite la adopción monoparental y en ella no se hace exigencia explícita alguna con relación a la orientación sexual de la persona adoptante. Sin embargo, en varios procedimientos administrativos de adopción, los adoptantes monoparentales se quejan de que han sido objeto de discriminación y que sus adopciones han sido dificultadas o negadas por el Estado por el hecho de su homosexualidad (LÓPEZ, 2016).*

La siguiente figura muestra el número de personas que de manera individual han adoptado en Colombia desde el año 2010 y hasta el año 2017, no existe información acerca de la orientación sexual de los adoptantes, pues este dato no es pedido durante el trámite.

Figura 1 – Número de adopciones monoparentales en Colombia (2010-2017)



Fuente: ICBF, 2018.

## 2.2 Adopción complementaria o por consentimiento

Una de las finalidades básicas de la adopción es integrar la familia y por eso se permite la adopción del hijo del cónyuge o del compañero permanente. En el caso de las parejas con orientación sexual diversa, este tipo de adopción la desarrolló la Sentencia SU 617, de 2014. En esta providencia la Corte Constitucional acepta la primera adopción homoparental en la historia del país. La Corte insistió en que el debate de adopción por parte de parejas del mismo sexo debe girar en torno al interés superior del menor y no sobre el desarrollo a la igualdad de los padres o madres homosexuales adoptantes frente a los heterosexuales.

El supuesto es el siguiente: una pareja conformada por dos mujeres, decidieron que una de ellas se embarazara mediante inseminación artificial, en busca de lograr el sueño de ser madres y así nació una menor. Posteriormente, esta pareja decidió presentar ante el ICBF una solicitud de adopción, para que la compañera no inseminada figurara como madre legítima y tuviera los mismos



derechos sobre la menor a pesar de no ser su madre biológica (*Corte Constitucional*, 2014).

La pareja inició el proceso de adopción ante la Defensoría de Familia del municipio de Rionegro en el departamento de Antioquia (Colombia) pero la pretensión fue negada con el argumento que el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia no regulaba esta clase de adopción para parejas del mismo sexo y, que adicionalmente y de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política, una pareja homosexual no constituía familia bajo una interpretación exegética. Por su parte, el ICBF conceptuó que a las dos mujeres, aunque se habían casado en Alemania y convivían y desde el año 2005 y aunque habían formalizado la unión marital de hecho ante notario desde marzo del 2008, según los parámetros de la Ley 54, de 1990, les faltó el elemento probatorio que acreditara la convivencia por más de dos años como lo exige el Código de la Infancia y la Adolescencia (*Corte Constitucional*, 2014).

Ante la negativa de dicha petición, la pareja decidió presentar una acción de tutela argumentando la vulneración del derecho a la igualdad de la menor, el derecho a tener una familia y a estar protegida por los beneficios legales de la madre, tales como: el derecho a la salud, alimentos, heredar, a exigir su custodia y cuidado. Con la finalidad de continuar con el proceso administrativo de adopción, anexaron a su petición – como elemento probatorio – un concepto psicológico en el que se evidenciaba el estado mental de la niña en el que, además, se conceptuaba que, en su proceso de crecimiento y madurez, no le afectaba negativamente el ser criada por dos madres.

En enero del 2009, un juez penal del circuito de municipio de Rionegro abocó su conocimiento y decidió a favor de la pareja accediendo a sus pretensiones y le ordenó al ICBF proseguir con el proceso de adopción para proteger el derecho de igualdad y el interés superior del menor, siempre y cuando se cumplieran los requisitos exigidos por ley. El ICBF impugnó la decisión ante el Tribunal Superior de Antioquia y el apoderado de las accionantes presentó apelación adhesiva en busca de que el Tribunal ordenara directamente la adopción. El 20 de enero de 2010 el Tribunal Superior de Antioquia, negó la apelación adhesiva del apoderado de las accionantes y confirmó la decisión del juez de primera instancia y manifestó que la compañera permanente sí tenía derecho de adoptar a la hija biológica de su compañera siempre y cuando

demonstrara una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años ante la Defensoría de Familia, esto para agotar el debido proceso (*Corte Constitucional, 2014*).

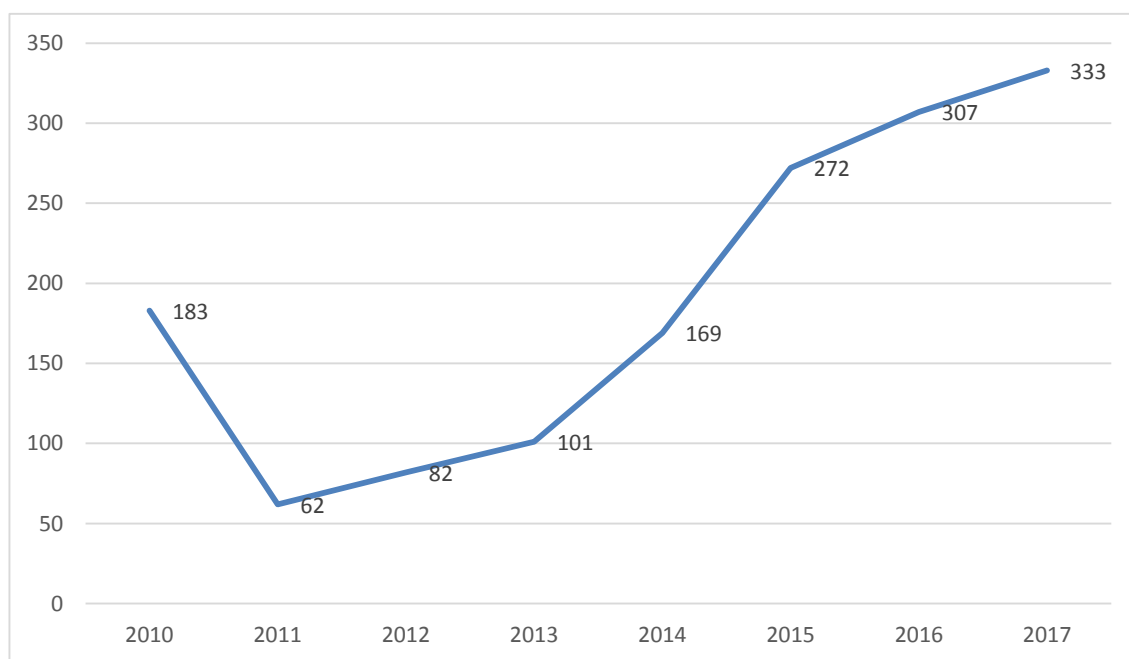
En Colombia, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto 2.591, de 1991, todas las tutelas deben ser enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión y esta tutela que se viene comentando fue seleccionada. La máxima autoridad constitucional colombiana analizó el procedimiento que regula la adopción y encontró que, ciertamente, el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia excluye tácitamente a las parejas homosexuales – que era la tesis de la Defensoría de Familia – pero la Corte conceptuó que esta exclusión vulneraba derechos fundamentales de la menor, y a la vez, la Corte dejó entrever que existía un déficit de protección normativa puesto que, a todas luces, la ley y la Constitución protegen a la pareja heterosexual pero también la Carta Magna protege el derecho a la diversidad dentro de la familia y dejó claro que en este caso no se debatía sobre los derechos de los homosexuales, toda vez que el debate jurídico versaba sobre una temática sustancialmente distinta, como lo es el derecho de la menor a tener una familia ya que *“Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo”* (*Corte Constitucional, 2014*).

El Tribunal Constitucional, falló argumentando que la compañera permanente sí tiene derecho de adoptar en forma complementaria a la hija biológica de su compañera y a ser reconocida legalmente por proceso de adopción mediante sentencia que declare la ficción legal de madre adoptiva y que se debe agotar el trámite respectivo, como lo ordena la ley. Señaló, además, que no se podrá negar dicho trámite con el argumento de la identidad de sexos, así la Corte protegió el derecho a la familia en el marco de la autonomía de la voluntad y los derechos del niño (*Corte Constitucional, 2014*).

Con este precedente, la Corte Constitucional – tal vez sin quererlo – estableció un trato discriminatorio entre los niños hijos de padre o madre homosexual y cuyo compañero o compañera desea adoptar al menor y el resto de los niños en situación de adoptabilidad que no cumplen con estos parámetros. Aún estaba pendiente declarar la constitucionalidad de la adopción conjunta, es decir, aquella solicitada por las parejas homosexuales.

La siguiente figura muestra el número de personas que han adoptado el hijo o los hijos de su cónyuge o compañero parmanente entre los años 2010 y 2017. Aunque la sentencia que posibilitó este tipo de adopción es del año 2014 (la SU 617), el ICBF solo la implementó en el año 2017 y desde entonces y hasta el 14 de septiembre de 2018, se han realizado cinco adopciones de este tipo (*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2018*).

Figura 2 – Número de adopciones complementarias realizadas en Colombia entre 2010 y 2017



Fuente: ICBF, 2018.

### 2.3 Adopción conjunta

Un ciudadano colombiano, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40, numeral 6, 241, 242 y 379 de la Constitución Política, decidió demandar los artículos 64, 66 y 69 del Código de la Infancia y la Adolescencia, así como el artículo 1º de la Ley 54, de 1990. El argumento basilar del demandante era que las normas acusadas no autorizaban la adopción conjunta ni complementaria para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, el accionante fue enfático al señalar el déficit de protección para las parejas homoparentales y la necesidad de que se les

reconocieran su derecho a adoptar, mediante una institución que el accionante denominó *adopción igualitaria* (Corte Constitucional, 2015a).

En el desarrollo de la demanda, se señala que la normativa vigente solo le permite acceder a las parejas heterosexuales al proceso de adopción y, por tanto, impide que las parejas del mismo sexo puedan optar por este proceso. Esta situación desconoce así derechos fundamentales como la vida digna, la igualdad, la prohibición de no discriminación por motivos de orientación sexual, el derecho a conformar una familia y no ser separados de ella y los principios del pluralismo y la diversidad cultural y, para finalizar, el interés superior del menor en situación de adoptabilidad a conformar una familia. Como se puede observar, gran parte de los argumentos del accionante recaen sobre derechos de las parejas homosexuales (Corte Constitucional, 2015a).

La Corte Constitucional en la Sentencia C 071, de 2015 declaró constitucionales los artículos demandados, en el entendido que esas normas también le son aplicables a parejas conformadas por personas del mismo sexo en aquellos casos en los que la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de uno de los compañeros permanentes, es decir confirmó lo antes dicho por la Sentencia SU 617, de 2014, frente a la adopción complementaria o por consentimiento, no obstante, dejó pendiente la discusión sobre la adopción conjunta.

Al poco tiempo de proferida la sentencia que se viene comentando, la Corte Constitucional retomó el asunto de estudio, pues de nuevo varios ciudadanos, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad demandaron los artículos 64, 66 y 68 (parciales) del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el argumento de que vulneraban los derechos de las parejas homoparentales a adoptar frente a las parejas heterosexuales, la demanda reclamaba el derecho fundamental de los niños en situación de adoptabilidad a tener una familia, lo anterior conforme a los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución colombiana.

Así entonces, en la sentencia C 683, de 2015, los demandantes tenían la pretensión de que se declararan inexecutable las normas acusadas porque eran contrarias a derechos fundamentales como la igualdad, y a los derechos de los niños como el de tener una familia, por ejemplo. Argumentaban asimismo que las normas demandadas vulneraban la normativa internacional que protege derechos fundamentales y, por ende, el bloque de constitucionalidad. A juicio de

los accionantes, estas normas generaban un déficit a la hora de hacer efectivos los derechos en mención. En ese orden de ideas, la normativa cuestionada descartaba a las parejas homosexuales que pretendían iniciar un proceso de adopción pues, en definitiva, resultaban tratadas bajo diferentes condiciones que las de las parejas heterosexuales, condiciones claramente excluyentes de la pareja homosexual como grupo familiar idóneo para adoptar; con lo anterior se vulneraban, de paso, los derechos de los niños en situación de adoptabilidad.

La Corte Constitucional analizó la acción en contra de las normas parcialmente acusadas, para ello se basó en la jurisprudencia producida, la evidencia científica y el derecho comparado, con la finalidad de proteger al menor por el déficit de la normativa y de la situación que se genera cuando se niega al niño la opción de crecer en un grupo familiar que lo acompañe en todos sus procesos de crecimiento y formación (*Corte Constitucional, 2015a*).

Acorde con la jurisprudencia comparada, con los conceptos técnicos emitidos por investigadores en el campo de la psicología y con la evidencia científica se concluyó que no hay afectación del interés superior del menor en el caso que este crezca en una familia homoparental, por el contrario, la adopción por parte de parejas homoparentales se ha presentado como una medida de protección del niño y en ese sentido, el ICBF debe realizar un análisis a cada caso concreto y debe valorar la idoneidad de los padres que desean adoptar y su estabilidad socioeconómica. Deja claro la Corte que la adopción no es un derecho, por lo tanto, no hay discriminación de las parejas homosexuales frente a las heterosexuales que pretendan adoptar:

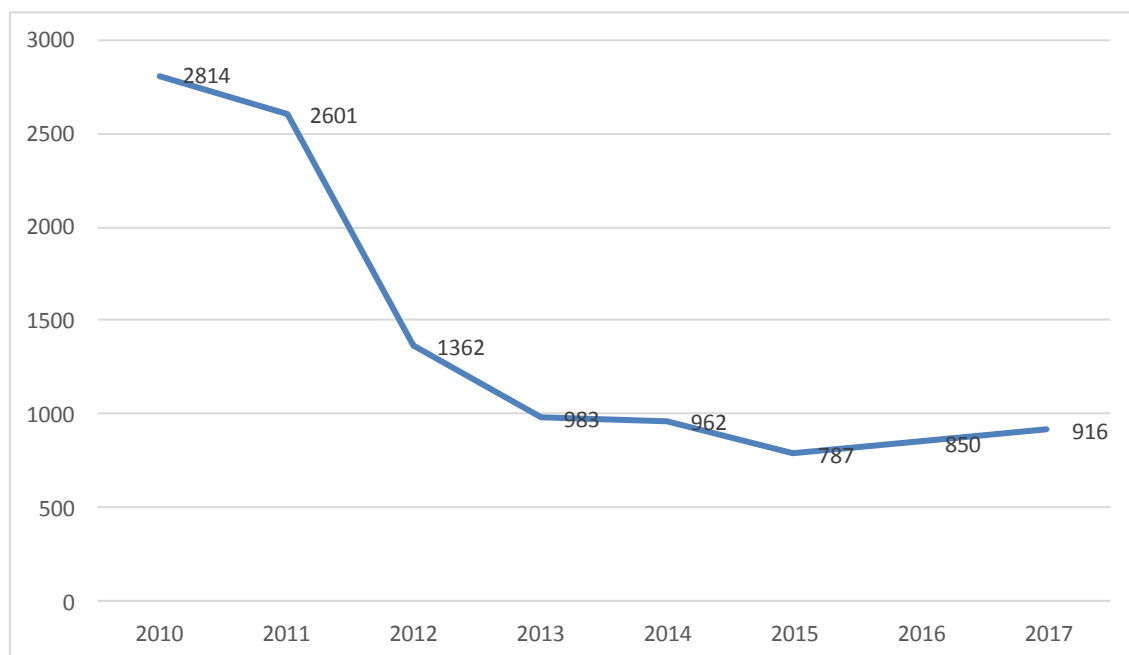
*La adopción no es un derecho del futuro o eventual adoptante, sino una medida de protección en favor de los niños y, en ese sentido, se deduce que de ninguna forma las normas sobre adopción le están negando a las parejas del mismo sexo un derecho que sí se les garantiza a las uniones heterosexuales, en tanto que ese derecho simplemente no existe (Corte Constitucional, 2015b).*

Pero la orientación sexual de una persona no puede ser tenida en cuenta como criterio de exclusión en un proceso de adopción pues, “según la Corte, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional, la orientación sexual de una persona o su sexo no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar”

(*Corte Constitucional*, 2015b). La Sala plena de la Corte Constitucional aprobó esta decisión por seis votos a favor y dos en contra, la ponencia argumenta que, tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, pueden agotar el proceso de adopción conjunta cuando cumplan con los requisitos exigidos por ley.

La siguiente figura muestra el número de personas que han adoptado de manera conjunta entre los años 2010 y 2017 y no eran parejas homoparentales pues no estaba permitida en el país. Desde la Sentencia C 071, de 2015, y su implementación a cargo del ICBF en el año 2017 y hasta el 14 de septiembre del 2018, 5 parejas del mismo sexo han adoptado en Colombia (*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, 2018).

Figura 3 – Número de adopciones conjuntas realizadas en Colombia entre 2010 y 2017



Fuente: ICBF, 2018.

### **3 La adopción no es un proceso que deba ser determinado por la orientación sexual del adoptante sino por su idoneidad**

El artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia exige como requisito para la adopción la idoneidad física, mental, moral y social, esto con el fin de asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia. Podemos definir la idoneidad en los siguientes términos (ROLONG ARIAS, PABÓN GIRALDO, 2018):

*Idoneidad física: se describe como la salud física de los peticionarios, deben tener una buena y permanente relación emocional paternofilial. La salud debe ser buena, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación paterno filial. La debe certificar un médico.*

*Idoneidad mental: es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, la estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al menor, niña o adolescente un desarrollo equilibrado. La idoneidad mental se prueba con entrevistas psicológicas y psiquiátricas y valoración de trabajo social. En el ámbito psicológico existen múltiples métodos para analizar la personalidad y sus variaciones de individuo a individuo, una parte de las cuales tiene como herramienta fundamental un análisis cuantitativo mediante la estadística y técnicas psicométricas. Es importante que el profesional en psicología cuente con unos elementos de verificación adecuados y validados y estandarizados que permitan unos resultados idóneos.*

*Idoneidad moral: está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio o país y es aceptada como norma ética de convivencia, pero no determinada por la preferencia sexual.*

Así pues, el hecho de que las personas con orientación sexual diversa puedan adoptar, no se da porque la adopción sea un derecho del adoptante, sino que existe porque salvaguarda los derechos prevalentes del menor en situación de adoptabilidad, especialmente el derecho a acceder a una familia y, en esa medida, la adopción no puede ser determinada por la orientación sexual del o los adoptantes sino por su idoneidad física, mental y moral. Tener en cuenta esto nos permitirá construir sociedades respetuosas e incluyentes.

## 4 Conclusiones

En Colombia la definición de la familia ha cambiado con los años. Durante mucho tiempo estuvo enmarcada dentro del matrimonio, pero hoy es entendida como un concepto extenso que incluye toda unión signada por lazos de afecto, comunidad de vida y ayuda mutua entre personas que viven bajo un mismo techo. No tienen que estar unidas por el matrimonio, como lo afirman las concepciones tradicionales, puede existir solo la convivencia, no se determina por la orientación sexual de quienes la conforman y las relaciones en las que se sustentan pueden ser vínculos consanguíneos, extramatrimoniales, adoptivos o de crianza, existentes entre padres e hijos, abuelos y nietos, tíos y sobrinos, compañeros permanentes, entre otros.

La Corte Constitucional colombiana en unas primeras decisiones relativas al asunto de este artículo (Sentencia T 290, de 1995, y C 814, de 2001) les negó a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar. Con posterioridad y frente a los cambios sociales ha interpretado de manera sistemática y no gramatical el artículo 42 de la Constitución de 1991 que define la familia y se hizo necesario entonces adaptar una ficción, como lo es la adopción, a esta nueva realidad social y jurídica. El cambio fue posible gracias al Tribunal Constitucional que de manera gradual les reconoció a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar, primero de manera individual o monoparental (Sentencia T 276, de 2012); luego adopción complementaria o por consentimiento, cuando uno de los miembros de la pareja homosexual pretende adoptar el hijo(a) biológico(a) de su compañero(a) (Sentencia SU 617, de 2014, y C 071 de 2015); para concluir con la adopción conjunta, es decir cuando una pareja homosexual, ya sean cónyuges o compañeros permanentes, decide adoptar un menor (C 683, de 2015).

Entre los años 2017 (año de la implementación de la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa por parte del ICBF) y el 14 de septiembre de 2018, solo 11 parejas con esta condición han adoptado en el país, 6 de ellas fueron adopciones conjuntas y 5 complementarias y mientras tanto 9.277 niños y adolescentes, siguen esperando ser adoptados.

En Colombia gracias a la Corte Constitucional quedó claro que la adopción no es un asunto determinado por la orientación sexual de quien adopta, sino por su idoneidad física, mental y moral.



## Referencias

ÁLVAREZ P. A. Constitucionalización del derecho de familia. **Jurídicas CUC**, v. 7, n. 1, p. 27-52, 2011.

ALVENTOSA DEL RÍO, J. **Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español**. Madrid: Gobierno de España, 2008.

ARANGO OLAYA, M. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 79-102, 2006.

CARRILLO, A. Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana. **Revista Academia & Derecho**, v. 13, p. 119-142, 2016.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia de 1886**. Obtenido de funcionpublica.gov.co: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. 1991. Obtenido de secretariassenado.gov.co: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

CONGRESO DE LA República. **Ley 1098 por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia**. Bogotá: Diario Oficial 46.446, de noviembre 8 de 2006.

CONGRESO DE LA República. **Ley 54 por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes**. Bogotá: Diario Oficial 39.615 de diciembre 31 de 1990.

Corte Constitucional. (1995). **Sentencia T 290 de julio 5**. Aclaración de Voto. Gaviria Díaz, C.

Corte Constitucional. (2001). **Sentencia C 814 de agosto 2**.

Corte Constitucional. (2007). **Sentencia C 075 de febrero 7**.

Corte Constitucional. (2008a). **Sentencia C 336 de abril 16**.

Corte Constitucional. (2008b). **Sentencia C 798 de agosto 20**.

Corte Constitucional. (2011). **Sentencia C 577**.

Corte Constitucional. (2012a). **Sentencia C 238 de marzo 22**.

Corte Constitucional. (2012b). **Sentencia T 276 de abril 11**.

Corte Constitucional. (2014). **Sentencia SU 617 de agosto 28**.

Corte Constitucional. (2015a). **C 071 de febrero 18**.

Corte Constitucional. (2015b). **Sentencia C 683 de noviembre 4**.

Corte Constitucional. (2016). **Sentencia SU 214 de abril 28.**

ESTUPIÑÁN VELANDIA, J. (2016). Evolución del concepto de familia bajo el Estado social de derecho. *FU*

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2010). **Resolución 3748 de 2010 por medio de la cual se aprueba el lineamiento técnico administrativo del programa de adopciones y se dictan otras disposiciones.** Bogotá: Diario Oficial 47.850 de octubre 2 de 2010.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. **Infografía de adopciones.** 2018. Obtenido de Icbf.Colombia:

[https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia\\_de\\_programa\\_de\\_adopciones\\_2\\_observaciones\\_finales\\_002\\_2.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia_de_programa_de_adopciones_2_observaciones_finales_002_2.pdf)

KEMELMAJER DE CARLUCCI, R. **El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial.** Bogotá: Ibáñez, 2010.

LÓPEZ MEDINA, D. **Cómo se construyen los derechos.** Bogotá: Legis, 2016.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ariel, 1975.

MENDIETA GONZÁLEZ, D. La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de vigencia en Colombia. **Vniversitas**, v. 120, p. 61-83, 2010.

MENDIETA, D.; TOBÓN, M. La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano. **RECHTD**, v. 10, n. 3, p. 278-289, 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS Naciones Unidas. **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** 1948. Obtenido de un.org: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf).

ORGANIZACIÓN DE LAS Naciones Unidas. **Convención sobre los Derechos del Niño.** 1989. Obtenido de un.org: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

PARRA BENÍTEZ, J. **Derecho de familia.** Bogotá: Temis, 2008.

PRESIDENCIA DE LA República. **Decreto 2591 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.** 1991. Bogotá: Diario Oficial 40.165 de noviembre 19 de 1991.

QUINCHE RAMÍREZ, M. **El derecho judicial de la población LGTB y la familia diversa.** Bogotá: Legis, 2013.

ROLONG ARIAS, K.; PABÓN GIRALDO, L. La adopción por personas del mismo sexo en Colombia una medida para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad. **Revista Academia & Derecho**, n. 16, p. 163-184, 2018.

## América Latina: una reflexión sobre su condición histórica

Alfredo Restrepo Ruiz\*

### Pensar la nacionalidad hispanoamericana

¿Qué es América Latina?, ¿qué tiene en su interior esta palabra?, ¿qué abarca este término?, ¿es una nominación académica o una realidad social integradora?, ¿cuál es su origen y hacia dónde va?

Las respuestas a estas cuestiones abarcan múltiples opciones, diversos puntos de vista y variadas realidades sociales que han hecho las veces de constructores en un largo periodo de edificación.

La historia de América Latina (o de América) articula diversas épocas y dentro de ellas atraviesa variadas fases o momentos con características especiales que han generado diversidad de ideas y prácticas de definición de identidad.

Un punto de partida para comenzar esta definición nos acerca a la idea de un origen común y previo, pero ¿previo a qué? Previo a lo que se denomina el descubrimiento de América y a su conquista y colonización por parte de las potencias imperiales europeas desde finales del siglo XV.

El estudio de la historia ha permitido establecer la existencia de las civilizaciones americanas antes de la llegada de los europeos o de los pueblos originarios como también han sido llamados. Formaron grandes asentamientos distribuidos a lo largo y ancho del continente con la definición de aspectos culturales, sociales, económicos, políticos y normativos diferenciadores a partir de grandes cosmovisiones y de apropiaciones y adaptaciones del territorio que habitaron durante mucho tiempo, ello es, la creación de civilizaciones.

La historia de estas comunidades rememora el larguísimo trasegar dentro del continente y sobretodo la construcción de sus pilares societales en términos de grupos humanos diversos y dinámicos, ello es, la construcción de un mundo,

---

\* Politólogo. Especialista en Estudios Políticos. Magíster en Estudios Urbano-Regionales. Doctorando en Historia. Docente e investigador de tiempo completo del Pregrado de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

de otro mundo diferente al europeo y a su cosmovisión. En otras palabras, el mundo prehispano o preeuropeo.

Sobre la base de su existencia se determina hoy una parte de la vida de la América Latina contemporánea apelando a la idea de identidad original y diferenciadora indicando un deber ser histórico que se rompió tras una profunda intervención externa venida de otro continente. En esta perspectiva, la identidad latina reclama un reconocimiento de lo que se dio antes que fue justamente su descubrimiento y colonización. Así, Latinoamérica dejó de ser exclusivamente nativa para mezclarse también con lo europeo.

Esta visión de la construcción de la identidad latinoamericana apunta a una tendencia radical e histórica, partiendo de una base étnica, cultural y racial. No obstante, su apoyo realista cae paradójicamente porque la introducción lingüística del concepto es una definición europea. América no existía para los nativos, América Latina no existía para las civilizaciones indígenas, ¿cuál pudo haber sido el factor integrador para ellos?, ¿acaso tenían un proyecto de integración continental prehispano?, ¿construyeron elementos de identidad común como pueblos locales antes de la llegada de los europeos?

El descubrimiento de América y su posterior colonización desarrolló la súper posición de los poderes extensivos de los imperios europeos en esa franja de la historia universal. El final del siglo XV representó para ellos la ampliación de sus capacidades a zonas geográficas distintas del mundo hasta entonces desconocidas (en apariencia).

Tras ello, el poder imperial de España, Portugal, Francia, Inglaterra, Holanda y otros más logró ubicarse en el continente descubierto para lograr su apoderamiento, adaptación y transformación. Tras su descubrimiento, el poder transformador europeo se convirtió en un cincel intensivo que moldeó con fuerza, decisión y poderío las cosmovisiones y los espacios geográficos de las nuevas tierras.

Esta lógica permitió su expansión a lo largo de los siglos siguientes al XV, desarrollando así lo que se llamó como colonización. Y fue justamente el establecimiento de las variables civilizatorias europeas de manera constante para forjar una nueva identidad, ello es: religión, lengua, tradiciones, costumbres, valores, creencias, organización política, organización económica, organización social, organización jurídica, organización cultural.

Ello introdujo la idea de un nuevo orden, forjado y logrado conforme las aspiraciones organizacionales de las potencias imperialistas, a sus proyecciones y a sus propósitos territoriales. De este modo se produjo una distribución territorial que fundamentaba el papel geopolítico de los imperios entre sí. Esto no era simplemente un asunto de control territorial sino una expresión de intenciones más extensas, más amplias, más profundas y duraderas sobre el territorio: la idea de forjar un nuevo modelo, un nuevo orden; o tal vez, extender su orden establecido y consolidado en una tierra nueva, es decir, una prolongación de lo existente.

Esta idea moldeó durante siglos las estructuras de los pueblos originarios hasta su transformación y control. Con ello se produjo también la traslación cultural, social y geográfica de los mismos. Al fin y al cabo, las circunstancias demostraron la supremacía de esta visión. John Lynch (1985) afirma que la extensión del poderío español sobre América incluía un vasto territorio, que se extendía desde California en el norte hasta el Cabo de Hornos en el sur y lo que por mucho tiempo se había dado en el sentido de lealtad a la metrópoli desde las colonias, comenzaba a resquebrajarse por las divisiones que se presentaban con mayor fuerza en los comienzos del siglo XIX.

El orden imperial comenzó a desgastarse por múltiples condiciones históricas. De modo que en los comienzos del siglo XIX las colonias del continente americano desarrollaron orientaciones distintas a las establecidas por la dominación y el control europeo. De ello se desprendieron las necesidades de establecer nuevos procesos políticos, sociales, culturales y normativos, es decir, nuevos órdenes. Y tras ello, nuevas identidades.

Lynch sostiene que esta ruptura y luego las independencias se facilitaron porque las colonias comenzaron a tener mayor independencia respecto a la España continental y en esa medida se fue marcando un alejamiento muy pronunciado a una idea previa y era el sentido de reconocimiento como españoles americanos.

Las élites locales, es decir, lo criollos, comenzaron a marcar unas diferencias territoriales muy fuertes, mediadas básicamente por ideas de diferenciación espacial y era justamente el marcar la identidad no como españoles o europeos, sino como americanos y dentro de esa condición de

americanos de locales, es decir, mexicanos, peruanos, brasileros, chilenos, argentinos, colombianos y así sucesivamente.

Paralelo a ello, se fueron generando procesos locales de redistribución de las riquezas en el mundo hispanoamericano, en tanto los criollos comenzaron a forjar una clase social que se distinguía, pensaba y actuaba de los españoles europeos en América.

La relativa autonomía de las colonias americanas respecto a España, permitió que entre estas se aumentaran y fortalecieran los intercambios, lo que generaba la posibilidad de *independizar* la producción económica de las mismas y asegurar que esta se quedara aquí mismo y no en España. Esto sería la base sobre la cual en los años siguientes fuera el soporte económico de las naciones nacientes.

Esta situación tuvo tanta fuerza previa a la independencias, que España formuló una estrategia para mantener su poder colonial en la región a través del mandato de Carlos III. Este emperador logró implementando varias acciones renacer el poder político español e las colonias americanas y no fue sólo aquí, sino que logró recuperar la visibilidad española en Europa, dejando su país en buenas condiciones desde lo político económico, social, productivo.

Parafraseando a Lynch (1985) esto representó una segunda conquista de América y esencialmente sería una conquista burocrática. Es decir, un asunto ya más administrativo y económico que político y territorial.

Surgió entonces la intención del desligamiento, de la ruptura, del corte. Ello fue, la necesidad de la independencia, de las independencias. Las capacidades instaladas que se fueron creando a lo largo de la colonización, permitieron la consolidación de procesos paralelos en las mentes de diversas personas bajo una identidad local y diferenciada que se desligara del dominio imperial, monárquico y dominante de Europa.

Los siglos de dominación fueron forjando también nuevas acciones, opciones e ideas. Ello desembocó en la idea de la América, de las naciones americanas con identidad y tradiciones propias forjadas a partir de la combinación cosmogónica de ambas civilizaciones: la nativa y la europea a lo largo del tiempo, de la conquista, de la colonia, de las luchas, de las resistencias y de las aceptaciones. Y de ello surgió el proyecto de construcción de las nuevas tierras, de los nuevos pueblos y de las nuevas naciones en el continente.

Desde Lynch puede verse cómo los criollos jugaron un papel importante en la formación de la nacionalidad local o en otras palabras, de las nacionalidades latinoamericanas.

Los criollos pertenecían a las diversas élites del continente. En su mayoría eran personas cultas y de amplia formación académica que se habían forjado dentro de corrientes liberales y republicanas y por lo tanto creían en nociones como igualdad, derechos y libertad. Sus ideas tomaban fundamento en obras y acciones de filósofos y pensadores europeos como Locke, Newton, Adam Smith, Descartes, Montesquieu, Voltaire, Diderot, Rousseau, Condillac. Estas ideas apuntaban también a la crítica a las instituciones sociales, políticas y religiosas de la época, esto es, lo que se ha denominado como “La Ilustración”.

Los criollos introdujeron la idea de ser americanos y no españoles y con base en ello generar ideas de identidad local fuertes y diferenciadoras de Europa. De modo que se empezó a pensar en un patriotismo americano localizado que hiciera referencia a los valores, atributos y condiciones de cada nación en el continente resaltado en elementos como la geografía, la literatura, sus pobladores, sus productos comerciales y sus prácticas políticas.

Como se había mencionado anteriormente, la división que de América hicieron los españoles, permitió que en las colonias se produjera esa relativa autonomía. Las divisiones administrativas en Virreinos, Capitanías Generales y Auditorías segregaron de cierta forma el poder sobre el territorio. Con base en ello, los criollos fueron exigiendo a España mayor participación en la administración del territorio y de sus recursos, lo que fue también un germen de diferenciación territorial.

Al momento de estas divisiones administrativas, se fueron fortaleciendo identidades regionales y locales, lo que hizo que las colonias contemplaran sus propios asuntos. Dentro de ellos la idea de administrar los elementos que se desprendían del comercio, la producción, los servicios y la administración como el cobro de impuestos.

Ya con el paso del tiempo y de las circunstancias se fueron presentando hechos como la invasión de Napoleón a España en 1808, seguidas de las constantes crisis en España previas y posteriores a este evento.

Esta organización y diferenciación permitieron el logro de las identidades nacionales en los diversos territorios continentales para consolidar proyectos

políticos específicos. Esto es, la construcción de los países americanos. De este contexto surgieron ideas para gestar la separación definitiva de los imperios europeos creyendo que en el continente ya se tenía la suficiencia para sostener un proceso nacional propio.

Este contexto permitió la fijación de un ideario o de varios de ellos, que estructuraron un cuerpo de tesis libertarias en concordancia con las Justas Causas para desarrollar el camino independista. De este modo comienzan a surgir en el continente grupos de personas que lideraron estos procesos. Ellos partían de diversas clases sociales que desde lo ideológico, lo económico, lo cultural, lo político y demás dimensiones lograron elaborar un proyecto social que identificara la nueva condición y determinara una nueva perspectiva.

De todo ello, se fueron perfilando las orientaciones para estructurar la base social y orgánica del territorio. Ello permitió pensar un esquema ideológico para el gobierno, es decir, una estructura político-jurídica para gobernar; entonces se idea el presidencialismo como forma antepuesta a la monarquía que se soportaba en una manera de democracia en tanto la distribución y la concentración del poder en varias manos. En este contexto se crean estructuras de representación y participación para las diversas clases sociales que habitarían el territorio.

Este modelo suponía la abolición de prácticas tiránicas, represivas y de dominación fundamentada en la desigualdad entre los hombres y en el derecho de gobierno de los más poderosos sobre los débiles. De allí se antepone como nueva orientación estructural la idea de la igualdad, la libertad, la autonomía y la dignidad humana como pilares del orden político.

Se pretendió también fundamentar un sistema económico propio que permitiera aprovechar los recursos existentes en el territorio para favorecer un sistema productivo local y así poder soportar los fenómenos de la oferta y la demanda propios del mercado que anunciaban elementos de un liberalismo básico y de una introducción a formas preindustriales poscoloniales.

Los procesos de independencias se llevaron a cabo de diferentes maneras, debe resaltarse que no fueron iguales en todo el continente, aunque se piense en una suerte de homogeneidad previa por la colonización. Cada territorio ofreció resistencias armadas a las estructuras imperiales de las diferentes potencias. Se produjeron batallas numerosas sostenidas a lo largo del tiempo,



tiempo que en su fase final tomaría hasta dos décadas. Antes de las independencias, se produjeron confrontaciones que fueron controladas por los europeos y que en realidad no tuvieron gran éxito como forma de separación. No obstante, se convirtieron en avisos que iban indicando la gestación de procesos de inconformidad y de diferenciación frente al poder establecido.

En general, las independencias fueron dirigidas por líderes locales nacionalistas que portaban en su cosmovisión los contenidos ideológicos de las grandes revoluciones liberales de la época (por ejemplo la Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789) por lo que en América estas mantuvieron un esquema parecido a ellas. De ahí que las estructuras estatales, territoriales, políticas, jurídicas, administrativas, sociales y de gobierno pos independistas mantuvieran su esencia e inspiración fundacional.

Las independencias gestaron grandes batallas con impactos en la población existente en la época y los territorios, tanto en la nativa, en la europea y la mestiza, evidenciando una disminución notable.

Al cabo del tiempo, los territorios americanos lograron su independencia y comenzaron a estructurar su nueva forma de organización en los diferentes niveles del orden social. No obstante, y posterior a las luchas de liberación, los procesos políticos que comenzaron a surgir en la América independizada retornaron los ciclos de violencia previa, pues la nueva estructura poscolonial favoreció el surgimiento de unas élites locales aferradas al poder y a las formas de gobierno tradicionales y antiguas, es decir, las que fundamentaban el ya derrocado poder imperial.

Ahora bien, la idea de identidad latinoamericana es un proceso de elaboración intelectual, política y social de carácter integral que involucra aspectos de diversos ámbitos.

Mónica Quijada (1998) establece un conjunto de planteamientos para pensar la idea de la identidad latinoamericana – latinoamericanidad –, pero no desde un sentimiento nacionalista político sino desde una arqueología del término.

Ella establece una idea inicial sobre el origen de este nombre. Esta idea, a su juicio, ha representado en el territorio una *tradicción*, por decirlo en ese contexto. Y es básicamente el hecho que asigna que América Latina viene del proceso de expansión imperialista francés en cabeza de Napoleón III hacia 1860

cuando invadía México y ello denotaba un asunto geopolítico de la expansión de los intereses en América de Francia.

Y a partir de ello, este gobierno imperialista introdujo el término latino para diferenciar una parte de América que podría ser afín a Francia, conservando rasgos ancestrales a través de los procesos de occidentalización previos. Es decir, apelar a condiciones históricas y culturales comunes que provenían de la antigua tradición romana como imperio. Así, las naciones americanas recibieron por la colonia los asuntos socioculturales que recibieron, ellos también, en Europa siglos atrás por la dominación del Imperio Romano, entonces pensaron un asunto de similitud articulado en países como España, Portugal y Francia como herederos de aquel legado. Por tanto, la palabra *latino* hacía referencia a ese grupo diferenciador previo y con base en ello, hacer otra distinción que era identificar al otro grupo de naciones americanas, aquellos que no pertenecían a la tradición latina, es decir, los anglosajones o Norteamérica.

Así, los latinos y los anglosajones eran los dos grandes grupos que conformaban el continente americano.

Con el paso del tiempo, las élites locales (los criollos) introdujeron el concepto de raza para diferenciar también a los pobladores del continente. Y ello tenía un fin, era la identificación con respecto a Estados Unidos, pues se determinó que la configuración de este país era muy distinta a la del resto del continente y se proyectó la idea de vincular a Norteamérica con la raíz anglosajona y al resto del continente con la raíz latina. Entonces, era una forma de concebir una disputa entre dos mundos, dos razas, dos culturas.

En América se sintió, con mucha fuerza, el poder de la expansión estadounidense, sobretodo en el centro, ello quiere mostrar las invasiones que este país realizó en México y otros países de la región.

De esto se va a desprender la otra razón que la autora establece como la más indicada para explicar la creación del término *América Latina* y es la oposición y crítica a la expansión estadounidense en el continente.

América Latina es la expresión que separa y diferencia a Norteamérica del resto de los países de la región. En ese sentido, es un término que introdujeron las élites hispanoamericanas para comprender y sobretodo rechazar la agresiva política exterior de Estados Unidos y su expansión invasiva en el continente.

Se sucedieron innumerables confrontaciones internas marcadas por las disputas armadas que pretendían organizar y reorganizar los territorios nacionales. A lo largo del siglo XIX, se produjeron incontables guerras civiles en los distintos países al igual que entre ellos por la obtención o modificación de los territorios. Estas luchas desgastaron bastante las incipientes estructuras organizacionales, creando grandes vacíos y ausencias estatales en los lugares de la nación. También generó el aumento de la ineficacia e ineficiencias estatales en términos de una adecuada administración pública que lograra con tener y satisfacer las necesidades sociales.

A lo largo del siglo XIX, América vivió bajo el legado de un esquema colonial adaptado a nuevas condiciones contextuales, ello es, ideas nuevas en estuches viejos. El transcurso de este siglo le costó la rotación de múltiples disputas y guerras civiles en intentos infructuosos de control y organización territorial. Se mostraba un tránsito de época, de siglo, de ideas, de esquemas y modelos que parecían estancarse por las disputas internas.

El siglo XIX, en Colombia, es un periodo caracterizado por la existencia de varios procesos que fueron conformando el territorio. Empieza por la independencia que se celebra como fiesta nacional el 20 de julio de 1810, con un suceso especial que tiene que es conocido como “el florero de Llorente” y es justamente porque existía una persona llamada José González Llorente (que era un comerciante español vendedor de productos de ornato en la ciudad de Santafé) (Bogotá) y dentro de ellos vendía objetos para adornar los centros de las mesas. Un día un grupo de criollos fue a su almacén a decirle que si le prestaba un florero para adornar una mesa dado que iría a visitarlos un personaje ilustre y requerían darle una buena atención. Ante este recado, Llorente se negó y les dijo que él no les prestaba nada a los criollos y que por el contrario debían comprarlo. Esta respuesta los enfureció, y el grupo de personas enojadas destruyó su almacén y luego salió a la calle a gritar a la multitud lo que él les había dicho, a lo que esta gente se sumó generándose una confrontación con los soldados de la Guardia Real. Este evento se sofocó rápido y en ese momento no pasó a mayores.

Para la historia colombiana este evento es considerado uno de los actos simbólicos más importantes de la independencia, dado que es catalogado como

un acto fundador. Pero no es un acto definitivo, dado que es una sumatoria de eventos que se fueron dando a lo largo de varios años.

En el año de 1781, se produjo un evento que se llama en la historia de Colombia “La Rebelión de los Comuneros”, y fue justamente un levantamiento contra el gobierno español por parte de un sector popular conformado por campesinos y pequeños agricultores de tabaco y algodón ante la subida desproporcionada de los impuestos y del control coercitivo hacia ellos. Comenzó como manifestaciones de protestas, pero, luego, se convirtió en una confrontación armada. Al cabo de un tiempo, el grupo popular fue reducido, y sus principales líderes fueron asesinados por los españoles.

Luego en 1793, se produjo otro evento importante que fue encabezado por un criollo ilustrado de pensamiento liberal que se llamaba Antonio Nariño y fue la traducción al castellano y su promulgación entre las personas de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” uno de los estandartes de la Revolución Francesa. Este evento sembró en gran parte de la población de Colombia – en ese entonces Virreinato de la Nueva Granada – sentimientos libertarios y de rechazo al imperio español y a sus acciones absolutistas que poco a poco se fueron manifestando en choques contra las autoridades españolas.

Antonio Nariño pertenecía a un grupo de criollos ilustrados de la época, que, en varios momentos previos a la independencia, jugaron un papel decisivo porque fueron abonando el terreno para ella. Eran personas de la élite local formados en Europa y cuyas familias eran poseedoras de riquezas. Se instruyeron en la época previa a la Revolución Francesa y en los contextos liberales, burgueses y anti monárquicos de esa época; ideas que luego trajeron a Colombia.

Fueron formados en derecho, Filosofía, Literatura, Geografía, Medicina y Ciencias Naturales generando, a largo plazo, un compendio de conocimientos que se volvieron en bastiones ideológicos y de pensamiento para la independencia y la conformación de la República.

Ellos representaban una forma de construcción de la historia tradicional desde arriba, pues conformaban la élite que se contraponía al poder elitizado de España. En una suerte de juegos de roles, sus influencias fueron tomando cabida en una parte de las otras élites hasta llegar finalmente a las clases subalternas.

Pero inicialmente su propósito era la conformación de una nueva élite reemplazando a la ya existente, es decir, a los españoles. Esto es, una construcción social desde arriba, a partir de las ideas y las cosmovisiones de la burguesía criolla forjada en ideales aprendidos en la Europa de la época.

Después de estos sucesos, para la historia colombiana la independencia se consolida en 1819, como fecha patria el 7 de agosto, conocida como la “Batalla de Boyacá”, que es una de las regiones colombianas más importantes para la consolidación de la separación de España. Después del 20 de julio de 1810, el 7 de agosto de 1819 es la segunda fecha más importante en la celebración de la independencia colombiana.

En esta batalla Simón Bolívar, el principal prócer de la independencia colombiana, lidera con mayor contundencia junto con los demás combatientes las acciones militares que derrotaron, casi por completo, a los españoles, creándoles así la pérdida de su dominio sobre el territorio y la caída del imperio en Colombia.

Simón Bolívar muere en 1830 y con su muerte se genera en el país un ambiente de polarización y desarticulación. Él fue el primer presidente de la nueva república y el líder de la independencia. Su figura carismática representaba la unidad de la naciente nación y la concreción de un proyecto político uniforme.

A partir de 1830, Colombia empieza a marcar otra línea política y es la consolidación de lo creado a partir de la independencia, es decir, la etapa post-colonial. Bolívar era un dirigente cuyas acciones eran valores dentro de un corte conservador, a diferencia del otro prócer nacional llamado Francisco de Paula Santander. Para la historia política de Colombia ambos son considerados como los fundadores de la Nación y del Estado. Santander era considerado de corte liberal.

Con la muerte de Bolívar se producen procesos de sucesión en las líneas de mando y ello va a verse representado en los planteamientos ideológicos posteriores a 1830. Estallarán a lo largo de esta parte del siglo constantes guerras civiles que se extenderán hasta 1905 aproximadamente. Y es que las pugnas entre los grupos políticos que en este momento estaban consolidando el poder político fueron muy encarnadas y radicales básicamente por superponer el modelo bolivariano, el santanderista u otros.

El seguimiento a las ideas de Bolívar y de Santander, comenzaron a crear las líneas ideológicas de lo que más adelante serán los partidos políticos: los liberales y los conservadores.

Durante el siglo XIX, Colombia instauro el republicanismo como forma de ejercicio del poder político en el territorio y con ello se articula el constitucionalismo. Durante este siglo el país adopta numerosas constituciones políticas, jalonadas por los principios ideológicos del grupo o del partido político que gobernara.

Aproximadamente en 1821, el país promulga su primera Carta Magna y de allí hasta 1886 habrá un ciclo inestable y permanente de derogaciones y promulgaciones de constituciones, acompañadas de guerras civiles. Estas se convirtieron en un mecanismo propicio para instalar modelos políticos y económicos refrendados por una constitución, según la ideología dominante.

Los partidos políticos, constituidos técnicamente como tal nacieron en 1848, siendo el Partido Liberal y el Partido Conservador. Ambos venían de tradiciones ideológicas posteriores a la independencia y que se fueron afianzando en torno a ideas y prácticas como la propiedad privada, la riqueza, la universalidad de derechos, el centralismo, el federalismo, el nacionalismo, el regionalismo, la religión, la igualdad, la equidad, el tradicionalismo, el vanguardismo, el localismo, el universalismo, la educación, la alfabetización, la autonomía, el intervencionismo. A su vez, estos fueron heredando las ideas de caudillos y dirigentes ilustres de la época, muchos de ellos salidos del proceso y de las gestas independentistas.

Otro elemento fundamental de esta época es la definición y consolidación del modelo territorial nacional. Esta condición produjo bastantes enfrentamientos, pues eran los partidos políticos en gobierno los que lo imponían. Y este cambió tantas veces debido a que con la llegada al poder de un partido determinado traía su modelo; los liberales eran de corte federalista y los conservadores de corte centralista. Hasta 1886, el país transitó entre federalismo y centralismo constantemente.

La última constitución política del siglo XIX fue la de 1886 y con ella se consolidó de manera definitiva el centralismo como modelo territorial, siendo así Colombia un Estado unitario.

Durante el siglo XIX, en Colombia, surgen y se consolidan modelos políticos y económicos, es el tiempo de la configuración territorial, surgen los partidos políticos y los movimientos sociales, hay incontables guerras civiles por la superposición de un modelo ideológico determinado, surgen instituciones públicas del Estado y el Estado mismo se va modelando como aparato jurídico-político, comienzan a definirse las identidades territoriales y se habla de una identidad nacional, se implementan modelos constitucionales a través de bastantes constituciones políticas, surgen actores sociales de gran importancia como la iglesia católica y su capacidad de influencia y orden colectivo, se van moldeando elementos relativos a las tradiciones y las costumbres de la nación y el país comienza a generar acciones de política exterior al crear vínculos internacionales con otros países y en general insertarse a las dinámicas globales del mundo para la época.

En 1899 se produce una confrontación armada de gran magnitud conocida como “La Guerra de los Mil Días”. Fue una guerra civil entre el Partido Liberal y el Partido Conservador para posicionar el contenido ideológico y el acceso al poder de cada uno de ellos sobre el territorio. Se considera la principal y más sanguinaria confrontación del siglo XIX dado su alcance pues involucró asuntos de supremacía política, económica, ideológica, de definición del modelo territorial del país.

Esta guerra culmina en 1902 con un tratado de paz que facilitaba disminuir la radicalización política de cada partido en el territorio. Una de las consecuencias de la misma, fue la pérdida de Panamá en el año 1903. Panamá era un estado de Colombia pero por diversas razones se separó del país para configurarse como un Estado nacional independiente.

Y así al avanzar el tiempo el comienzo del siglo XX en América mostraba un intento de modernización industrial, económica, política y social. Parecía que las guerras civiles eran cosas del pasado, y la esperanza de un mejor futuro lleno de prosperidad se veía venir.

Este siglo trajo para América la idea del desarrollo y del crecimiento económico, bajo un modelo que se fundamentaba en el capitalismo industrial europeo y en la consolidación de los territorios y de los gobiernos tras la estabilidad poscolonial ya diferenciada bajo la cara de una identidad nacional lograda, gestada, vivida, reconocida, querida y delimitada por los americanos.

En estos primeros años del siglo XX, la influencia europea era aún notoria, tal vez no como una extensión imperialista y colonial, sino como una cierta forma de ayuda y cooperación al desarrollo de los nuevos países. Los sistemas económicos, financieros, productivos e industriales obedecían al esquema clásico europeo; una forma de paralelismo que se negaba a soltar las riendas.

Los esquemas de gobierno y autoridad públicos también seguían las tendencias europeas, por ejemplo, en la creación de partidos políticos y en el surgimiento de líderes, de caudillos o dirigentes que apelaban a las grandes condiciones populistas como forma de organización social y de afecto político. Apelar a las necesidades populares y masivas de los ciudadanos se convirtió en un esquema básico en los territorios americanos.

La implantación de ideas o prácticas propias del socialismo, del liberalismo y de otras corrientes en la Europa de la época fueron una constante en América, favoreciendo el surgimiento de múltiples caudillismos en la región. Dentro de ello, se fue perfilando el surgimiento de una clase media urbana, citadina que iba teniendo acceso a fuentes de bienestar social como la educación, el empleo, la salud, la vivienda, la alimentación y otros más que redundaron en procesos de prosperidad y desarrollo territorial, eso sí, no iguales para todos los países del continente americano. Como forma paralela, las crisis que se fueron presentando en Europa por la época, hicieron del continente americano un destino favorable para la inmigración de europeos, logrando a lo largo del tiempo asentarse en el territorio y crear amalgamas culturales que hasta hoy permanecen.

La identidad americana y de ella la idea de América Latina permite conocer una gran fuente de construcción de su contenido, que ha sido alimentada por las diversas realidades y circunstancias históricas y territoriales propias del continente y de las tendencias globales. En ese sentido, apelar a la idea de Latinoamérica es recurrir a múltiples variables forjadas en épocas, hechos y contextos diversos, heterogéneos y variables.

María Cristina Viano y Gabriela Águila (1999) desarrollan una perspectiva histórica del populismo en América Latina. Ellas afirman que el concepto populismo es un término ambiguo e impreciso, que puede ser significado desde múltiples concepciones.

Para ellas el término llegó a la región a partir de las coyunturas y situaciones políticas, sociales y económicas del mundo hacia 1930, pero más que



una simple aparición lingüística, debido a las condiciones reales de los países latinos para la época, que tuvieron que hacer grandes adaptaciones a sus estructuras tras los grandes problemas que sofocaron al mundo.

Las autoras afirman que el populismo tiene varios ejes estructurales que lo sostienen y son: su carácter ideológico, discursivo, institucional y sus prácticas políticas que se enmarcan en unos determinantes estructurales que le dieron origen en América Latina.

En general, el populismo se fundamenta en la apelación común al pueblo, a las clases sociales y a la relación gobernante-gobernado, encontrado en ellos elementos de crítica, apoyo, recurrencia, defensa o ataque para servir a un ideario político que lleve al logro de objetivos políticos determinados.

El anterior párrafo expresa su contenido y aclara el alcance del término en las siguientes líneas, de modo que el populismo se va definiendo porque reúne estas características o parte de ellas:

- Ideología anti *status quo* o a favor del *status quo*.
- Anti oligarquía, antiliberalismo.
- Planteamientos nacionalistas.
- Industrialismo y apelación al mercado interno; proteccionismo.
- Ideas de redistribución.
- Personalización del Poder Público en un líder que orienta a las masas.
- Sustitución de los partidos políticos por movimientos de masas.
- Apelación al pueblo por encima de las demás clases sociales.
- Incorporación de sectores urbanos y/o rurales a planes, programas, proyectos o políticas.
- Rasgos corporativistas.
- Conciliación entre capital y trabajo.
- Conjurar cambios sociales a través de la manipulación de las clases para la satisfacción de sus necesidades.
- Adherir al pueblo a esquemas sociales corporativistas.
- Gobiernos paternalistas y/o autoritarios.
- Políticas de conciliación o de agresión entre clases liderada por el Estado.
- Defensa o ataque de la propiedad privada.

- Incorporación de las masas a la vida política que desborda los canales tradicionales de participación.

Las autoras afirman que las expresiones populistas llegan a América Latina hacia 1930, cuando se produce la gran crisis del capitalismo a partir de la caída de la economía tras el evento conocido como La Gran Depresión en 1929.

Contextualizan con mayor concentración los gobiernos de Perón en Argentina (1945-1955), de Vargas en Brasil (1930-1954) y de Cárdenas en México (1934-1940) como casos representativos de populismo en la región.

Luego de ello, muestran que el populismo, en América Latina, asume temas del contexto de la época, al orientarse hacia programas económicos de industrialización y de intervencionismo estatal en la política, la economía y lo social. De allí, se desprenderían lo largo del siglo XX políticas intervencionistas y reguladoras. Se destaca en la región los diversos programas de sustitución de importaciones y las diferenciadas políticas de redistribución de bienes y servicios públicos en intentos de igualdad de clases o de conciliación de las mismas.

A partir de 1945, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, comienza a tener fuerza y a ganar terreno el Estado de Bienestar, como un esfuerzo multidimensional para generar la recuperación de los diversos países devastados y de generar, en el mundo, es decir, en otros países, desarrollo económico mediante políticas de asistencia social.

Las autoras afirman con mayor impulso, que los populismos en América Latina toman más fuerza a partir de la provisión estatal a los ciudadanos, es decir, cuando nuestros países vinculan con energía a sus esquemas administrativos los presupuestos del bienestarismo o Estado de Bienestar, prácticas que hasta hoy se sostienen; pero que se han modificado por los procesos de cambio y reducción de los Estados por las reformas liberales, o con mayor precisión, las arremetidas del neoliberalismo.

¿En este contexto, es posible, válido o aceptable afirmar que los populismos son naturales a la práctica política y al ejercicio de cualquier tipo de democracia?, ¿Será que el ejercicio de los derechos que se han desprendido de las diversas coyunturas históricas de la humanidad es populista?, ¿Será que la asistencia social es populista?, ¿Será que el bienestar colectivo es populista?

Las condiciones históricas de América Latina han forjado, a lo largo de mucho tiempo, las diversas realidades que hoy conforman la región. La confluencia de los factores políticos, territoriales, económicos, jurídicos, sociales

y culturales que, desde el tiempo pasado, se han desarrollado han marcado el trasegar de cada país moldeado por sus fuerzas internas en respuesta y unión también a las condiciones externas de las diversas coyunturas internacionales.

La fijación de intereses comunes tanto internos como regionales y su realización posterior determinarán los rumbos que puedan tomar cada país latinoamericano, permitiendo idealmente la superación de las diversas problemáticas que hoy los aquejan y el mantenimiento de su unidad.

### Referencias

- ÁGUILA, B. G.; VIANO, M. C. “¿El cielo protector? Revisando el significado del populismo latinoamericano, En: **Revista Investigaciones Históricas, Época moderna y contemporánea**, Universidad de Valladolid, España, p. 219-237, 1999.
- BETHELL, L. **Historia de América Latina**. América Latina colonial: Europa y América en los siglos XVI, XVII, XVIII. Barcelona, España: Editorial Crítica, 1997.
- BETHELL, L. **Historia de América Latina**: América Latina colonial: economía. Barcelona: Editorial Crítica, España, 1997.
- BETHELL, L. **Historia de América Latina. América Latina colonial**: Europa y América en los siglos XVI, XVII, XVIII. Barcelona: Editorial Crítica, España, 1997.
- BETHELL, L. **Historia de América Latina. América Latina colonial**: población, sociedad y cultura. Barcelona, España: Editorial Crítica, 1997.
- BETHELL, L. **Historia de América Latina**. Política y sociedad desde 1930. Barcelona, España: Editorial Crítica, 1997.
- BETHELL, L. **Historia de América Latina**. Economía y sociedad desde 1930. Editorial Crítica, Barcelona, España, 1997.
- BUSHNELL, D. **Colombia una nación a pesar de sí misma**. Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy. Bogotá, Colombia: Editorial Ariel, 2016.
- DUSSEL, E. **El encubrimiento del otro**. Hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz, Bolivia: Editorial Plural, 1992.
- LYNCH, J. **Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1926**. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1985.
- MELO, J. O. **Historia Mínima de Colombia**. Bogotá, Colombia: Editorial Turner, 2017.
- QUIJADA, M. Sobre el origen y difusión del nombre “América Latina” (o una variación heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad). **Revista de Indias**, v. LVIII, n. 214, p. 595-615, 1998.



**Universidad<sup>®</sup>  
de Medellín**  
Ciencia y Libertad