



**Universidad Nacional
de La Rioja**

**ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS
JOURNAL OF JURIDICAL SCIENCES
SCIENTIAE JURIDICAE DOCTOR**

AÑO 2020, VOLUMEN 1, NÚMERO 2

ISSN2796-9282

**EDICIÓN CAMINO AL 50° ANIVERSARIO DEL HITO
FUNDACIONAL DE UNLAR**

ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA.

Av. Luis M. de la Fuente S/N. Ciudad Universitaria. Ciudad de La Rioja, Provincia La Rioja,
Rep. Argentina. C. P. 5300. Dirección electrónica

Correo electrónico: analesdecienciasjuridicas@unlar.edu.ar.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución – No Comercial– Sin Obra
Derivada 4.0 Internacional <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Journal of Juridical Sciences, Doctorate in Juridical Science, (Scientiae Juridicae Doctor),
National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, Zip Code 5300, 2020,
Vol. 1, N°2, e-ISSN:2796-9282

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA

DR. DANIEL ALBERTO QUIROGA

RECTOR

**DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y
ECONÓMICAS**

LIC. MIRIAM AZCURRA

DECANA

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

DRA. H. C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO

DIRECTORA

DR. DIEGO ROBLEDO

COORDINADOR ACADÉMICO

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

**ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE UNLAR**

DRA. H. C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO

DIRECTORA

DR. DIEGO ROBLEDO

COORDINADOR ACADÉMICO

**EDICIÓN A CARGO DEL
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE UNLAR Y DEL
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE UNLAR**

COLABORACIÓN

EUDELAR

MGTER. TRINIDAD A. GUARDIA

DIRECTORA

DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES UNLAR

AGUSTÍN IRIARTE

DIRECTOR

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2,ISSNy e-ISSN 2796-9282

Journal of JuridicalScience, Doctorateof JuridicalScience, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

COMITÉ ACADÉMICO DE ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROF. DRA. H.C.DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO (UNLAR – UNC, ARGENTINA)

PROF. DRA. H.C. DRA. MARÍA DEL CARMEN CERUTTI (UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, ARGENTINA)

PROF. DRA. MILAGROS OTERO PARGA (UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, ESPAÑA).

PROF.PH.D. DANIEL ERDMAN (UNIVERSIDAD EUCLID, GAMBIA, WMO - ALEMANIA)

PROF. EM. PH.D. JOSEPH FOLGER (UNIVERSIDAD DE TEMPLE, ESTADOS UNIDOS)

PROF. DR. VICENT GIMÉNEZ-CHORNET (UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, ESPAÑA)

PROF. DR. RAÚL GRANILLO OCAMPO (UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO, ARGENTINA)

PROF. DR. MIGUEL GUALANO DE GODOY (UNIVERSIDAD FEDERAL DEL PARANÁ, BRASIL)

PROF. PH.D. MICHAEL HANNAHAN (UNIVERSIDAD DE MASSACHUSSETS, ESTADOS UNIDOS)

PROF. DR. TAKUYAHATTA (UNIVERSIDAD DE KŌBE, JAPÓN)

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

**AGRADECIMIENTO ESPECIAL POR EL ASESORAMIENTO
BIBLIOTECOLÓGICO EN EL PORTAL DE REVISTAS CIENTÍFICAS DE UNLAR**

PROF. JUAN PABLO GOROSTIAGA

**EDICIÓN Y DISEÑO A CARGO DEL
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE UNLAR Y DEL
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE UNLAR**

DR. DIEGO ROBLEDO



Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS

“RESEARCH IN JURIDICAL SCIENCE”

POR DRA. H. C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO

(UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA, ARGENTINA)

El Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Rioja celebra este año con la publicación de los Anales de Ciencias Jurídicas Año 2020, volumen 1, número 2 que se presenta en nuestra vida universitaria como una publicación que integra la celebración 50° aniversario del hito fundacional de la Universidad Nacional de La Rioja.

La Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas, carrera de postgrado que cuenta con el dictamen de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) C.N. N° 11647/2014 y con el reconocimiento de validez del título oficial por parte del Ministerio de Educación de la República Argentina (Resolución N° 1698/2016).

La investigación es uno de los ejes integrales de la vida universitaria que se produce en territorio. Investigar en Ciencias Jurídicas desde La Rioja, Argentina, implica abrir un diálogo de saberes con la comunidad que habitamos y en la que intervenimos en forma local, regional y global. Comprender desde la complejidad a los casos, tópicos, problemas,

fenómenos desde la *questio*, la duda, el análisis y la comprensión reflexiva. Sucede con la Investigación en Ciencias Jurídicas algo semejante a lo que Terencio expresaba en sus versos, “*nada de lo humano me es ajeno*”, y por la misma razón, nada de lo humano nos es ajeno desde las Ciencias Jurídicas.

La epistemología y la metodología de la investigación estudian el qué y el cómo, el producto y el proceso, el conocimiento científico y el proceso de investigación científica.

La epistemología, como enseña Mario Bunge, “*no está por encima ni por debajo de la ciencia: está a la vez en la raíz, en los frutos y en el propio tronco del árbol de la ciencia*”, en otras palabras, la epistemología es “*filosofía de, en, desde, con y para la ciencia*”¹. Con estas cinco proposiciones engloba los sentidos que pretende alcanzar.

El método precisa Friedrich Karl von Savigny permite dirigir el proceso en una dirección, hacia un objetivo. Lo explica a través del siguiente relato:

Si el éxito de los trabajos eruditos no depende solamente del talento – el grado de fuerza espiritual del individuo- y de la aplicación -cierto uso de aquélla-, debe haber un tercer factor del cual dependan en gran medida, esto es, el método, la dirección de dicha fuerza. Cada uno tiene un método, más en pocos ha llegado a ser una conciencia y un sistema. Pero el método es llevado a un sistema por el hecho de que pensamos que una ciencia es acabada conforma a las leyes propias a su naturaleza

¹BUNGE, MARIO, “Filosofar científicamente y encarar la ciencia filosóficamente” en *Letras, Revista de Investigación de la Facultad de Letras y Humanas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 1997, Vol. 68, N°94, p. 76 consultado en <http://revista.letras.unmsm.edu.pe/index.php/le/article/view/1648> (06/06/2020).

o conforme a un ideal de esta. Solo su contemplación nos conducirá a un método correcto².

En las Ciencias Jurídicas, epistemología y metodología de la investigación, se integran en la actitud investigadora. Esta actitud que surge de preguntarse, cuestionar, problematizar, distinguir e integrar, o someterlo al juicio de la razón abre las puertas a pensamientos ya sea analíticos, o hermenéuticos o críticos. A investigar en Ciencias Jurídicas “*provando e riprovando*” (probando y volviendo a probar otra vez) también se aprende desde un saber reflexivo, hermenéutico, valorativo, se hace y se comparte Ciencia con un rostro humano, principios y valores, lo que hace posible resignificar el modo de estar y de intervenir en el mundo.

Las investigaciones que se llevan a cabo en la Carrera del Doctorado en Ciencias Jurídica de UNLaR se canalizan en proyectos de investigación científica, con transferencia de resultados, con vinculación con la comunidad y en territorio a través de proyectos de extensión universitaria, con una ecología de saberes, con participación, compromiso y responsabilidad social universitaria en un aquí y ahora.

Nuestra sociedad abierta y en red, es una sociedad interconectada a través de las Tecnologías de Información y Comunicación. Hoy más que nunca gracias a los acelerados cambios que provocan la necesidad que provoca el escenario de pandemia, la investigación en Ciencias Jurídicas se realiza en entornos digitales. El fórum-debate se comparte en videoconferencias y otros canales de comunicación sincrónica y asincrónica. Y

²SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Metodología jurídica*, Valleta ediciones, Buenos Aires, 2004, p.13.

los resultados de la ciencia abierta pueden compartirse con acceso abierto, público, gratuito e inclusivo.

Existe un derecho humano que ha sido reconocido por la Constitución Nacional de la República Argentina y que tiene toda persona, por el hecho de ser persona, a participar en el progreso científico y en los beneficios que de este progreso resulten como expresan, entre otros, el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y se enriquece con el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de su artículo 14.

La Constitución de la Provincia de La Rioja en su preámbulo establece *“Decididos a promover la creación de una sociedad justa y libre, exenta de toda discriminación por razones de credo, raza, sexo o condición social, abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo”*.

Este derecho a participar en el progreso científico, tecnológico, social y cultural y a gozar de sus beneficios como vemos tiene en nuestro ordenamiento jurídico una base constitucional y convencional en tanto las declaraciones y convenciones enumeradas han sido incorporadas con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Por ello, las diversas líneas estratégicas de investigación se asientan en las necesidades de las personas, los pueblos, sus derechos y su dignidad, más

también en los tiempos que corren, de reformas jurídicas y de la dinámica de las transformaciones de la realidad.

Motiva el deseo de intervenir y producir impacto en la sociedad para construir desde las Ciencias Jurídicas un aporte trascendente en el Estado de Derecho y en afianzar la justicia, construir el bien común y realizar la dignidad de la persona humana.

Desde el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Rioja, procuramos que la investigación en Ciencias Jurídicas tenga por destino la construcción de una sociedad pacífica, justa e inclusiva como establece uno de los Objetivos de Desarrollo Sustentable de la Agenda 2030, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 2015³.

Por ello, agradecemos especialmente equipo de Anales de Ciencias Jurídicas, al comité académico, al comité de árbitros de doble ciego, y al equipo de edición y gestión del portal de revistas científicas de UNLaR.

Dra. H. C. Dra. Rosa A. Avila Paz de Robledo
Directora de Anales de Ciencias Jurídicas
Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas
Doctora Honoris Causae, UNLaR
Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC
Docente Investigadora Categoría 1, Ministerio de Educación de la Nación Argentina

³ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL “Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” A/RES/70/1, 21/10/2015.

ÍNDICE / INDEX

AUTORIDADES (*Authorities*), pp. 1.

EDITORIAL

- “Investigación en Ciencias Jurídicas en Pandemia” (“*Research in Juridical Science at the Pandemic*”) por Prof. Dra. H.C. Dra. Rosa A. Avila Paz de Robledo pp.5-9
- Índice / Index, p. 10-18.
- Normas editoriales (*Editorial policy*), pp. 17-22.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA DE DOCENTES E INVESTIGADORES

- “Amparo colectivo y su necesaria regulación nacional en Argentina” (“*Class action and its necessary national regulation in Argentina*”) por la Prof. Dra. Rosa Avila Paz de Robledo (Argentina), pp. 23-58.

1. Introducción.
2. Procesos colectivos.
3. Class actions norteamericanas.

4. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.
5. Amparos colectivos:
 - 5.1. Caso Halabi y los derechos colectivos.
 - 5.2. El Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos individuales y de incidencia colectiva.
6. Situación actual de los amparos colectivos a nivel nacional.
7. Conclusiones reflexivas.

- **“El derecho humano fundamental al nuevo orden mundial: hacia la realización efectiva de los derechos humanos”** (*“The fundamental human right to a new worldwide order: forward the effective realization of human rights”*) por el Prof. Dr. Jesús E. Caldera Ynfante (Venezuela), pp. 59-137

I. CONTEXTO: PRIMERA GUERRA “BIOLÓGICA” MUNDIAL Y LA “VIRULENCIA” COMO EL SIGNO DE LOS TIEMPOS.

II.- EL NOM ASUMIDO COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

¿Por qué razones atribuirle el rango superior de derecho fundamental?

i.- El NOM tienen relación funcional con la dignidad humana.

ii.- Traducción o concreción del NOM en derecho subjetivo.

iii. Consenso jurídico y dogmático nacional e internacional sobre su relevancia iusfundamental.

iv. La exigibilidad, más que la propia justiciabilidad, como característica de los derechos fundamentales.

¿Cuál es el contenido esencial del derecho fundamental al NOM?

Características jurídicas, dogmáticas y éticas del NOM.

-
- a) *Es un derecho fundamental.*
 - b) *Es norma con rango de ius cogens.*
 - c) *Es un macroderecho o derecho omnicompreensivo.*
 - d) *Está destinado a la promoción y garantía de la dignidad humana y el bien común desde una perspectiva dogmática, ética y humanística.*
 - e) *Es funcional al cuidado de la persona humana y la protección de la vida, en especial, al cuidado de los más frágiles o vulnerables:*
 - f) *Obliga el Estado a que cumpla el deber respetar, proteger y realizar plenamente su goce efectivo como parte de los sistemas de protección de DDHH.*
 - g) *Es inherente a la realización del proyecto de vida de toda persona asumido como derecho humano.*
 - h) *Habilita a la persona humana, como víctima de violaciones a sus derechos humanos a reclamar y obtener del Estado la reparación integral derivada del daño a su proyecto de vida.*

III.- LA BIOCRACIA Y EL PODER POLÍTICO PARA EL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LA VIDA: DEFINICIÓN Y FUNDAMENTOS

Biocracia y Constitucionalismo Humanista.

La Biocracia y El Estado de Derechos Humanos o Estado Humanista de Derecho.

La Biocracia y la Seguridad Humana (SH).

La Biocracia como cambio de era: del tiempo de los derechos a “el tiempo de la `realización efectiva` de los derechos”.

La Biocracia y el tiempo de los deberes humanos.

La Biocracia y la transformación sociocultural:

La Biocracia y la política en un NOM: más y mejor política, más y mejores políticos, más y mejor democracia.

La Biocracia y la biodiversidad, la sostenibilidad, la Bioeconomía o Economía Circular.

IV.- UN NOM, MEDIADO POR LA BIOCRACIA, SUPONE IR DEL *TIEMPO DE VIRULENCIA* AL TIEMPO DE LA *EFECTIVA REALIZACIÓN* DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE UN NUEVO *CONTRATO SOCIAL MUNDIAL O UN GRAN PACTO POR LA HUMANIDAD*.

V.- *MOMENTUM* DE GRANDES PACTOS POR LA HUMANIDAD PARA ASEGURAR EL PROYECTO DE FUTURO DE LA HUMANIDAD.

Relación entre derecho y postpandemia.

Normalidad precaria y futuro inestable:

Respuestas globales a problemas globales.

La urgencia de actuar a tiempo para celebrar los Grandes Pactos en función de la `realización efectiva` de los DDHH.

VI.- DECÁLOGO DE LA ESPERANZA: IDEAS LIMINARES PARA EL CUIDADO DE LA PERSONA Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA.

1.- *Fondo Global de Solidaridad (FGS) y canje de deuda externa por inversión humanitaria.*

2.- *Reconocimiento de la salud como derecho fundamental y que las vacunas -y sus patentes- sean declaradas como bien público universal.*

3.- *El Programa Humanitario de Vacunación Universal.*

4.- *Pacto mundial de sustitución de armamento por protección de la vida, salud y medicamentos.*

5.- *La prevalencia de los derechos humanos sobre el derecho de ciudadanía: el ius personae y la interpretatio pro homine versus el ius civitatis.*

6.- Reconocimiento de la subjetividad o personalidad jurídica internacional de la persona humana.

7.- *Fondo Global para la Democracia Integral.*

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

8.- La comunidad internacional, el sector privado, los medios de comunicación y las redes sociales y su rol en el fomento de la educación para la ciudadanía democrática, la Biocracia y la Democracia Integral.

9.- *La Organización Mundial de la Salud (OMS): Ministerio de Salud Global.*

10.- *Demandas de reparación daños al proyecto de vida valioso.*

Opúsculo: Aferrados a la esperanza

Referencias bibliográficas

- **“Transformación de nuestras prácticas cotidianas. Construcción de un ethos global del cuidado”** (*“Transformation of our everyday practices. Construction of a Global Ethos of Care”*) **por el Prof. Dr. Efrén Danilo Ariza Ruiz (Colombia), pp. 138-160**

INTRODUCCIÓN

EL FENÓMENO DE LA VIDA

LA OPOSICIÓN ENTRE NATURALEZA Y CULTURA

LA MODERNIDAD

ETHOS GLOBAL DEL CUIDADO

TRANSFORMACIÓN DE NUESTRAS PRÁCTICAS COTIDIANAS

CONSUMO RESPONSABLE

BUENAS PRÁCTICAS EN EL HOGAR

BUENAS PRÁCTICAS FRENTE AL PLANETA

A MANERA DE CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFIA

- **“Política de acceso e permanência educação superior no Brasil: o Programa Universidade para todos” en portugués** (*“Políticas públicas de acceso y permanencia en la Educación Superior en Brasil: el Programa Universidade para todos”* *“Public Policy of access and permanence of students in Higher Education: The Programa Universidade para Todos”*) **por el Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta (Brasil) y la Bach. Carolina Braglia Aloise Bertazolli (Brasil), pp. 161-194**

1. INTRODUÇÃO
2. O PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS (PROUNI)
3. A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR
4. A POLÍTICA DE QUALIDADE DA EDUCAÇÃO SUPERIOR
5. ESTRATÉGIAS DA POLÍTICA PARA A PERMANÊNCIA DOS ESTUDANTES
6. CONCLUSÃO
7. REFERÊNCIAS

- **“Medidas autosatisfactivas para eliminar contenido lesivo de derechos personalísimos en redes sociales. Comentario de jurisprudencia”** (*“Autosatisfactive claim to eliminate harmful content in social networks. Comments to Jurisprudence”*) **por la Ab. Yvana Leonarda Alarcón Rearte, pp. 195-213**

- I. EL CASO
- II. DECISION DE LA JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

III. DECISION DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

1. Los planteos de la empresa recurrente.

2. Resolución del Recurso

IV. MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN LAS REDES- DERECHO PERSONALISIMO- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

1. Derecho al honor

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFIA

NORMAS EDITORIALES

(EDITORIAL POLICY)

A) Temática

Las Ciencias Jurídicas abarca el estudio de la Epistemología Jurídica, la Metodología de la Investigación, el Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Procesal, Derecho Penal y Criminología, Derecho Nacional y Transnacional, Derecho Comparado, Derecho Internacional, Derecho de la Integración, Culturas Jurídicas, Deontología, Etiología y Teoría General del Derecho, Discursos Jurídicos y Lenguaje jurídico, Argumentación Jurídica, Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho, Derecho Probatorio, Bioética jurídica, Derecho y Tecnologías, Métodos de Resolución de Conflictos, Enseñanza del Derecho e Investigación Jurídica, así como los estudios interdisciplinarios, transdisciplinarios y multidisciplinarios.

B) Contenido

En cada número se publican resúmenes de distintas investigaciones realizadas en la carrera del Doctorado en Ciencias Jurídicas y producciones científicas escritas del ámbito de las Ciencias Jurídicas.

Anales ofrece varias secciones brindando la oportunidad de publicar trabajos en diversos campos del saber:

- Artículos doctrinales de docentes e investigadores
- Artículos de Tesis
- Comentarios de Legislación y Jurisprudencia
- Reseñas bibliográficas

Anales de Ciencias Jurídicas no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los/as autores.

C) Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

Portada: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias del o de los mismos relativas a la máxima titulación, filiación institucional o lugar de trabajo, correo electrónico; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 200 palabras cada uno; d) Palabras clave (en español y en inglés keywords) con máximo diez expresiones.

Formato: fuente a utilizar en el cuerpo del texto *Arial*, tamaño 12, con interlineado simple y márgenes de 3 centímetros.

El **título** tendrá tamaño 14 con negrita y en el centro.

Debajo del título y en el centro, en fuente tamaño 12 y sin negrita, se indicará **autor/a o autores** y entre paréntesis la filiación institucional.

Los **títulos de los epígrafes** son precedidos de números romanos utilizando fuente *Arial*, mayúscula, negrita. (Ejemplo: I. **INTRODUCCIÓN**). Y los **subepígrafes** usan fuente *Arial*, tamaño 12, en minúscula y negrita, precedidos de número arábigo (Ejemplo: 1. **Principios procesales**). Los subsiguientes subepígrafes aparecerán en *Arial*, tamaño 12, en minúscula y cursiva, precedido de número arábigo sucesivo.

Todas las **abreviaturas** que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice.

En caso de utilizar **tablas y gráficos** deben incluir entre paréntesis y fuente Arial, tamaño 10, la explicación de sus abreviaturas, así como la indicación de la fuente de los datos. Si utiliza más de una, debe numerar las tablas y figuras (ejemplo: Tabla N°1: ...)

Cuando se pongan, las **notas de pie de página** deben indicar:

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en cursiva sin comillas, si es de un título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta cuando se trata de una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en cursiva el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en cursiva el título de la obra conjunta.
- Cuando se trata de una publicación electrónica además debe incluir la dirección de URL y su fecha de consulta.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

El escrito debe presentarse en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias. El envío electrónico se recibe en formato en Word para Windows.

D) Extensión de los originales

Los originales sobre temas específicos se aconseja la cantidad de 15 páginas, tamaño A4, a simple espacio con márgenes de 3 cm. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias.

Cuando sea comentario de legislación o jurisprudencia, debe acompañar la misma en adjunto por correo electrónico debe dirigirse a analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar, así como también debe indicar la fuente de donde ha sido obtenida.

E) Material a presentar

Deberá presentar una nota dirigida a la Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas por, adjuntando:

- Nota dirigida a la Dirección del Doctorado en Ciencias Jurídicas Prof. Dra. H.C.Dra. Rosa Avila Paz de Robledo, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas. Así como también la declaración jurada debe contener la cesión de derechos sobre la obra a Anales de Ciencias Jurídicas del Doctorado en Ciencias Jurídicas de UNLaR autorizando su divulgación por cualquier medio.
- Breve currículum vitae.

Asimismo, debe enviarse por correo electrónico debe dirigirse a analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar con el archivo adjunto del trabajo en

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

cuestión, el *curriculum vitae* breve, y la declaración jurada escaneada con la firma.

Anales de Ciencias Jurídicas del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Rioja tiene por dirección: Av. Luis M. de la Fuente S/N. Ciudad Universitaria. La Rioja - Argentina. Código Postal: 5300. Y por dirección electrónica analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Artículos de Doctrina de Docentes e Investigadores, Investigadoras

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

AMPARO COLECTIVO Y SU NECESARIA REGULACIÓN NACIONAL EN ARGENTINA

CLASS ACTION AND ITS NECESSARY NATIONAL REGULATION IN ARGENTINA

Prof. Dra. H.C. Dra. Rosa A. Ávila Paz de Robledo
(*Universidad Nacional de La Rioja y Universidad Nacional de Córdoba,
Argentina*)

Cómo citar este Artículo:

AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle, "Amparo colectivo y su necesaria regulación nacional en Argentina" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 23-58.

Título: “Amparo colectivo y su necesaria regulación nacional en Argentina”

Resumen:

Este artículo presenta al amparo colectivo como un instituto que ha sido incorporado en la Constitución de la Nación Argentina en la reforma de 1994 y que a la fecha requiere reglamentación legislativa en el marco de los ordenamientos procesales civiles y comerciales.

A los fines de delimitar el estudio, se enfoca en los presupuestos de admisión de los amparos colectivos, en el marco de los procesos colectivos.

En primer lugar, se aborda los procesos colectivos. En segundo

lugar, se trata a las “classactions” norteamericanas. En tercer lugar, se aborda el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. En cuarto lugar, se tratan los amparos colectivos en clave del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional con la reforma constitucional de 1994, del precedente “Halabi”, del Código Civil y Comercial de la Nación y la situación actual de los amparos colectivos y, finalmente, nuestras conclusiones reflexivas.

Palabras clave: Amparo colectivo; Class Actions; Procesos colectivos; Litigación de conflictos colectivos; Derecho Procesal; Argentina

Title: “Class action and its necessary national regulation in Argentina”

Abstract:

This article about collective actions as an institute that was expressly included in the Constitution of Republic Argentina in the constitutional reform of 1994 and still requires regulation in civil and commercial procedural codes as legal frameworks.

The analysis focus on requisites of admission of collective actions as collective procedures. First, presents the rules of collective procedures. In second place, the study of the rules of class actions in the United States.

Thirdly, the rules of collective actions in the Ibero-American Model Rules for Collective Process. Then focus on the collective procedures incorporated in the 23rd article of the Constitution of Republic Argentina, the precedent of the Supreme Court of Justice case “Halabi”, the Civil and Commercial Code of the Republic Argentina and the current situation of collective actions and litigation of collective conflicts. Finally, present reflexive conclusions.

Key words: Collective Actions; Class Actions; Collective Procedures; Litigation of collective conflicts; Procedural Law; Argentina

How to quote this article:

AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angelica del Valle, “Class action and its necessary national regulation in Argentina”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp.23-58.

AMPARO COLECTIVO Y SU NECESARIA REGULACION NACIONAL EN ARGENTINA

Por Prof. Dra. Rosa A. Ávila Paz de Robledo*

1. Introducción

El instituto del amparo colectivo se encuentra consagrado en forma expresa a partir de la reforma de 1994 en la Constitución de la Nación Argentina (en adelante CN), y a pesar del tiempo transcurrido aún no se ha llevado a cabo su reglamentación legislativa en el marco de los ordenamientos procesales civiles y comerciales nacional y local.

Dado que este tema es muy vasto, en el presente trabajo se abordan los presupuestos de admisión de los amparos colectivos, en el marco de los procesos colectivos.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba-U.N.C. Doctora Honoris Causae, Universidad Nacional de La Rioja-UNLaR. Docente Investigadora U.N.C. Categoría 1-Ministerio de Educación de la Nación. Profesora Titular de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Civil y Comercial y del Posgrado de la Facultad de Derecho U.N.C. Profesora Titular regular, Directora del Instituto de Derecho Procesal, Directora de la Maestría en Derecho Procesal y Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Rioja. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Par Evaluadora de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, C.O.N.E.A.U. E-mails: ravila@unlar.edu.ar y rosaavilapaz@gmail.com

En su consecuencia, se desarrollan, en primer lugar, los procesos colectivos; en segundo lugar, se trata a las “*classactions*” norteamericanas; en tercer lugar, se aborda el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica; en cuarto lugar, se tratan los amparos colectivos en clave del artículo 43 2° párrafo de la CN con la reforma constitucional de 1994, del precedente “Halabi”, del Código Civil y Comercial de la Nación y la situación actual de los amparos colectivos y, finalmente, nuestras conclusiones reflexivas.

2. Procesos colectivos

El Derecho Procesal clásico se sustenta en el proceso romano clásico, el cual al recibir los aportes germánicos y cristianos de la Edad Media se transforma en el proceso que puede llamarse común. El dato interesante que se pondera es que el proceso común sirvió de fuente para la legislación procesal civil iberoamericana y, en particular, para el ordenamiento procesal en Argentina (vgr. Juan demanda a Pedro a través de un proceso de conocimiento ordinario, etc.). Mas esta tutela procesal de corte individualista resultó insuficiente, de ahí que el Derecho Procesal tuvo que hacer un giro hacia una postura social¹ de un Estado Solidario a los fines de poder brindar una tutela judicial efectiva y eficiente a estos derechos de la tercera generación, que se asientan en la solidaridad², como son el medio ambiente, el derecho de los consumidores y usuarios (artículos 41 y 42 receptados en la CN con reforma de 1994), a la competencia y a los derechos de

¹RÖHL, KLAUS F. “Procedural Justice: Introduction and Overview” Klaus F. Röhl and Stefan Machura (editors) *Procedural Justice*, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Great Britain, 1997, p. 8.

²UCÍN, MARÍA CARLOTA, *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 95 y ss.

incidencia colectiva, con la tutela expedita y rápida del amparo (artículo 43,2° párrafo, receptado en la CN con reforma de 1994). Y, para ello, tuvo que recurrir a los valiosos aportes del Derecho Procesal Constitucional y del Derecho Público Provincial y al plexo legislativo nacional ambiental y de los derechos del consumidor y del usuario. Entre otros antecedentes, se destaca que fueron las primeras en tutelar estos derechos de la tercera generación algunas Constituciones provinciales³ de Argentina.

Otro aspecto a resaltar son las diferentes denominaciones legislativas, como ocurre en Uruguay, cuyo Código General del Proceso los denomina legislativamente intereses difusos⁴. En cambio, en Argentina⁵ se encuentran consagrados constitucionalmente los amparos colectivos cuyos objetos son los derechos difusos (derechos del medio ambiente, de los usuarios y consumidores)⁶ y los derechos de incidencia colectiva (un sector de la población que profesa la misma religión)⁷ y los que se correspondan con los derechos humanos acorde a los tratados que tienen jerarquía constitucional acorde el art. 75 inc. 22 de la CN con la reforma constitucional de 1994. Ello no se replica a nivel provincial, a modo de ejemplo se señala que la Constitución de la Provincia de Córdoba los consagra

³ La Constitución de San Juan que entró en vigor el 1/05/1986 le otorga en el art. 58 la tutela constitucional al medio ambiente y a la calidad de vida.

⁴ Uruguay, Ley 15.982 publicado el 14/11/1988 y sus modificatorias con sus modificatorias, Código General del Proceso, arts. 42 y 220.

⁵ Argentina, Constitución Nacional con la reforma constitucional de 1994, art. 43 2° párrafo.

⁶ Los procesos colectivos de derechos difusos son aquellos en los cuales existe un interés general de toda la comunidad (Ver, AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, "Las partes y la intervención de terceros" en *Manual de Teoría General del Proceso*, Advocatus, mayo 2006, tomo II, 23).

⁷ Los procesos colectivos de derechos con incidencia colectiva son aquellos en los cuales existe el interés sólo de un sector determinado. Ver, AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, "Las partes y la intervención de terceros en *Manual de Teoría General del Proceso*", Advocatus, Córdoba, mayo 2006, tomo II, 23.

como la *“Protección de los intereses difusos”*⁸, en cambio en la Constitución de la Provincia de la Rioja los tutela como *“Derecho de los usuarios y de los consumidores”* y como la *“Protección del medio ambiente”*⁹.

Lo cierto es que los derechos colectivos, que son los que suscitan los conflictos colectivos, presentan una amplia gama. En este sentido, Salgado clasifica a los derechos colectivos atendiendo a la doble variable de su naturaleza originaria o accidental, como así también de la divisibilidad o indivisibilidad de la pretensión.

1) *Derechos naturalmente colectivos*, que los nominados derechos difusos o colectivos de carácter indivisible son aquellos que se identifican a través de un objeto indivisible de un número indeterminado de sujetos y *“cuyo uso, goce y disposición corresponde a todos ellos en forma conjunta, sin que alguno pueda excluir a los demás o apropiarse del bien comunitario”*.

2) *Derechos accidentalmente colectivos*, que lo denomina derechos individuales homogéneos que son aquellos que tienen su origen en derechos subjetivos, los cuales aun cuando son divisibles, resulta adecuado que su ejercicio se efectúe como un derecho colectivo. En efecto, aun cuando *“el uso y goce y disposición de los derechos es exclusivo de su titular en el ámbito individual, cuando se constituyen como pretensión colectiva tampoco puede identificarse a un sujeto que excluya a los otros de la disposición de la prerrogativa colectiva”*.

⁸ Constitución de la Provincia de Córdoba, sancionada con fecha 14/09/2001, art. 53, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba.

⁹ Constitución de la Provincia de La Rioja (B.O. 20/05/2008), arts. 51 y 68 y concordantes, consultada en el Sistema Argentino de Información Jurídica, cita online Id SAIJ: LPF1000000.

3) *Pretensión enfocada en la cuestión común*, son aquellos en los cuales un mismo hecho origina una pretensión de base indivisible (vgr. reclamo de recomposición del medio ambiente) y una pretensión de base divisible (vgr. el reclamo de cada uno de los afectados por los daños sufridos en forma individual)¹⁰.

En consecuencia, se destaque que los conflictos colectivos que recaen en los derechos colectivos constituyen el objeto de los procesos colectivos, con la particularidad de que dicho objeto no es único y exclusivo, sino que muy por el contrario puede recaer en varios objetos distintos. Al respecto, Rojas apunta que el proceso colectivo consiste en un *“sistema a través del cual la jurisdicción, observando los procedimientos que la ley establezca, propende a la actuación de la voluntad de la ley sustancial, mediante un pronunciamiento que dirime un determinado conflicto”*. Con agudeza pone el acento que no sería adecuado que se efectúe la remisión a las normas de los ordenamientos procesales civiles, porque ello afectaría el desarrollo de los procesos colectivos¹¹.

En efecto, los códigos procesales legislan diferentes clases de procedimientos (vgr. procesos de conocimiento generales como son los procesos ordinario y sumarísimos etc.) para aplicarlos a los procesos judiciales clásicos, mas todavía no se regulan los procesos colectivos a través de las necesarias reformas procesales.

¹⁰ Cfr. SALGADO, JOSÉ MARÍA, “El amparo colectivo”, en Enrique M. Falcón (Director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, T°II, pp. 225-226.

¹¹ ROJAS, JORGE, “El amparo y el proceso colectivo”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, Año 2011, N° 2 *Procesos Colectivos*, pp.110-111.

Aquí, en este punto, es importante destacar las marcadas diferencias que existen entre los procesos judiciales civiles clásicos y los procesos colectivos.

Por un lado, en los procesos judiciales civiles clásicos, se verifica en torno a los sujetos necesarios, que son las partes: parte actora y parte demandada, quienes en base al principio de igualdad tienen una igualdad de oportunidades procesales de acuerdo a sus respectivos roles (vgr. la parte actora ejerce la garantía de defensa en la faz activa, en cambio que la parte demandada ejerce la faz pasiva de garantía de defensa), frente a un tercero independiente e imparcial que es el juez o jueza. A su vez, el debate recae sobre un derecho exclusivo de la parte actora y también de la parte demandada, sólo en el supuesto que deduzca sus defensas (vgr. oponga excepciones dilatorias y/o perentorias).

Por otro lado, los procesos colectivos se caracterizan porque la parte actora se encuentra indeterminada (vgr. la actora es la comunidad), por lo que no puede actuar por sí, sino que a los fines de poder intervenir en el proceso judicial requiere tener “una representación adecuada”, lo cual pone de relieve al importante eje de la legitimación colectiva y de su propia especificidad. En otras palabras, de esta legitimación extraordinaria que “admite la posibilidad de tutelar los derechos en nombre de otros”¹², a través de la representatividad adecuada.

¹²AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE; ROBLEDO, MIGUEL, “La protección de los intereses colectivo. difusos e individuales homogéneos en Argentina” en *Lex Revista de Práctica Forense*, Centro de Altos Estudios Jurídicos, Arequipa, Perú, junio 2009, Año 1 N°1, p. 99.

A su vez, con respecto al otro eje esencial de la cosa juzgada colectiva, recuerda Gidi que la sentencia colectiva “*debe tener efectos obligatorios ultrapartes (más allá de las partes)*”. Ello es así toda vez que en el proceso colectivo la cosa juzgada no puede alcanzar solo a las partes presentes en el proceso colectivo, porque de ser así se fulmina al proceso colectivo. Puntualmente, se señala que la cosa juzgada colectiva es *erga omnes* y alcanza a los miembros presentes y a los ausentes acorde a distintas técnicas. A modo de ejemplo, refiriéndose a la técnica *OptOut*¹³, Gidi sostiene “*que la cosa juzgada vincularía a todos los miembros del grupo, pero no operando en el caso de que un legitimado colectivo presentara nuevos elementos probatorios o comprobara una inadecuada representación de los derechos e intereses del grupo de que se trate en el procedimiento anterior*”¹⁴.

A su vez, como contracara se apunta que la otra técnica del *Opt In* implica que cada sujeto del grupo o de la clase debe manifestar su voluntad de integrar el grupo o la clase a los fines que la cosa juzgada colectiva lo alcance.

En sintonía, Falcón sistematiza las diversas categorías y alcances que presenta la cosa juzgada colectiva en estos términos:

- a) La cosa juzgada es *erga omnes* y a su vez favorece a favor o sea en contra, hace cosa juzgada para todas las personas de la categoría, con inclusión de los ausentes;

¹³ En Argentina, la técnica del *OptOut* se aplica a todos los sujetos de la grupo o de la clase, salvo que manifiesten expresamente se quieren excluir. A modo de ejemplo se señala el art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.

¹⁴ GIDI, ANTONIO, “Amicus Curiae presentado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): *Opt in vs. OptOut, Cosa Juzgada, Notificación, Ejecución de la Condena, Gastos y Costas*” en *Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol.1, N°1, pp.86-87.*

b) La cosa juzgada es *erga omnes* y si es positiva, también conocida como “cosa juzgada según el resultado del litigio” (*secundum eventum litis* o *one-way preclusión*), “beneficia a todos los miembros del grupo en tanto la pretensión sea acogida en la sentencia, pero difiere la misma si la sentencia es rechazada”. Lo cual da lugar a estas dos opciones: 1) Si la sentencia es denegatoria por “falta o insuficiencia de prueba”, cualquier legitimado puede entablar otra acción con igual fundamento, pero acompañando una nueva prueba¹⁵. 2) Si el rechazo no se funda en las pruebas insuficientes, más si aparecen nuevas pruebas producto de los avances científicos (vgr. ADN), entonces en ese supuesto cabe que se limite el tiempo en el cual pueden hacerse valer las mismas, porque si no hubiera un plazo ello tornaría inacabable a los procesos¹⁶.

En síntesis, los efectos expansivos de la sentencia colectiva alcanzan a todos los que han demandado por un bien colectivo determinado a quienes integran la clase y han demandado derechos individuales homogéneos en los aspectos comunes e indivisibles¹⁷.

¹⁵ Esta solución la propicia el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que en el art. 33 en el Par 1° fija “el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso”, disponible en sitio https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/12/codigo_modelo_de_procesos_colectivos_para_iberamerica_texto-definitivo.pdf (consulta 29/08/2020).

¹⁶ Cfr. FALCÓN, ENRIQUE M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe tomo VI Procesos voluntarios, especiales (de conocimiento y de ejecución) y colectivos, año 2007, p.1001.

¹⁷ El Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba por Acuerdo Reglamentario N°1499 de fecha 06/06/2018 respecto a los procesos colectivos dispone: a) Instituye en el SAC el Registro Informático para la Registración Digital y Única de los Procesos Colectivos. b) Aprueba la

Asimismo, se destaca que los procesos colectivos recaen bienes difusos, colectivos y derechos individuales homogéneos.

La situación actual en Argentina es que los procesos colectivos no se encuentran regulados en una ley específica, en cambio sí se encuentran consagrados constitucionalmente los “amparos colectivos” (art. 43 2º párrafo CN con la reforma constitucional de 1994) y se advierten determinadas disposiciones legislativas sobre derechos vinculados los consumidores y usuarios (Ley 24.240) y medio ambiental (Ley 25.675), al igual que determinadas Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (vgr. Acordadas 32/04 y 12/16), tal como se profundiza en los párrafos que siguen.

Por último, haciendo foco en los procesos colectivos se sostiene que los mismos por su especificidad deben ser incluidos en las reformas procesales.

3. Class actions norteamericanas

Avila Paz¹⁸ refiere que el Profesor de la New York University Samuel Issacharoff, sostiene que la concepción tradicional del common law parte de la

planilla de incorporación de datos para procesos colectivos (Anexo I) y c) Aprueba las “Reglas Mínimas para la Registración, Certificación y Tramitación de Procesos Colectivos” (Anexo II).

¹⁸ AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, “*Acciones de Clase en el Civil Law y Common Law desde la perspectiva del Principio de Buena Fe Procesal*” en Revista de la

premisa acerca de la bipolaridad de los conflictos, en los cuales todo sujeto con un interés legal será “parte” en el proceso respectivo¹⁹.

En este sentido, en el sistema del common law se resalta el sistema de las “*class actions*” norteamericanas, caracterizadas según el Black’s Law Dictionary, como aquellas por la cual se autoriza a que una persona o grupo de personas representen los intereses de un grupo más extenso²⁰.

Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Nueva Serie-II, Vol. VII, N°1, Nueva Serie II, 2016, pp.76-77.

¹⁹ Al respecto, Issacharoff señala: “*Perhaps no area of procedural law marks the boundary between the common law of old and the modern era as clearly as the concept of parties to the litigation. The common law assumed a world of bipolar disputes in which all individuals with a legal interest in a proceeding would themselves be parties to the litigation. A dispute over a wandering cow, to return to a recurring hypothetical, would presumably involve the two neighbors claiming an ownership interest in the cherished bovine. The common law presumption was that the rights and remedies –and hence the interest- would be limited to the two parties to the dispute, and that they would control all facets of the case (...)* “*The common law conception of parties flowed directly from the limited, bipolar conception of dispute resolution. Not only were third – party effects not considered in the framing of a legal action, but a case could only be brought by a person with legal title to the right being asserted*” (ISSACHAROFF, Samuel, *Civil Procedure*, Second Edition, Foundation Press, New York, 2009, p. 63).

²⁰ En el Common Law define a las class actions con este alcance: “*A lawsuit in which the court authorizes a single person or a small group of people to represent the interests of a larger group; specif., a lawsuit in which the convenience either of the public or of the interested parties requires that the case be settled through litigation by or against only a part of the group of similarly situated persons and in which a person whose interests are or may be affected does not have an opportunity to protect his or her interests by appearing personally or through a personally selected representative, or through a person specially selected representative, or through a person specially appointed to act as a trustee or guardian...*” (GARNER, BRYAN A. (editor in chief) *Black’s Law Dictionary*, 8th edition, Thomson West, 2004, p. 267).

Por su parte, también son concebidas como aquellas ejercitadas “...by or against a representative (or multiple representatives) on behalf a group. If it’s done correctly, the group is bound by the result of the litigation”²¹.

Es así como su correspondiente marco normativo se encuentra integrado, por la “Federal Rules 23” (1938), y la “Class Action Fairness Act” (2005).

En esta perspectiva, se destacan algunos de los prerequisites exigidos para la certificación de la clase:

Rule 23 Class Actions. (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative on behalf of all members only if:

- 1) *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*
- 2) *there are questions of law or fact common to the class;*
- 3) *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*
- 4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class*²²

²¹FREER, RICHARD D., *Civil Procedure*, second edition, Aspen Publishers, New York, 2006, p. 720. Versión en castellano: Aquellas ejercitadas por o contra el representante (o multi representante) de un grupo, la cual, en caso de ser realizada correctamente, el resultado alcanza al grupo (Traducción personal).

²²CLERMONT, KEVIN M. (Comp.), *The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts*, Thomson Reuters / Foundation Press, New York, 2010, p. 392.

En consecuencia, al decir del profesor norteamericano Issacharoff, los prerequisites de la Rule 23, se dirigen a determinar si existe un fundamento para tramitar el conflicto por vía de un mecanismo extraordinario, como es la acción de clase, y si de este modo se obtendrá una solución más eficiente²³.

En sintonía, se destaca que en los Estados Unidos de Norteamérica la acción colectiva tiene un gran desarrollo enraizada en la “*classaction*”, en el marco de la cultura anglo americana.

4. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El Código Modelo de Procesos Colectivos, redactado en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y, fue aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004.

Como punto de partida, se analiza su artículo 1°, que define las distintas categorías de derechos e intereses:

Art. 1° *Ámbito de aplicación de la acción colectiva.* La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

²³El Profesor Issacharoff, sostiene “*Rule 23 (a) imposes four preliminary requirements on all class actions. These requirements are referred to in short form as: (1) numerosity, (2) commonality, (3) typicality, and (4) adequacy of representation. There is a logical consistency to these requirements. First, they ask whether there is any justification for treating the case through the extraordinary mechanism of representative litigation. Second these prerequisites attempt to ensure that the aims of efficient resolution will be advanced by collective treatment (...) In other words, does the case really appear to be controlled by a common core that will resolve all or much of the dispute not only for the named class representative, but for all class member*” (ISSACHAROFF, SAMUEL, *Civil Procedure*, Foundation Press, New York, 2009, p. 81).

-
- I. Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;
 - II- Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

Se infiere de la normativa proyectada estas dos categorías: I) Intereses o derechos difusos y II) intereses o derechos individuales homogéneos con las precisiones de sus respectivos alcances.

A su vez, a los fines de poder brindar una tutela procesal eficaz a las distintas categorías de derechos e intereses colectivos, se perfilan los “procesos colectivos”²⁴.

En este sentido, Landoni Sosa conceptualiza a los procesos colectivos como *“aquel instrumento en el que se hace valer pretensiones de tutela, relativas a: I) intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clases de personas ligadas por circunstancias de hecho (difusos en estricto sentido) o*

²⁴ AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, “El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente. Algunas propuestas para una armonización en MERCOSUR”, en *Anuario XI, 2008*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, La Ley S.A. Buenos Aires, 2009, pp.219-220.

vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base (los denominados colectivos); II) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos el conjunto de derechos subjetivos individuales homogéneos, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”²⁵.

En suma, los procesos colectivos son la vía procesal a través de los cuales se realizan a los diferentes derechos colectivos.

Continuando con el análisis de los requisitos de la demanda colectiva se hace foco en la “adecuada representatividad” del legitimado (art. 2° punto I), respecto de la cual puntualmente se establece que:

“En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como: a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b. sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c. su conducta en otros procesos colectivos; d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase. (art. 2 punto II, 2° párr.).

²⁵ LANDONI SOSA, ÁNGEL, “La cosa juzgada como garantía de la seguridad jurídica” en *III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2006, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal*, impreso en Colombia 2006, p.236.

Esta norma proyectada es muy completa porque causa el análisis que debe realizar el juez, en torno a la - representación adecuada- de quien actúa y participa en juicio en defensa del grupo o de la clase.

Por último, la demanda colectiva también debe cumplir con el otro requisito del art. 2 punto 1 que impone se fije:

“II- la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Par. 1o . Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”.

De esta manera se asegura que se concentre el debate de las cuestiones comunes, a través, de la tutela colectiva en el marco del debido proceso legal colectivo, en razón que el grupo ausente cuenta con la representatividad adecuada y que también por la técnica del OptOut puede pedir su exclusión del grupo o de la clase.

5. Amparos colectivos en Argentina

5.1. Planteo general

Recuerda Falcón que en Argentina es un error establecer al amparo colectivo como modelo del proceso colectivo. Puntualmente, ello deviene de la Reforma Constitucional de 1994, que consagra constitucionalmente al nuevo instituto del amparo colectivo (art. 43 2º párrafo CN). Agrega que, en Argentina, como ocurre en cualquier otro país, se debe atender que el *“proceso colectivo es un proceso complejo y ciertamente tendrá que tener una vía básica de resolución: proceso de conocimiento amplio”*. Inclusive a esta vía ordinaria corresponde que se le asigne con carácter eventual y para la solución de casos particulares, la tutela judicial del amparo colectivo, en el cual el juez podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (art. 43 CN con la reforma de 1994). A su vez, esto supone que los trámites de los procesos colectivos en sí, en cuanto a los requisitos y los plazos, son distintos, respecto a los del amparo²⁶.

En esta perspectiva, Gozáini postula que *“la acción colectiva aunque tiene aceptación legal (y constitucional) no recibe el tratamiento constitucional que corresponde a los llamados procesos colectivos, provocando adaptaciones inadecuadas de los procesos civiles que, como tales, conservan principios y presupuestos que no tienen cabida en los conflictos globales”*²⁷.

Ahora bien, haciendo foco en la normativa de la reforma constitucional de 1994 se pondera la recepción de los derechos de incidencia colectiva en los arts. 41 (medio ambiente), 42 (consumidor), y correlativamente el amparo colectivo en el art. 43 2do. párrafo. A su vez, ello se afianza con la institución del Defensor del Pueblo (art. 86), con la expresa atribución de la legitimación procesal para que

²⁶FALCÓN, ENRIQUE M., *Tratado de Derecho Procesal Civil ob. cit.* pp.974-975.

²⁷GOZÁINI, OSVALDO ALFREDO, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 27 de febrero de 2006, p. 276.

ejercite la defensa, entre otros, de los derechos de incidencia colectiva, además, con el reconocimiento de la legitimación al afectado y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley (art. 43)²⁸. Esto, se refuerza con los tratados y convenciones internacionales (a modo de ejemplo art. 8, 25 y concordantes del Pacto de San José de Costa Rica). En otras palabras, todo ello constituye el bloque de constitucionalidad federal que los tribunales vienen aplicando - *principalmente en el amparo colectivo* - con el propósito de garantizarla plena vigencia de las garantías del debido proceso legal y de la defensa en juicio (art. 18 CN).

No obstante, desde la perspectiva personal se advierte una inseguridad jurídica como consecuencia que la falta de una ley nacional del amparo en general y del amparo colectivo, como legislación complementaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ha dado lugar a interpretaciones judiciales con distintos alcances.

En apoyo, el ilustre jurista Berizoncenseñala que: *“De la aplicación directa y en ciertos aspectos dinámica y funcional que de dichos preceptos constitucionales han venido efectuando los tribunales –principalmente a través del amparo colectivo-, de consuno asimismo a las normas contenidas en los tratados y convenciones internacionales (así, arts. 8, 2015 y conc., Pacto de San José de Costa Rica), se ha configurado un plexo mínimo procedimental de utilidad para canalizar las diversas pretensiones que se articulan, pero que sin embargo suscita*

²⁸BERIZONCE, ROBERTO, *Procesos colectivos y acciones de clase: problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada*, en XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Para afianzar la justicia, Mendoza (Argentina) 22, 23 y 24 de septiembre de 2005, Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 6.

*palmaria inseguridad jurídica por la falta de una normativa legal abarcativa de las distintas pretensiones con sus adecuados carriles procesales*²⁹.

En igual perspectiva, Meroi identifica a los diversos problemas suscitados, a raíz, de la recepción de modelos extranjeros, siendo uno de ellos la *“falta de reglamentación de las cláusulas constitucionales*. En este sentido, sostiene que *“[I]a omisión del Congreso en reglamentar este ámbito no regulado por la norma, sumada a la aspiración de operatividad de las cláusulas constitucionales propia de los tiempos que corren y de las expresas previsiones de los constituyentes, produce cotidianas expresiones de anarquía jurisprudencial que, evidentemente, resulta asaz desvaliosas*³⁰.

Asimismo, en igual perspectiva Verbic sostiene que la *“...inseguridad jurídica que deriva de este panorama es realmente preocupante y encuentra una de sus principales causas en la falta de definición de un modelo colectivo a seguir, en relación con lo cual influye fuertemente la falta de esclarecimiento del ámbito de actuación de la tutela colectiva*³¹.

Además, se destacan entre las diferentes regulaciones específicas a nivel nacional la Ley General del Ambiente 25.675³², la Ley 27.621³³ que atiende la educación ambiental integral como una política pública acorde al art.

²⁹BERIZONCE, ROBERTO O., “Procesos Colectivos y Acciones de Clase: Problemas que suscita la legitimación y el alcance la de cosa juzgada” en XXIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza...ob. cit. p.6

³⁰MEROI, ANDREA A., *Procesos Colectivos, Recepción y Problemas*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 280.

³¹VERBIC, FRANCISCO, *Procesos colectivos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1ª quincena de octubre de 2007, p.28.

³² La Ley Nacional 25.675 fue sancionada el 6/11/2002 y promulgada parcialmente por Decreto 2413 el 27/11/2002.

³³ La Ley Nacional 27621 fue sancionada el 13/5/2021 y publicada en el B.O. 3/06/2021.

41 de la CN con la reforma constitucional de 1994 y su correspondiente legislación y, la Ley de Defensa al Consumidor 22.240³⁴, actualizada en el año 2021 por la Ley 26361.

5.2. Caso Halabi y los presupuestos de admisión

En el contexto nacional de que aún no se había legislado el amparo colectivo (art. 43 2° párrafo CN), la Corte en el año 2009 lo reglamentó de manera pretoriana en el *leading case* “Halabi”³⁵. En este sentido, se advierte que la Corte por vía jurisprudencial receptó a la “acción de clase” en Argentina³⁶. E inclusive- por igual vía - ha delineado el marco teórico de las distintas clases de derechos de incidencia colectiva y sus respectivos legitimados activos³⁷.

Ingresando en el análisis del caso “Halabi”, brevemente se reseñan los hechos consistentes en que el abogado Ernesto Halabi promovió una acción de amparo con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley Nacional 25.873 y su respectivo decreto reglamentario 1563/04.

³⁴ La Ley Nacional 22.240 fue publicada en el B.O. el 15/10/1993

³⁵ CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dt. 1563/04”, 24/02/2009. Con anterioridad, la jurisprudencia de la Corte registra casos que podrían encuadrar en el marco de las acciones colectivas por motivos de derechos “religiosos” (Fallos: 315:1492 “Miguel Ángel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros”, 07/07/1992), o “electorales” (“Mignone, Emilio F.”, 09/04/2002, L.L. 2002-C, 377), entre otros.

³⁶ Confr. SABSAY, DANIEL ALBERTO, “Acción de clase”, en Daniel A. Sabsay (director), Pablo Luis Manili (coordinador) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, T. II, p. 578.

³⁷ En este caso la Corte hace propio un voto disidente suscripto por Lorenzetti en otros precedentes: “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, 31/10/2006, L.L. 2006-F, 464; CSJN, “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, 31/10/2006, L.L. 2006-F, 422.

Los aportes valiosos de este *leading case* es la reglamentación pretoriana de la Corte que delimitó las categorías de los derechos, en: **derechos individuales*; **derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos* y **derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos*. Luego pasa a caracterizar a cada derecho en función de su legitimación y de su objeto procesal mediato, con estos alcances:

a) en los *derechos individuales* la legitimación la tiene el titular del derecho sobre bienes individuales³⁸, que se protege por medio del amparo clásico (art. 43 1° párrafo CN); aquí la Corte los caracteriza con precisión como derechos “*divisibles*”, “*no homogéneos*” y dirigidos a la “*búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados*”³⁹;

b) en los *derechos de incidencia colectiva que tutelan bienes colectivos* los legitimados son el Defensor del Pueblo de la Nación, Asociaciones que concretan el interés colectivo y el afectado⁴⁰. Aquí, se destaca que existen dos elementos de calificación prevalente: la **tutela de un bien colectivo* que pertenece a la esfera social y que no son divisibles en modo alguno y la **tutela de derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos*.

En efecto la Corte respecto a los derechos de incidencia colectiva sobre “*bienes colectivos*”, los caracteriza teniendo en cuenta su objeto: la tutela de un bien colectivo, que pertenece a toda la “*comunidad*”, que resulta “*indivisible*” y

³⁸ Cfr. consid. 10 de la mayoría de los fundamentos en “Halabi”.

³⁹ Cfr. consid. 10° 2do. párr. “A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo (...) Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”.

⁴⁰ Cfr. consid. 11 de la mayoría de los fundamentos en “Halabi”.

no admite “exclusión”⁴¹. Asimismo, puntualiza que la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho, y por lo tanto se excluyen aquellas enfocadas en la tutela de bienes individuales⁴².

c) en los **derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. En estos derechos nos dice la CSJS “...no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”⁴³.

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva sobre “*bienes individuales homogéneos*”, el Máximo Cuerpo sienta algunos parámetros: *Primero*, su objeto: tutela de bienes (divisibles). *Segundo*, media una causa

⁴¹Consid. 11 3er. párr. “En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su posición, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva...”

⁴²Consid. 11 4to. Párr. “En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera”

⁴³ Cfr. consid. 12 de la mayoría de los fundamentos en “Halabi”.

fáctica común, esto es, existe un hecho (ya sea único o continuado), que lesiona a todos los bienes individuales⁴⁴. Tercero, los sujetos legitimados, si bien sigue los mismos lineamientos de los derechos sobre bienes colectivos (el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones)⁴⁵, cabe destacar el voto disidente de Highton de Nolasco quien no le atribuye legitimación al Defensor del Pueblo en el caso de los “*intereses individuales homogéneos*” puramente patrimoniales⁴⁶.

Por otra parte, la CSJN señala que “*no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo*” de estas acciones colectivas de protección de derechos individuales homogéneos por lo que frente a esa falta de regulación legal la “*debe solucionar cuanto antes sea posibles, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema instituido*”.

De esta manera se extraen de los fundamentos de la mayoría que en estas acciones colectivas se les asigna legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las determinadas asociaciones. Sin embargo, la Dra. Highton de Nolasco “*deja a salvo su opinión respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo*

⁴⁴Consid. 12 2do. párr. “En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.”

⁴⁵Confr. Consid. 19 in fine.

⁴⁶Confr. Consid. 28.

*de la Nación para la defensa de los intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales*⁴⁷.

En nuestra opinión, la sentencia de “Halabi” establece por vía jurisprudencial las reglas de las cuestiones procesales de estas acciones colectivas en cuanto a la legitimidad, al objeto mediato y al agravio concreto y actual que debe invocarse y al alcance general de la sentencia.

En consecuencia, con un enfoque personal se sostiene que en los requisitos de admisión de la demanda colectiva, ésta debe reunir los requisitos de la demanda (art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en adelante CPCCN) y además debe cumplir con estos requisitos específicos: a) plantear una lesión jurídica colectiva que afecte al grupo o a la clase y que se caracteriza por la naturaleza del bien jurídico lesionado, por las particularidades de la lesión o por el gran número de personas; b) fijar las cuestiones comunes de hecho o de derecho. En otras palabras, se debe identificar el bien colectivo o de incidencia colectiva, vulneración de acceso a la justicia y la existencia de otros juicios semejantes; c) en el supuesto de los derechos individuales homogéneos es menester cumplir con los requisitos anteriores y puntualmente demostrar que las cuestiones comunes tienen predominio sobre las cuestiones individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso particular; d) acreditar la legitimación colectiva, como así mismo la publicidad y el mecanismo del OutOuta los fines de la integración de la clase y la representatividad adecuada.

⁴⁷ Cfr. consid. 28 de la mayoría de los fundamentos en “Halabi”.

5.3. El Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos individuales y de incidencia colectiva

Falcón refiere que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación haciendo foco en los derechos individuales y colectivos establecía:

“Derechos individuales y de incidencia colectiva” En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectivas, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generadas por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo; c) derechos de incidencia colectiva, que son individuales y de uso común, el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectivas en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 14)⁴⁸.

En consecuencia, el Anteproyecto en consonancia con el art. 43 2° párrafo de la CN -con la reforma constitucional de 1994-le atribuye una gran importancia a los derechos de incidencia colectiva. Es así que, en el citado art.

⁴⁸ FALCÓN, ENRIQUE M. *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 524.

14, mantiene la expresión “colectivo” para los “intereses difusos” y de derechos individuales que pueden ser ejercidos en forma colectiva para los derechos que nomina como “individuales homogéneos”.

No obstante, en el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional se modificó el ya citado art. 14, que quedó redactado en estos términos:

Artículo 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Se infiere que el Poder Ejecutivo efectuó estas supresiones: a) suprimió la categoría de los “derechos individuales homogéneos” y b) suprimió las definiciones y de esta manera dejó los conceptos abiertos.

Al respecto Giannini, sostiene que la fundamentación con la que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto ante la Cámara de Senadores de la Nación, da lugar a esta doble interpretación: “- O el proyectista ha entendido que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva (única variante incluida en el art. 14 del Proyecto, en contraposición de los clásicos derechos civiles y comerciales individuales)- O, sea ha incurrido en un error en los fundamentos del mensaje de elevación, al mantener dicha referencia a la incorporación “innovadora” de los derechos individuales homogéneos, sin advertir que la categoría contenida en el art. 14 inc.b) del Anteproyecto original, ha sido removida en el Código Civil y Comercial finalmente aprobado”. Agrega, que sería necesario

que el legislador mantenga el art. 14 tal como está, pero que a la par incorpore los arts. 1746 y 1747 del texto original del Anteproyecto (que fueron suprimidos por el Poder Ejecutivo y por el Congreso) en razón que legislan *“las condiciones de admisibilidad de la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”*⁴⁹.

En lo personal, se considera que resulta necesario que se recepte en el Código Civil y Comercial de la Nación la tutela a los derechos individuales homogéneos y también a la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, los que se encuentran dentro de los derechos de incidencia colectiva tutelados por el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional.

6. Situación actual de los amparos colectivos a nivel nacional

A modo de síntesis, se destaca que la tutela de los derechos colectivos en su amplia gama cuenta con la consagración expresa en el art. 43 2° párrafo CN con la reforma constitucional de 1994.

En cuanto al plexo normativo nacional, éste se integra: a) con el Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 14 Derechos individuales y de incidencia colectiva, art. 240 Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y el art. 241 Jurisdicción.

⁴⁹ GIANNINI, LEANDRO J. “La necesidad de una Reforma Integral de la Justicia Colectiva”, en *XXVIII° Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Salvador de Jujuy 10, 11 y 12 de septiembre de 2015, Ponencias Generales y Ponencias Seleccionadas*, Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, Ed. Talleres Gráficos de Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 2015, y p.154-155.

En tanto, que la normativa nacional específica son las ya citadas Ley General del Ambiente, Ley Nacional que legisla sobre la educación ambiental integral como una política pública acorde al art. 41 de la CN con la reforma constitucional de 1994 y, la Ley de Defensa al Consumidor.

A su vez, en el contexto de fallos y acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vale citar al *leading case* “Halabi”, cuyas pautas pretorianas fueron desarrolladas y aplicadas en posteriores fallos.

Además, en base al art. 113 de la CN, las acordadas que dictó la Corte sobre los procesos colectivos como son: la Acordada 32/14, que crea el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los Tribunales del Poder Judicial de la Nación y, la Acordada 12/16, que aprueba el Reglamento de actuación en Procesos Colectivos.

Y el procedimiento del amparo colectivo se reseña brevemente:

- Demanda con los requisitos del art. 330 del CPCCN más los requisitos específicos de identificar el bien colectivo o de incidencia colectiva, vulneración de acceso a la justicia, la representación adecuada y la existencia de otros juicios semejantes.
- Si se verifica la existencia de otro juicio con semejanza, se remite la causa al juez que previno que debe resolver.
- Si no se verifica la existencia de otro juicio, el juez que previene declara la causa como colectiva y ordena su inscripción en el Registro de Juicios Colectivos.
- Se imprime el trámite correspondiente.

- La notificación debe ser amplia a los fines de garantizar el conocimiento de todos los sujetos que integran el grupo o la clase.

7. Conclusiones reflexivas

Las conclusiones reflexivas finales son las siguientes:

- Los amparos colectivos – en el marco del art. 43 2° párrafo de la Constitución Nacional con la reforma constitucional de 1994-, constituyen la tutela procesal constitucional de los derechos de incidencia colectiva, que tutela bienes colectivos y los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.
- Los procesos colectivos son nuevas realidades jurídico- procesales que deben atenderse como tales y con apertura, acorde a las respectivas competencias y por vía de las reformas procesales.
- En los procesos colectivos –en general- y en las acciones de clase – en particular-, la legitimación activa y pasiva deben ampliarse y las mismas se integran con la representatividad adecuada del sujeto legitimado (Defensor del Pueblo, asociaciones que propendan a esos fines y el afectado, art. 43 2° párrafo CN con la reforma constitucional de 1994), que constituye uno de los ejes esenciales de los procesos colectivos.
- La demanda colectiva, debe reunir los requisitos de la demanda (art. 330 CPCCN) y además debe cumplir con estos requisitos

específicos: a) plantear una lesión jurídica colectiva que afecte al grupo o a la clase y que se caracteriza por la naturaleza del bien jurídico lesionado, por las particularidades de la lesión o por el gran número de personas; b) fijar las cuestiones comunes de hecho o de derecho. En otras palabras, se debe identificar el bien colectivo o de incidencia colectiva, vulneración de acceso a la justicia y la existencia de otros juicios semejantes; c) en el supuesto de los derechos individuales homogéneos es menester cumplir con los requisitos anteriores y puntualmente demostrar que las cuestiones comunes tienen predominio sobre las cuestiones individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso particular; d) acreditar la legitimación colectiva, como así mismo la publicidad y el mecanismo del *OptOut* los fines de garantizar el derecho de defensa de los miembros ausentes del colectivo que se pretende representar.

- Es necesario que se recepte en el Código Civil y Comercial de la Nación la tutela a los derechos individuales homogéneos y también a la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, los que se encuentran dentro de los derechos de incidencia colectiva tutelados por el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, “Acciones de Clase en el Civil Law y Common Law desde la perspectiva del Principio de Buena

Fe Procesal” en *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. VII.n°1, Nueva Serie II, 2016.

- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, “*El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente. Algunas propuestas para una armonización en MERCOSUR*”, en Anuario XI, 2008, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, La Ley S.A. Buenos Aires, 2009.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, *Manual de Teoría General del Proceso*, Ed. Advocatus, Argentina, 2006.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE; ROBLEDO, MIGUEL “La protección de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos en Argentina”, *Revista de Práctica Forense – Judicial Lex*, Año 1 – N° 1, publicación del Centro de Altos Estudios Jurídicos (CAE – JURIS – AQP), Arequipa, Perú, 2009.
- CLERMONT, KEVIN M. (Comp.), *The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts*, Tomson Reuters / Foundation Press, New York, 2010.
- FALCÓN, ENRIQUE M., *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.
- FALCÓN, ENRIQUE M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, tomo VI Procesos voluntarios, especiales (de conocimiento y de ejecución) y colectivos, año 2007.

-
- FREER, RICHARD D., *Civil Procedure*, second edition, Aspen Publishers, New York, 2006.
 - GARNER, BRYAN A. *Black's Law Dictionary*, 8th edition, Thomson West, 2004.
 - GIANNINI, LEANDRO J. "La necesidad de una Reforma Integral de la Justicia Colectiva ", en XXVIII° Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Salvador de Jujuy 10,11 y 12 de septiembre de 2015, Ponencias Generales y Ponencias Seleccionadas, Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, Ed. Talleres Gráficos de Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 2015.
 - GIDI, ANTONIO, "Amicus Curiae presentado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): Opt in vs. OptOut, Cosa Juzgada, Notificación, Ejecución de la Condena, Gastos y Costas" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol.1, N°1.
 - GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos en la interpretación en las cuestiones de legitimación procesal, LL 2005-B, 1393.
 - GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
 - ISSACHAROFF, SAMUEL, *Civil Procedure*, Second Edition, Foundation Press, New York, 2009.
 - RÖHL, KLAUS F. "Procedural Justice: Introduction and Overview" Klaus F. Röhl and Stefan Machura (editors) *Procedural Justice*, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Great Britain, 1997.

-
- ROJAS, JORGE, “El amparo y el proceso colectivo”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2011-2 Procesos Colectivos, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011.
 - SABSAY, DANIEL ALBERTO, “Acción de clase”, en Daniel Alberto Sabsay (director) Luis Pablo Manilli (coordinador) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
 - SALGADO, JOSÉ MARÍA, “El amparo colectivo”, en Enrique M. Falcón (director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, T°II.
 - UCÍN, MARÍA CARLOTA, *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

2. Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

- CSJN, Fallos: 315:1492 “Miguel Ángel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros”, 07/07/1992.
- CSJN, “Mignone, Emilio F.”, 09/04/2002, L.L. 2002-C, 377.
- CSJN, “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, 31/10/2006, L.L. 2006-F, 464.
- CSJN, “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, 31/10/2006, L.L. 2006-F, 422.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

-
- CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dt. 1563/04”, 24/02/2009.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL AL NUEVO ORDEN MUNDIAL: HACIA LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO A NEW WORLDWIDE ORDER: FORWARD THE EFFECTIVE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS

PhD. Jesús E. Caldera Ynfante

*(Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica
de Colombia, Colombia)*

Cómo citar este Artículo:

CALDERA YNFANTE, Jesús E, "El derecho humano fundamental al nuevo orden mundial: hacia la realización efectiva de los derechos humanos" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 58-137

Título: “El derecho humano fundamental al nuevo orden mundial: hacia la realización efectiva de los derechos humanos”

Resumen:

Se define el derecho fundamental al Nuevo Orden Mundial (NOM), consagrado en el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH/ONU, 1948), como categoría jurídico-dogmática, desde una dimensión ética y humanista, concebido como la facultad o prerrogativa convencional estatuida en función de la ‘realización efectiva’ de los derechos humanos (DDHH) y la felicidad de la persona humana, asumido como medio y fin para la plena materialización de su proyecto de vida valioso, elegido de manera libre y autónoma, con seguridad

humana (SH), donde el poder político está fundado en el cuidado y protección de la vida -Biocracia- destinado a cumplir y hacer cumplir la obligación imperativa de los Estados de respetar, proteger y garantizar los DDHH -por ser inherentes a la dignidad humana y funcionales al bien común- en una Democracia Integral, contribuyendo a la conformación de una sociedad más fraterna, humana, armónica, justa, incluyente y equitativa en un Estado de derechos humanos desde la perspectiva del Constitucionalismo Humanista o Estado humanista de derecho.

Palabras clave: Biocracia; Postpandemia; Derechos Humanos; Nuevo orden mundial; Proyecto de vida valioso; Democracia integral; Felicidad humana

Title: “The fundamental human right to a new worldwide order: forward the effective realization of human rights”

Abstract:

The fundamental right to the New World Order (NOM), enshrined in article 28 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR/UN, 1948), is defined as a legal-dogmatic category, from an ethical and humanistic dimension, conceived as the faculty or conventional prerogative established in function of the 'effective realization' of human rights (HHRR) and the happiness of the human person, understood as a means and an end to the full realization of their valuable life project, chosen freely and autonomously, with human security,

where power policy is founded on the care and protection of life -Biocracy- aimed at fulfilling and enforcing the imperative obligation of States to respect, protect and guarantee human rights -because they are inherent to human dignity and functional to the common good- in a integral democracy, contributing to the formation of a more fraternal, humane, harmonious, just, inclusive and equitable society in a State of human rights from the perspective of Humanist Constitutionalism or Humanist State of Law.

Key words: Biocracy; Post-pandemic; Human Rights; New world order; Valuable life project; Integral democracy; human happiness.

How to quote this article:

CALDERA YNFANTE, Jesús E., “The fundamental human right to a new worldwide order: forward the effective realization of human rights”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 58-137.

EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL AL NUEVO ORDEN MUNDIAL: HACIA LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por PhD. Jesús E. Caldera Ynfante*

I. CONTEXTO: PRIMERA GUERRA “BIOLÓGICA” MUNDIAL¹ Y LA “VIRULENCIA” COMO EL SIGNO DE LOS TIEMPOS.

* Jurista, catedrático y líder político venezolano formado en el humanismo cristiano. Doctor en Derecho por la Universidad Santo Tomás (Colombia). Doctor en Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales por la Universidad de Burgos (España). Postdoctorado sobre Estado, Políticas Públicas y Paz Social, URBE, Maracaibo, Venezuela. Abogado y Magister Scientiarum en Desarrollo Regional por la Universidad de los Andes (Venezuela). Título de abogado convalidado, desde el 2008, en la República de Colombia. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Profesor de posgrados en Derecho Constitucional y Mecanismos Internacionales de Protección de DDHH en la Pontificia Universidad Javeriana; Universidad Santo Tomás y Universidad Libre (Colombia). Profesor invitado de la Universidad de Burgos, España; Universidad de Belgrano, Argentina y la Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana. Docente Investigador Asociado adscrito al Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” código COL0120899 con Categoría A1 en Convocatoria de 2019 de Colciencias, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia, para el que se escribe este producto científico.

¹ Verbigracia, lo dicho por Emmanuel Macron, presidente de Francia: ““Estamos en guerra. En guerra sanitaria, cierto. **No luchamos contra otro ejército ni contra otra nación pero el enemigo está allí y avanza.** Y esto requiere una movilización general y que todas las acciones del gobierno deben estar encaminadas a la lucha contra la epidemia, de día y de noche, y **nada debe desviarnos de este objetivo**”. Negrillas del Texto. Tomado del diario *El Mundo*, España, versión digital. Consultado el 10 de mayo de 2020. Visible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2020/03/16/5e6fea0121efa0302a8b45e7.html>

Un agente microscópico, tan invisible como mortífero, ha puesto en riesgo salud y la vida la familia humana: la pandemia de la Covid-19. Ha generando secuelas de enormes proporciones en el campo médico y sanitario y en diversos ámbitos de la vida humana. A la fecha, en el mundo, van contagiadas 16.055.909 de personas, 644.661 muertes y 9.267.601 recuperados en países de los 5 continentes.²

Esta “guerra biológica” silenciosa deja grandes retos y profundas lecciones. La pandemia impone repensar los fundamentos de la actual etapa civilizatoria de la humanidad de cara a una nueva sociedad bajo una arquitectura mundial en consonancia con los cambios que estos tiempos “virulentos” reclaman. Exige rectificaciones a favor de la familia humana, en su conjunto, y de la gobernabilidad internacional, fragmentada y perpleja, que reacciona de manera particular ante la magnitud de una situación excepcional, de rango universal, sorprendida, sin fórmulas anticipatorias, sin respuestas adecuadas, sin planeación estratégica, actuado sin coordinación, reforzando la primacía del interés nacional y la exacerbación de los nacionalismos, algunos de los cuales echando mano al populismo, la xenofobia o el discurso de odio³ para galvanizar sus bases de apoyo electoral, al tiempo que se escudan en la emergencia sanitaria enfatizando modelos autoritarios de gobierno, colocando en situación de tensión/negación los cimientos de la democracia y la obligatoria responsabilidad que incumbe a los Estados, como obligados principales del

²Datos obtenidos del diario *El País*, España, versión digital. Consultado el 26 de julio de 2020. Visible en: https://elpais.com/sociedad/2020/04/09/actualidad/1586437657_937910.html

³ El autor promueve un discurso político basado en el amor al prójimo, en el cuidado y la protección de la vida, en especial, con actos de compasión y solidaridad activa traducida en acciones personales e institucionales a favor con los pobres, vulnerables y excluidos de la sociedad, en correspondencia con el humanismo cristiano, bajo la égida católica de la “opción preferencial por los pobres.” Véase nota al pie de página 36.

aseguramiento de la dignidad humana, de respetar, proteger y garantizar plenamente la satisfacción de todos los derechos y las libertades fundamentales de todas las personas, por el hecho mismo de ser personas humanas.

Así las cosas, la presente reflexión apuesta por replantear la imperiosa e ineludible responsabilidad que incumbe a los Estados y la comunidad de naciones de cumplir de manera plenamente efectiva con todos los DDHH fundamentales de toda persona como núcleo esencial del **Derecho Humano Fundamental a un Nuevo Orden Mundial (NOM)** consagrado en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que deben acatar, aplicar y cumplir por su carácter imperativo cuya observancia contribuye al cuidado y la protección de la vida humana,⁴ regulando la respuesta que deben dar a futuras contingencias que pongan en riesgo la vida humana. El NOM tiene carácter normativo, es decir, impone un deber ser, una obligación imperativa a los Estados de la comunidad internacional que encuentra justificación legal, moral y ética en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de la DUDH basada en que toda persona humana goce efectivamente de todos sus derechos fundamentales es su mandato dotado de fuerza vinculante sobre los Estados por ser disposición investida de la imperatividad u obligatoriedad del *ius cogens*:

⁴En la actualidad, desde la bioética, sobre el cuidado de la vida, se afirma que: “*Toda investigación en que participen seres humanos debe realizarse de acuerdo con cuatro principios éticos básicos, a saber, el respeto por las personas, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia. Se da por sentado habitualmente que estos principios guían la preparación concienzuda de propuestas para los estudios científicos.*” Tomado de *Principios Generales de la ética*. (s/f) Centro de Estudios Bioéticos. Universidad de Chile. Consultado el 29 de mayo de 2020. Visible en: <https://www.uchile.cl/portal/investigacion/centro-interdisciplinario-de-estudios-en-bioetica/documentos/76256/principios-generales-de-etica>

Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

El cumplimiento efectivo del NOM, como derecho fundamental, incide en el respeto, protección y garantía del contenido normativo de la dignidad humana,⁵ en tanto los Estados obligados realicen de manera plenamente efectiva el núcleo esencial de los DDHH para todas las personas. Más que un concepto, es un derecho humano superior; un instrumento normativo vinculante que procura la eficacia de las actuaciones estatales para contener y superar la actual situación de amenaza-riesgo sobre la vida humana, respondiendo y reparando (en estos *tiempos de virulencia* y en el futuro inmediato), los daños y las secuelas antropológicas -individuales y sociales, políticas, ecológicas y económicas de la COVID-19 sobre la humanidad.

⁵ Véase, sentencia T-881 de 2002, Corte Constitucional colombiana (M.P. Montealegre Lynnet): *“Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.”*(Cursivas y negrillas añadidas).

II.- EL NOM ASUMIDO COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Es una norma jurídica imperativa, revestida del carácter de *ius cogens*, que obliga a la acción por parte de los destinatarios: los Estados. Está establecido en el artículo 28 de la DUDH, ya citado, con carácter de norma jurídica universal, imperativa y exigible en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y colateralmente en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) ya que durante la guerra los actores bélicos y los civiles ajenos a los conflictos tienen derechos humanos. El NOM, calificado como derecho fundamental, ordena que toda persona humana disfrute de manera plenamente efectiva todos los derechos que le son reconocidos, sin distinción alguna, partiendo de la premisa que todos *nacemos libres e iguales en derechos y en dignidad*. Su configuración normativa, motivada por el deber ser que vincula de manera taxativa a los Estados como sujetos de derecho internacional público y actores obligados a la realización concreta de los derechos humanos. En la presente reflexión, desde la perspectiva de la pedagogía de los derechos humanos y la educación para la ciudadanía democrática, el NOM se define, a juicio del autor, en tres sentidos:

Definición de NOM en sentido estricto:

El derecho de toda persona humana de gozar efectivamente de todos sus derechos y libertades iguales e inalienables.

Definición de NOM en sentido intermedio:

El derecho humano de toda persona a que se hagan plenamente efectivos los derechos y libertades, iguales e inalienables, previstos a su favor

en los tratados sobre derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Definición de NOM en sentido amplio:

Es el conjunto de atribuciones o facultades de toda persona humana previstas en los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario que obliga a los Estados y la comunidad de naciones a que se hagan plenamente efectivos sus derechos y libertades, iguales e inalienables, respetando y garantizando su satisfacción, en el plano social e internacional, por ser inherentes a su dignidad humana y al logro de su proyecto de vida valioso como parte de la familia humana.

¿Por qué razones atribuirle el rango superior de derecho fundamental?

Su adopción legal, además del imperativo ético-moral que condujo a la comunidad de naciones a su instauración guarda relación con el ánimo colectivo orientado a contar con dispositivos jurídicos que regulen la actuación de los Estados con obediencia al derecho internacional público, dando cuerpo a una potente normatividad especial internacional en materia de protección de los derechos humanos y la regulación de los derechos de los actores y civiles envueltos en conflictos armados de diversa índole. Esta regulación internacional sobre derechos humanos procura que desde el Estado, como sujeto internacional principalmente obligado, hallan actuaciones reales, en el espacio de la vida de cada persona, que haga plenamente efectivos los derechos y libertades, que traduzca en realización tangible y concreta de todos los derechos y libertades de toda persona humana como manifestación de la justicia en sentido material. El NOM, puede ser calificado como un derecho

fundamental, de rango superior, teniendo en cuenta que cumple con los elementos que distinguen los derechos fundamentales en la actualidad.⁶ Los derechos fundamentales, a juicio del autor, pueden ser definidos así:

Es el conjunto de facultades y potestades jurídicas dispuestas a favor de las personas, inherentes a su dignidad humana, de modo innominado o establecidas en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que el Estado debe promover, respetar, proteger y garantizar.

La Corte Constitucional de Colombia indica que “los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad”. Adicionalmente, están dotados de exigibilidad en sentido amplio, lo que les confiere también la posibilidad de su justiciabilidad, es decir, la cualidad de ser reclamados judicialmente sin que tal requisito, *per se*, determine la fundamentalidad del derecho.⁷ Detallamos la manera que el NOM cumple con cada uno de tales requisitos.

i.- El NOM tienen relación funcional con la dignidad humana.

Está previsto afianzar el respeto por la persona humana como titular del derecho, desde un plexo axiológico, destinado a que el obligado de la relación jurídica, esto es, el Estado realice las actuaciones -abstenciones y prestaciones- que hagan plenamente efectivos los DDHH de toda persona con

⁶ Siguiendo la dogmática y doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, en particular, las sentencias T-881 de 2003, T-227 de 2003 y T-428 de 2012.

⁷ Véase, sentencia T-428 de 2012, Corte Constitucional de Colombia.

lo cual asegura que logre realizar su proyecto de vida valioso, elegido desde su autonomía, a ser realizado definido libremente, sin daños ni arbitrariedades, contando con medios adecuados para una vida buena, gozando de oportunidades para desarrollar su capacidad, alcanzar florecimiento humano, funcionar efectivamente en la sociedad y ser feliz, contribuyendo, de manera activa al bien común. Es un derecho previsto para promover y asegurar la protección de la persona, *para el cuidado de su vida*, mediante la plena y efectiva realización de todos sus derechos y libertades inalienables.⁸ La Declaración de DDHH de la ONU (1948), en su Preámbulo considera *que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*. En la Conferencia Mundial de DDHH que aprobó la Declaración y el Plan de Acción de Viena de Naciones Unidas (1993) se reconoció y reafirmó que *todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización*. La Declaración y el Plan de Acción de Viena, en

⁸ La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-227 de 2003, define la dignidad humana así: *“El concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.”*

cita, inicia el *momentum* de la integralidad de los DDHH, equiparados en peso e importancia, por ende, todos fundamentales, en tanto *son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*.⁹ Lo anterior, sumado a la doctrina del Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH) implementado por la ONU y sus organismos de protección de DDHH en defensa de la igualdad e intangibilidad del goce plenamente efectivo de los mismos por toda persona igual en derechos, igual en dignidad.

ii.- Traducción o concreción del NOM en derecho subjetivo.

El NOM cumple con la cualidad de triple conformación como derecho subjetivo porque tiene i) *títular* (toda persona humana, es patrimonio innato de toda persona humana, iguales en libertad y dignidad); *obligado* (el Estado, sus órganos y agentes) y iii) *la relación jurídica* basado en la satisfacción de su contenido esencial (actuaciones tangibles que implican prestaciones o abstenciones que debe efectuar el Estado como entidad obligada a respetar, garantizar, proteger, asegurar y hacer plenamente efectivos los DDHH mediante actos que implican prestaciones o abstenciones) a favor de la persona humana beneficiaria.

iii. Consenso jurídico y dogmático nacional e internacional sobre su relevancia iusfundamental.

⁹ Numeral 5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional *debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*”

Los derechos humanos y las libertades son patrimonio innato de la familia humana. La importancia sobre la responsabilidad de los Estados de hacer plenamente efectivos los derechos humanos y las libertades de la persona humana está contenida en el artículo 28 de la Declaración Universal de los DDHH (1948), concordada, entre otras normas, con la Carta de la ONU (1945), el PIDCP, el PIDESC, las Convenciones Americana (1969), Europea (1950) y Africana sobre Derechos Humanos (y de los pueblos, esta última, de 1981), decisiones de Tribunales y Cortes internacionales de los sistemas de protección global o continental de DDHH, resoluciones de organismos de la ONU para la protección universal de DDHH.

iv. La exigibilidad, más que la propia justiciabilidad, como característica de los derechos fundamentales.

Ello, con la finalidad de que la exigibilidad, en general, contribuya a la plena concreción de los DDHH, como una obligación del Estado. Este es un atributo que los distingue, pudiendo la persona humana titular de los mismos solicitar y procurar su satisfacción -sin limitarse a las acciones judiciales de garantía- por parte del destinatario obligado, quedando facultada para, en caso de incumplimiento, interponer mecanismos internacionales de protección convencional o extraconvencional y, en el plano interno, diversas acciones constitucionales para impedir la ilusoriedad de su goce efectivo.

¿Cuál es el contenido esencial del derecho fundamental al NOM?

El NOM, como categoría *iusfundamental*, es un macroderecho o un derecho omnicomprensivo.

La efectiva materialización del contenido esencial del NOM, un conjunto diverso de derechos fundamentales que, a su vez, se realizan de manera interrelacionada, interdependiente e indivisible, propiciando oportunidades para el despliegue de las capacidades en aras del pleno y efectivo florecimiento humano, contribuye a i) la realización efectiva de los derechos humanos; ii) la realización efectiva del proyecto de vida valioso de la persona humana y iii) el fortalecimiento de la interrelación entre democracia - asumida como derecho fundamental-, Estado de derecho y DDHH.

En este segmento, con miras a sustentar la fundamentalidad del núcleo esencial del NOM, se resalta la tesis de Caldera Ynfante (2018a, 2018b, 2020b) expuesta en su argumentación jurídica sobre el núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia a la que califica como un derecho superior de naturaleza omnicomprendiva o compleja porque está integrados por los derechos civiles, económicos, sociales, culturales, ambientales o de nueva configuración, todos fundamentales, que se satisfacen de manera indivisible, interdependiente e interrelacionada en tanto se garantice el goce efectivo del derecho fundamental a la democracia.

Algo similar se puede predicar del NOM, *mutatis mutandis*, ya que se nos presenta como un *supraderecho* intangible que envuelve dentro de sí los demás derechos humanos -vinculados a la dignidad humana- que deberán siempre ser respetados, garantizados, protegidos y asegurados a favor de la persona humana por parte del Estado, es decir, que obligatoriamente tienen que ser honrados plenamente, satisfechos a cabalidad, efectivamente cumplidos, en función de la realización de la persona humana en la comunidad política sometida al imperio de la convencionalidad y constitucionalidad de los DDHH.

Según Häberle (1983)

“se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”.

Para Shue (1949) existe la categoría de los *derechos básicos*, siendo aquellos que en su seno albergan una serie de derechos que le dan contenido al derecho continente. Esto es, que tienen una naturaleza compuesta, ensamblada, compleja, integrado por un haz de derechos fundamentales que integran su núcleo esencial, que comprenden prestaciones (actos positivos) o abstenciones (limitaciones negativas) por parte del Estado y demás obligados a favor del titular del mismo: la persona humana.

Así, el NOM es *un derecho fundamental considerado como un todo, conformado por un elenco diverso de otros derechos fundamentales*, una amalgama o abanico de posiciones jurídicas que convergen en la materialidad de su núcleo esencial en tanto derecho fundamental al que corresponde la adscripción de conjunto de normas (distintas posiciones individuales iusfundamentales) vinculadas a dicha disposición fundamental (NOM) por su inherencia con la dignidad humana. El núcleo esencial del NOM, está conformada por un elenco de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.) igualmente fundamentales de los que el NOM resulta medio y fin irremplazable para su goce efectivo, de forma interdependiente e interrelacionada, mediante refuerzos mutuos y recíprocos,

en el contexto de la teoría de la integralidad de los DDHH,¹⁰ vista bajo el Enfoque Basado en Derechos Humanos (abreviado NOM+EBDH). El derecho fundamental al NOM, conformado en su núcleo esencial por un haz diverso de derechos humanos, todos fundamentales, guarda relación con el enunciado “bienes sociales primarios” de Rawls (1971, 1979).

De otra parte, el NOM, en cuanto a su efectiva realización, desencadena el goce, igualmente efectivo, de la multiplicidad de derechos y posiciones jurídicas íncritos en su contenido esencial, propiciando oportunidades para el florecimiento humano y el logro del proyecto de vida valioso de la persona, en sintonía con el *enfoque de las capacidades* de Nussbaum surge “como base filosófica para una teoría de los derechos básicos de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados por los gobiernos de todos los países, como requisito mínimo del respeto por la dignidad humana” (Nussbaum, 2007: 83). La autora, en esta materia, se decanta por la definición de una “lista” de capacidades humanas centrales (que no es cerrada ni limitante), como derechos básicos de las personas, que permiten el respeto a la dignidad humana, de donde resulta que el enfoque de las capacidades de Nussbaum (2007: 88-89) determine un límite o soporte (núcleo esencial) sin los cuales -o por debajo de los cuales- no puede considerarse que exista una vida auténticamente humana si no se respetan las capacidades enlistadas, observando que los proyectos políticos deben buscar siempre estar por encima de ese umbral, de lo que deriva la justificación práctica y la importancia de su confección como herramienta referencial (no hermética a otras capacidades no

¹⁰ Denominada Doctrina de la Integralidad en DDHH, establecida en la Declaración y Programa de Acción en Derechos Humanos de Viena de 1993. ONU.

enunciadas)¹¹ para el respeto de la dignidad humana en la sociedad democrática organizada bajo la forma de Estado democrático constitucional.¹²

Tres pilares normativos se erigen como parte del núcleo esencial del NOM:

a) Todos los derechos políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales¹³ con la finalidad de su efectiva y progresiva satisfacción contenidos en la regulación convencional vinculante (*ius cogens*) como la DUDH (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, y sus modificaciones), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, y sus protocolos adicionales), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), entre otros.

¹¹ La importancia teórica y práctica de la democracia, para Nussbaum, queda refrendada, entre otras, en su obra *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades* (2010).

¹² Estado de derechos humanos o Estado Humanista de Derecho, a decir de Caldera Ynfante, desde la perspectiva del Constitucionalismo Humanista que sirve de marco al Humanismo Constitucionalizado en boga desde la adopción de la Declaración Universal de los DDHH (1948).

¹³ Primero, entendamos el concepto: La Transición Energética es un cambio estructural a largo plazo de los sistemas energéticos o las fuentes de energía que el mundo utiliza para su desarrollo. El momento histórico lo pide y si los gobiernos y empresas del mundo no tomamos conciencia de los cambios climáticos que estamos viviendo, nuestro planeta seguirá sufriendo un deterioro irreversible.

b) Los derechos reconocidos de manera expresamente o de forma innominada en las Constituciones nacionales de los Estados, que enuncian derechos fundamentales, a nivel interno, reconociendo, mediante el Bloque de Constitucionalidad, el carácter imperativo y vinculante de la regulación convencional antes enunciada.

c) Los derechos reconocidos en resoluciones o decisiones de organismos internacionales de protección de DDHH, convencionales o extraconvencionales, judiciales o cuasijurisdiccionales, que tienen carácter vinculante en materia de responsabilidad internacional del Estado o por imperio de los efectos extensivos a los Estados parte en mérito de la cosa juzgada o *res interpretata*,¹⁴ generalmente en Occidente.

d) Los derechos emergentes inherentes al derecho a la vida: a la paz; a la democracia;¹⁵ al agua; a un ingreso mínimo vital; a la inclusión de personas con discapacidad; a la seguridad alimentaria y a la alimentación, en especial de comunidades étnicas y población pobre o

¹⁴ Véase, Corte IDH. Caso Gelman Vs Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

¹⁵ Sobre el núcleo esencial del derecho a la democracia -de rango fundamental para el autor- puede verse la Resolución 2003/36 de 23 de abril de 2003 de la ONU sobre la Interdependencia entre la Democracia y los Derechos Humanos y la Resolución 2002/46 de 23 de abril de 2002 de la ONU, relacionada con las Nuevas Medidas para Promover y Consolidar la Democracia. El valor dogmático y jurídico, de esta última, ha sido reconocido y establecido, para el área andina, por el artículo 14 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos -CAPPDH- (2002). El avance de la democracia, en muchos países del mundo, según la misma CAPPDH y diversos estudios de la ONU, ha incidido en un disfrute más pleno de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en esos países.

vulnerable; al acceso gratuito a internet;¹⁶ a la felicidad; al desarrollo; a la protección de la naturaleza como sujeto de derecho y la biodiversidad;¹⁷ derechos de responsabilidad intergeneracional; a la jurisdicción o de acceso a acción judicial; al desarrollo del proyecto de vida valioso (para algunos, libre desarrollo de la personalidad o derecho a la autobiografía), entre otros.

e) Los derechos humanos implicados en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) o Agenda 2030 de Naciones Unidas.¹⁸

¹⁶ Con énfasis en la educación virtual incluyente, accesible, gratuita y de calidad, con elementos técnicotecnológicos que generen empleabilidad para gruesos sectores poblaciones que viven fuera del sistema educativo, en la franja de desempleo, víctimas de la pobreza, así como para la progresiva transición digital del sector productivo de los países menos desarrollados por la propuesta de innovación y desarrollo que la era digital ha producido palpable en cambios en todas las dimensiones del mundo.

¹⁷ Véase, por ejemplo, la Sentencia T-622/16, Corte Constitucional de Colombia, donde reconoce al Río Atrato como sujeto de derecho. El fallo, genera una dogmática fuerte sobre bioculturalidad y biodiversidad, el derecho al medio ambiente sano y el derecho al agua como fuente hídrica, entre otros, sobre el principio de precaución ambiental y la protección especial de los ríos, bosques, fuentes de alimento, medio ambiente y biodiversidad y su aplicación para proteger el derecho a la salud de las personas -Caso de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y manifiestan afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales.

¹⁸ Según la ONU: “17 objetivos para transformar nuestro mundo En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con [17 Objetivos de Desarrollo Sostenible](https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/), que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de nuestras ciudades”. Consultado el 24 de julio de 2020. Visible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>

f) Los derechos fundamentales innominados y los derechos emergentes que irrumpen, fruto del proceso evolutivo de la sociedad, a favor de la persona humana y su inherente dignidad, que el Estado democrático tiene el deber de promover, asegurar, garantizar y proteger, habida cuenta que la democracia, el desarrollo, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado democrático constitucional son interdependientes y se refuerzan mutuamente, enfatizando en la necesidad de que se propicie y garantice la participación de los jóvenes y la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres para participar en la vida política y pública, para que funcionen efectivamente en la sociedad, así como en los ámbitos sociales y económicos de la misma, en una comunidad de naciones que promueva el cuidado y la protección de la vida en armonía con la protección de la naturaleza, la biodiversidad y la bioculturalidad.

Características jurídicas, dogmáticas y éticas del NOM.

Entre los grandes rasgos distintivos del NOM, podemos señalar que:

a) Es un derecho fundamental.

Está consagrado en el artículo 28 de la DUDH y cumple con los requisitos exigidos en la dogmática constitucional para calificarlo como tal, que impone el deber al Estado y la comunidad de naciones la obligatoriedad de cumplirlos, de respetarlos y protegerlos, de hacerlos efectivos plenamente, fiel reflejo de las *Consideraciones Elementales de Humanidad*, señaladas por la Corte Internacional de Justicia, en su primera sentencia emitida el 9 de abril de

1949, sobre el caso del Estrecho de Corfú.¹⁹ Es, además, una manifestación de la denominada *conciencia jurídica universal*, como conciencia colectiva, articulada en la *communis opinio iuris* para preceptuar imperativamente que los DDHH deben respetados, protegidos y garantizados por su inherencia con la dignidad humana y la realización del proyecto de vida valioso de la persona.

b) Es norma con rango de *ius cogens*.

Es una disposición del DIDH, de carácter imperativo, perentorio y obligatorio, ubicada en el rango máximo del ordenamiento internacional por ser norma de *ius cogens*. Su aplicación no permite exclusiones para su cumplimiento y su contenido esencial es intangible, deviniendo nulo, de nulidad absoluta, toda actuación que le contravenga.²⁰ Al Estado le aplican los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados que declara la nulidad de cualquier tratado contrario a una norma imperativa, pautando la jerarquía suprema del derecho imperativo (*ius cogens*) con respecto a la norma convencional.

c) Es un *macroderecho* o *derecho omnicompreensivo*.

¹⁹Véase, Corfu Channel Case (Merits), ICJ Reports 1949, p. 22.

²⁰ La Declaración y Plan de Acción de Viena 1993 indica que “la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas. En este contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos.”

Se nos presenta como un *supraderecho* intangible que envuelve dentro de sí los demás derechos humanos -vinculados a la dignidad humana- que deberán siempre ser respetados, garantizados, protegidos, es decir, que obligatoriamente tienen que honrados plenamente, satisfechos a cabalidad, efectivamente cumplidos, en función de la realización de la persona humana en la comunidad política sometida al imperio de la convencionalidad y constitucionalidad de los DDHH.

d) Está destinado a la promoción y garantía de la dignidad humana y el bien común desde una perspectiva dogmática, ética y humanística.

El NOM, como derecho fundamental, tiene relación funcional con el logro del contenido normativo de la dignidad humana -respeto que merece la persona humana por el mero hecho de serlo- en su triple dimensión de valor constitucional, principio constitucional y regla constitucional que determina la obligación del Estado cumplir con el deber de promover, respetar, garantizar, asegurar y proteger todos los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su raza, color, sexo, ideología, religión, lugar de nacimiento o nacionalidad, preferencias o elecciones personales, entendiéndose que todos los derechos, para su goce efectivo, son interdependientes, están interrelacionados y son indivisibles siendo, por tanto, todos fundamentales a la hora de permitir que la persona humana realice su proyecto de vida valioso, con SH, despojado del miedo y el temor, sin sumisiones ni opresiones políticas, sin la atadura de la miseria y la pobreza que castra toda posibilidad de florecimiento humano, que envilece el horizonte de futuro de la persona, aniquilando su derecho a la autorrealización personal con miras a su libre contribución al bien común. El Papa Francisco, desde el plano teológico y ético, en la Carta Encíclica *Laudato Sí* (2015), denuncia la “cultura del descarte,”

rechazando la prolongada situación de precariedad de los más frágiles, incluyendo a los migrantes en tal categoría. El Santo Padre apuntada nítida la línea de acción a seguir en materia de promoción de la dignidad humana y el bien común:

25. "...Es trágico el aumento de los migrantes huyendo de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna. Lamentablemente, hay una general indiferencia ante estas tragedias, que suceden ahora mismo en distintas partes del mundo. La falta de reacciones ante estos dramas de nuestros hermanos y hermanas es un signo de la pérdida de aquel sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el cual se funda toda sociedad civil."

(...)

156. La ecología integral es inseparable de la noción de bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social. Es «el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección».²¹

157. El bien común presupone el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama el bienestar social y el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos

²¹ Se basa en la cita de: Conc. Ecum. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, 26.

destaca especialmente la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a la justicia distributiva, cuya violación siempre genera violencia. Toda la sociedad – y en ella, de manera especial el Estado– tiene la obligación de defender y promover el bien común.

158. En las condiciones actuales de la sociedad mundial, donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres. Esta opción implica sacar las consecuencias del destino común de los bienes de la tierra, pero, como he intentado expresar en la Exhortación apostólica *Evangelii gaudium*,²² exige contemplar ante todo la inmensa dignidad del pobre a la luz de las más hondas convicciones creyentes. Basta mirar la realidad para entender que esta opción hoy es una exigencia ética fundamental para la realización efectiva del bien común.

En *Evangelii Gaudium*, el papa Francisco reitera su llamado en los siguientes términos:

203. “La dignidad de cada persona humana y el bien común son cuestiones que deberían estructurar toda política económica, pero a veces parecen sólo apéndices agregados desde fuera para completar un discurso político sin perspectivas ni programas de verdadero desarrollo integral. ¡Cuántas palabras se han vuelto molestas para este sistema! Molesta que se

²² Remite a: Cf. n. 186-201: AAS 105 (2013), 1098-1105.

hable de ética, molesta que se hable de solidaridad mundial, molesta que se hable de distribución de los bienes, molesta que se hable de preservar las fuentes de trabajo, molesta que se hable de la dignidad de los débiles, molesta que se hable de un Dios que exige un compromiso por la justicia. Otras veces sucede que estas palabras se vuelven objeto de un manoseo oportunista que las deshonra. La cómoda indiferencia ante estas cuestiones vacía nuestra vida y nuestras palabras de todo significado...”.²³

e) Es funcional al cuidado de la persona humana y la protección de la vida, en especial, al cuidado de los más frágiles o vulnerables:

Caldera Ynfante (2020), al trazar los elementos conceptuales del que denomina como *Estado de Derechos Humanos o Estado Humanista de Derecho*, enfatiza en la necesidad de resignificar el ejercicio del poder político lo entiende orientado al cuidado de la persona humana y la protección de la vida, por su inherencia a la dignidad humana y su funcionalidad con el bien común, con un acento de humanismo cristiano sensible, compasivo, fraterno, caritativo y comprometido dando una atención y cuidado prevalente a los más frágiles y vulnerables de nuestra sociedad, cuya protección es un imperativo jurídico, ético y político dada la agravación de la situación de pobreza, miseria y exclusión en la que sobreviven millones de miembros de la familia humana, ante cuyo sufrimiento la indiferencia o la indolencia jamás serán la mejor opción.

La política del presente y el porvenir tiene que moverse en función del cuidado de la vida y la protección de los vulnerables como personas humanas dignas, merecedoras de respeto, cuyo plan vital valioso tiene que ser

²³ Véase, asimismo, *Evangelii Gaudium* el núm. 218 sobre bien común y paz social.

concretado efectivamente mediante oportunidades provistas desde el Estado y la sociedad. En tal sentido, vale traer a colación la Carta Apostólica *Misericordia et Misera* (2016, p. 32-33), donde el papa Francisco rechaza el individualismo exagerado de la sociedad occidental y define la *misericordia social*, al señalar:

Todavía hay poblaciones enteras que sufren hoy el hambre y la sed, y despiertan una gran preocupación las imágenes de niños que no tienen nada para comer. *Grandes masas de personas siguen emigrando de un país a otro en busca de alimento, trabajo, casa y paz.* La enfermedad, en sus múltiples formas, es una causa permanente de sufrimiento que reclama socorro, ayuda y consuelo. Las cárceles son lugares en los que, con frecuencia, las condiciones de vida inhumana causan sufrimientos, en ocasiones graves, que se añaden a las penas restrictivas. El analfabetismo está todavía muy extendido, impidiendo que niños y niñas se formen, exponiéndolos a nuevas formas de esclavitud. La cultura del individualismo exasperado, sobre todo en Occidente, hace que se pierda el sentido de la solidaridad y la responsabilidad hacia los demás. Dios mismo sigue siendo hoy un desconocido para muchos; esto representa la más grande de las pobreza y el mayor obstáculo para el reconocimiento de la dignidad inviolable de la vida humana. Con todo, las obras de misericordia corporales y espirituales constituyen hasta nuestros días una prueba de la incidencia importante y positiva de la misericordia como valor social. Ella nos impulsa a ponernos manos a la obra para restituir la dignidad a millones de personas que son nuestros hermanos y hermanas, llamados a construir con nosotros una «ciudad fiable»²⁴ (Cursivas añadidas).

²⁴ Refiere a la Carta. enc. Lumen fidei, 29 junio 2013, 50: AAS 105 (2013), 589.

En *Evangelii Gaudium* (2016), el papa Francisco enfatiza en la tarea de los cristianos en la generación de una cultura del cuidado de los más frágiles. Un planteamiento cónsono a la invitación del Santo Padre, es promovida por Caldera Ynfante (2020), quien predica y reclama la pertinencia de fomentar la construcción de una ciudadanía democrática y una educación para la promoción de la democracia y los DDHH que impliquen la gestación de un poder político “rehumanizado” para la protección y el cuidado de la vida en consonancia con el respeto que toda persona merece. De igual modo, Martín Fiorino (2012), quien, al analizar la “vida política y políticas de la vida” que permitan la superación de la situación de supervivencia de la persona humana en las ciudades y espacios urbanos, puntualiza:

El nuevo siglo expresó el paso de un modo de pensar, centrado en la eficiencia, a otro, centrado ahora en la conciencia, la reflexión y la sabiduría práctica (prudencia); en la responsabilidad y en la exigencia de compromiso de cumplimiento (esencialmente político) de la misma. Este compromiso es, en dimensión-macro, con la vida y con el planeta, pero en términos precisos, con un “nuevo” actor político: las personas concretas, quienes, cada vez más claramente, rechazan ser reducidas a meros electores formales, consumidores irreflexivos, partidarios intolerantes o creyentes fanáticos. Todas estas lógicas reductivas de lo humano han sido despersonalizadoras, útiles para fines de dominación, manipulación o domesticación al disolver a las personas en los extremos del individualismo o el colectivismo. El desafío del nuevo siglo es reafirmar y, sobre todo llevar a la práctica, una política de la persona en el marco de la convivencia interpersonal y el cuidado de la vida.

(...)

Ello es especialmente significativo para la vida política, en su manifestación como convivencia (disposición afectiva, comprensión y desarrollo de competencias para vivir en común), hoy amenazada por múltiples reduccionismos, fanatismos e intolerancias. Situadas en el contexto histórico-cultural de América Latina, cabe preguntar qué representan hoy tales amenazas a la convivencia en las ciudades de América Latina y por la posibilidad de desarrollar en ellas políticas de la vida.

El papa Francisco, al definir su postulado del cuidado de los más frágiles, ha apostillado lo siguiente:

209. Jesús, el evangelizador por excelencia y el Evangelio en persona, se identifica especialmente con los más pequeños (cf. Mt 25,40). Esto nos recuerda que todos los cristianos estamos llamados a cuidar a los más frágiles de la tierra. Pero en el vigente modelo « exitista » y « privatista » no parece tener sentido invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida...

210. Es indispensable prestar atención para estar cerca de nuevas formas de pobreza y fragilidad donde estamos llamados a reconocer a Cristo sufriente, aunque eso aparentemente no nos aporte beneficios tangibles e inmediatos: los sin techo, los toxicodependientes, los refugiados, los pueblos indígenas, los ancianos cada vez más solos y abandonados, etc. Los migrantes me plantean un desafío particular por ser Pastor de una Iglesia sin fronteras que se siente madre de todos. Por ello, exhorto a los países a una generosa apertura, que en lugar de temer la destrucción de la identidad local sea capaz de crear nuevas síntesis culturales. ¡Qué hermosas son las ciudades que

superan la desconfianza enfermiza e integran a los diferentes, y que hacen de esa integración un nuevo factor de desarrollo! ¡Qué lindas son las ciudades que, aun en su diseño arquitectónico, están llenas de espacios que conectan, relacionan, favorecen el reconocimiento del otro!²⁵

f) Obliga el Estado a que cumpla el deber respetar, proteger y realizar plenamente su goce efectivo como parte de los sistemas de protección de DDHH.

Para los Estados la satisfacción plena de los DDHH no es una opción: es una obligación basado en elementos jurídico y éticos. En el sistema universal, la fuente primaria, la Carta de la ONU en sus artículos 55.c y 56 establece la obligación de promover y cooperar a tales efectos. El sexto párrafo del Preámbulo de la DUDH impone a los Estados parte el deber de asegurar su goce efectivo. El artículo 2.1 del PIDCP les obliga a respetar y a garantizar tales derechos y en el artículo 2.2 ejusdem asumen el deber de adoptar medidas internas para hacerlos plenamente efectivos. El PIDESC, en el artículo 2.1 les obliga a adoptar medidas para la satisfacción progresiva de los mismos, recalando en el dispositivo 2.2 ejusdem su compromiso de garantizar su plena satisfacción. Los órganos de protección, instituidos en tales pactos, vienen cumpliendo la tarea de supervisar su aplicación y decidir casos concretos de quejas elevadas a su decisión, cuyos dictámenes son comunicados a los Estados parte para su debida atención y acato. A nivel del continente americano, el artículo Pacto de San José sobre DDHH, vincula a los Estados parte a cumplir con la obligación de respetar y garantizar los DDHH y el

²⁵ Véase: *Evangelii Gaudium*, 253. "... Los cristianos deberíamos acoger con afecto y respeto a los inmigrantes del Islam que llegan a nuestros países, del mismo modo que esperamos y rogamos ser acogidos y respetados en los países de tradición islámica."

artículo 2 ordena la ineludible adopción de medidas a nivel interno para su efectiva realización. En este sistema, la Corte Interamericana de DDHH,²⁶ emite decisiones judiciales vinculantes -promovidas ante la misma por la Comisión Interamericana de DDHH- que tienen carácter obligatorio contra el Estado parte sobre el que se establece la responsabilidad internacional en materia de cumplimiento de DDHH, dotadas de plenos efectos de cosa juzgada, vinculantes para el Estado parte sancionado y, por extensión, a merced de la irradiación de eficacia interpretativa (*res interpretata*)²⁷ de sus fallos judiciales, a todos los Estados parte del continente que han aceptado la jurisdicción de la Corte. El cumplimiento estatal de las obligaciones concretas e inaplazables de respeto y garantía de los DDHH ha sido objeto de pacífica y fecunda jurisprudencia vinculante, emanada del máximo órgano de justicia panamericano, en diversos fallos -bajo las modalidades jurídicas de restitución integral, compensación, satisfacción efectiva- en los que impone a los Estados parte el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a los derechos y libertades junto al cumplimiento de la obligación de restablecer el derecho y de reparar los daños ocasionados (*restitutio in integrum*) por las violaciones consumadas al proyecto de vida personal, esto es, contenido o ámbito de protección de los derechos humanos presupuesto de la realización personal, cumpliendo los Estados con el principio de *bona fides y pacta sunservanda* los convenios sobre derechos humanos ratificados por estos.

g) Es inherente a la realización del proyecto de vida de toda persona asumido como derecho humano.

²⁶ Véase, entre otras, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo, serie C, núm. 4, párr. 164.

²⁷ Véase, Corte IDH. *Caso Gelman Vs Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Si el Estado materializa efectivamente todos los DDHH a favor de la persona, por su inherencia con la dignidad humana, ésta cuenta con oportunidades para el pleno despliegue de sus talentos y capacidades, determinando la concreción de su realización humana en tanto promueve y facilita el logro de su horizonte de futuro consistente en el plan de realización personal que se ha trazado conseguir pudiendo determinarse a lograrlo, con autonomía, libre de daños, sin arbitrariedades, sin miseria, sin temores. El derecho humano al proyecto de vida valioso -para algunos, derecho al libre desarrollo de la personalidad- como derecho superior relacionado a la SH, lo definimos así:

Es la facultad o atribución de la persona, inherente a su dignidad humana, de visionar y elegir libremente su futuro con el fin de lograr su efectiva realización personal, como ser individual y social, sin daños arbitrarios, sin miseria ni temores.

El proyecto de vida, como derecho humano individual con irradiación social, comporta un proyecto de futuro basado en el cuidado y la protección de la vida humana. Lo vinculamos a la autorrealización de la persona en libertad y justicia en el *Estado de derechos humanos o Estado humanista constitucional*, que Villalobos et. al., (2018) denominan como “derecho a la autobiografía.” A juicio de Jasper (1968) cada persona define, delinea y articula un proyecto de vida único, con el cual se identifica, lo define como persona y lo integra a su vida en atención de lo que hace y de lo que quiere ser. El Tribunal americano de DDHH al definir el daño al plan de vida afirma que:

“el ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir

su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”²⁸

h) Habilita a la persona humana, como víctima de violaciones a sus derechos humanos a reclamar y obtener del Estado la reparación integral derivada del daño a su proyecto de vida.

Para Fernández Sessarego (1992,1999) el daño al proyecto de vida es la negación que experimenta la persona de realizar la posibilidad de ser lo que libremente eligió para la “personalización” de su vida, que obstaculiza el logro de su futuro, como víctima del daño experimentado. El daño al proyecto de vida, como categoría dogmática derivada del fuero judicial de la Corte Interamericana de DDHH desarrollado en tiempo reciente como forma de reparación del daño material experimentado por la persona -junto a las reparaciones que el Estado parte debe satisfacer derivadas deben satisfacer los daños producidos por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral- como tal:

“[...] implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son

²⁸ Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42, párr. 150.

impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”²⁹.

III.- LA BIOCRAZIA Y EL PODER POLÍTICO PARA EL CUIDADO Y PROTECCIÓN DE LA VIDA: DEFINICIÓN Y FUNDAMENTOS

A juicio de Caldera Ynfante (2020a), que se sigue en lo sucesivo, puede entenderse como *el poder político fundado en el cuidado de la persona y la protección de la vida*. Se deriva del griego bio (vida) y cratos (poder). Traduce como poder basado en la vida, para la vida. Difiere de tanatocracia: poder basado en la muerte. Reubica la narrativa y práctica del poder político del discurso de odio, la devastación humana, la guerra o el “culto” a la muerte en el terreno de la reverencia a la vida; la valoración, cuidado y protección de la vida humana y la SH, interrelacionada de modo indisoluble al *derecho fundamental a la democracia* y el NOM. Es factible ubicarla dentro del ámbito constitucional y convencional que rige el sistema político y jurídico democrático donde el Estado y sus agentes están sometidos al Derecho debiendo actuar en pos de la efectividad de los DDHH. El Estado y los servidores públicos deben

²⁹ Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º En Colombia, es digno de análisis la sentencia del 8 de marzo de 2007 emitida por el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (exp. 15.739), que desarrolla el *daño a la vida de relación* como “un daño inmaterial diferente del moral, que desborda el ámbito interno del individuo y se sitúa en su vida de relación, es decir, se ve afectada la vida exterior de la persona, en cuanto se evidencia una alteración negativa de las posibilidades que tiene de entrar en relación con otras personas o cosas, de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias o, la modificación de sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro”.

respetar, proteger y garantizar la primacía de la vida, la dignidad humana, la realización humana, donde cada persona realice sus propósitos existenciales. Tiene fundamentación humanista, como elemento antropológico y axiológico del poder político en pro del florecimiento humano vinculado la plena efectividad de los DDHH intangibles, inalienables, indivisibles, inherentes a la dignidad humana, es la base de la felicidad individual y social, considerando a cada persona como un fin en si mismo -no como medio-, en sintonía con el imperativo kantiano, merecedora de respeto en toda actuación del poder público ajustada el Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH).

La Biocracia *-poder político fundado en el cuidado de la persona y protección de la vida-* además de la fundamentación ética, tiene relación con el Derecho, establecida por la obligación imperativa de los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (DDHH) mediante actuaciones que los hagan plenamente efectivos para que la persona humana logre la felicidad personal, concretando con libertad y autonomía su proyecto de vida valioso, donde la `realización efectiva` -inherente a la dignidad humana- es el núcleo esencial del NOM que, de forma vinculante, consagra el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH/ONU, 1948).

La Biocracia, concibe la comunidad política como espacio existencial para lo equitativo y lo justo desde la realización humana tangible de toda persona valorada como ser individual (unicidad), en igualdad (universalidad), libertad y sociabilidad (vida comunitaria), ser particular y social, llamado a vivir en armonía y respeto con las demás personas, la familia, la comunidad y la naturaleza para su propio bien, contribuyendo al bien común. La Biocracia, resalta la relación positiva entre poder político y vida humana, con autonomía y libertad, sin la sujeción degradante del control biológico, social o políticos ante

los mecanismos del poder -biopoder o biopolítica acuñados por Foucault (1977)- como epicentro de la legitimidad democrática en tanto instrumento de la comunidad política para asegurar la vida social armónica, la gestión del conflicto y la violencia, bajo la racionalidad humana, el principio de legalidad y la primacía de la dignidad humana.

La Biocracia apunta hacia la SH para que la persona viva una vida con sentido, liberada de la situación de supervivencia, sin miseria ni pobreza, con seguridad, inclusión y calidad de vida o, lo que es mejor, viviendo una vida de calidad que le permita alcanzar sus propósitos, anhelos, aspiraciones y sueños, logrando su plena y efectiva realización humana en tanto tenga oportunidades para concretar su proyecto de vida valioso mediante el despliegue de su capacidad y talento en una sociedad más humana y fraterna, en paz y convivencia armónica, donde pueda gozar de la democracia, como derecho fundamental, asumida como medio y fin para el goce efectivo de todos sus derechos humanos fundamentales.

***Biocracia y Constitucionalismo Humanista*³⁰.**

Vendrá la postpandemia. El sistema de gobernanza mundial, ideado para la segunda postguerra del siglo pasado tiene que ser repensado o redefinido adaptándolo al futuro re-personalizando y re-humanizando la comprensión de la vida y la familia humana en el NOM. Tiene que ser concebido, interpretado y aplicado con sentido *pro hominis o pro personae*. El

³⁰ Es factible hablar, igualmente, de un Convencionalismo Humanista. En la doctrina, se suele denominar también como *Estado Constitucional de Derecho* aunque, por la evolución de la normatividad internacional sobre DDHH, podría hablarse del *Estado Convencional de Derecho*, basados en la positividad del derecho vigente, con el artículo 28 de la DUDH como arquetipo imperativo.

humanismo que impregna el discurso de fundamentación del constitucionalismo y el convencionalismo en boga, desde la primacía de la dignidad humana, procura una comunidad política “vital”, armónica, justa. Luego de esta dura prueba, se espera, con optimismo moderado, que se genere un *cambio civilizatorio* que nos haga mejores personas, benevolentes, solidarios, empáticos, hospitalarios, amantes del prójimo y la naturaleza, practicantes del amor, la compasión y la alteridad, más humanos, en medio del “equilibrio inestable” de una nueva sociedad, en fase de reconstrucción luego de la actual virulencia. Una sociedad con sostenibilidad ambiental y económica a la que tiene que sumarse la sostenibilidad humana, a partir de la SH, en pos de una humanidad igualmente sustentable desde el cumplimiento de los DDHH y el cuidado y protección de la vida humana.

***La Biocracia y El Estado de Derechos Humanos o Estado Humanista de Derecho.*³¹**

Las categorías vida humana; NOM; vigencia y ‘realización efectiva’ de los DDHH; democracia integral como derecho fundamental; Estado y poder político regido por el principio de convencionalidad/legalidad forman parte de los elementos edificadores de la Biocracia, fruto de los esfuerzos de la

³¹ La expresión *Estado social de derecho*, ha sido difundido en la doctrina y la jurisprudencia constitucional desde la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y luego la Constitución alemana de Weimar (1919) en la corriente del llamado constitucionalismo social, más su variante actual Estado social de derecho y justicia o Estado democrático constitucional. La categoría Estado Fallido, Estado Forajido, Estado Criminal es usual en el Ciencia Política y el Derecho Internacional Público. También se ha difundido la noción de *Estado ecológico de derecho*, acuñada por el jurista argentino Humberto Quiroga Lavié (1996) “**El Estado Ecológico de Derecho de la Constitución Nacional**”, Buenos Aires, La Ley. El *Estado de Derechos Humanos* se basa en un derecho de carácter humanista que marca la era de la humanización del Derecho. Podría enunciarse en similar sentido como *Estado de Derecho Humanista*.

comunidad internacional para aprobar el sistema de Naciones Unidas y el derecho convencional sobre DDHH, nacimiento del NOM. Así las cosas, se tiene que la noción clásica del Estado de derecho, se basa en el sometimiento del poder político a la regulación jurídica, donde la primacía de la legalidad impera sobre la arbitrariedad. Cuando al Estado se le hace responsable de asumir la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales, pasando de la igualdad formal a la justicia material, poniendo énfasis en los más vulnerables de la sociedad, acudimos a la irrupción de la noción del Estado social de derecho. La supremacía de la Constitución, el respeto al principio democrático, junto a la defensa de los derechos humanos, condujo a la noción de Estado democrático constitucional. En la teoría y la praxis jurídica y política perduran tales bases conceptuales como referencias en la evolución jurídica del Estado. No obstante, después de la segunda guerra mundial, la humanidad, aturdida por la efusión de sangre y muerte del totalitarismo (régimen tanatocrático), revisa la noción del Estado de derecho positivista, acusado de neutralidad frente a tales horrores, sufriendo una transformación axiológica, epistemológica, ontológica y dogmática profunda dando paso al aquí llamado *Estado de Derechos Humanos*.³² Tanta arbitrariedad, perversidad y muerte reñían con el sentido humano y hurgaban la conciencia jurídica universal lo que ameritó la adopción del esquema de gobernanza y la regulación global de DDHH cuya expresión cardinal es el NOM. En este nuevo paradigma estatal, el humanismo, el poder político y la regulación jurídica convergen en función de la dignidad humana, el respeto por la vida y las libertades fundamentales de los

³²En la doctrina, se suele denominar también como *Estado Constitucional de Derecho* aunque, por la evolución de la normatividad internacional sobre DDHH, podría hablarse del *Estado Convencional de Derecho*, basados en la positividad del derecho vigente, con el artículo 28 de la DUDH como arquetipo imperativo.

seres humanos. Surge luego que la comunidad internacional vuelve su mirada hacia el humanismo, clamando por la defensa de la persona humana, su dignidad, sus derechos fundamentales, supeditando el poder político a la protección de la vida (Biocracia). El humanismo es reconocido, entonces, como el fundamento de la civilización humana, impregnando de disposiciones imperativas la dogmática jurídica, alimentando una nueva narrativa política, centrando la legitimidad del Estado en el respeto por la persona por la inherencia a su dignidad humana, imponiendo la obligación vinculante, a todos los Estados, de asegurarla 'realización efectiva' de los DDHH, abriendo cauce a la configuración germinal de la Biocracia, resaltándose que el humanismo y el respeto por la persona humana (y su proyecto de vida valioso) influyen tanto en la comprensión del poder político y la estatalidad que devienen en su principal sustento. El *Estado de Derechos Humanos* es establecido, orientado a la realización del contenido normativo de la dignidad humana mediante actuaciones estatales concretas que se traduzcan en expresiones tangibles de justicia material a favor de la persona humana -superando el legalismo formalista del positivismo jurídico que no previno los abusos del totalitarismo-, concibiendo el hombre como merecedor de respeto *intuitio personae*, como un fin en si mismo, como un ser individual y social, dotando de carácter imperativo a los DDHH establecidos en las Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales, imponiendo, a los Estados parte, el deber de hacerlos plenamente efectivos como aspecto medular del NOM asumido como derecho basados en la positividad del derecho vigente, con el artículo 28 de la DUDH como arquetipo imperativo.

Concebir un *Estado de Derechos Humanos* o *Estado Humanista de Derecho*, donde el poder político está en función de la vida, implica un "giro

copernicano”, de suyo, frente a la configuración del Estado de Derecho, viniendo a instituir el *Estado de Derechos*, en plural, afincado en la dignidad humana donde, si bien el Estado debe someterse al Derecho -como ordenamiento o sistema jurídico- al unísono debe cumplir, taxativamente, con la obligación consustancial a su razón de ser pública que le obliga a cuidar y proteger la vida de la persona humana cumpliendo con el deber de promover, respetar, garantizar y proteger efectivamente todos los DDHH de sus ciudadanos y todo habitante que viva en su territorio. En tal sentido, se aprecia una mutación, un trasegar del Estado (social o constitucional) de derecho clásico al que aquí se ha denominado como el *Estado de Derechos Humanos* o también el *Estado Humanista de Derecho*. El cumplimiento del NOM, conforma el plexo axiológico-ontológico-antropológico sobre el que se edifica la estatalidad actual respetuosa de la dignidad humana. La justificación teleológica, política y jurídica del Estado actual obedece a su rol de responsable directo, garante y asegurador del cuidado de la vida y la protección integral de toda persona humana interrelacionado e interdependiente con el cumplimiento del deber de respeto, protección, garantía y satisfacción plenamente efectiva de todos los DDHH a favor de toda persona humana, cuya realización efectiva es inherente al despliegue de sus capacidades para materializar su derecho al proyecto de vida valioso que, con autonomía y libertad, sin daños ni arbitrariedades, traza como horizonte de futuro posible, encaminando su voluntad en aras de poder alcanzarlo, siendo respetado, respetando a las demás personas, la familia, la comunidad y la naturaleza, cumpliendo deberes, disfrutando a cabalidad de sus derechos fundamentales, en la comunidad política democrática. Esta visión, nos permite arrimar la idea que el Estado no se limita a la administración, ni a ver a la persona humana como un “administrado”. Dejando atrás esa visión reductiva

de la personalidad humana como un “algo” sometido a la administración estatal (“administrado”), es factible, en contraposición, invertir la preponderancia estatal afirmando la vigencia de los derechos fundamentales, posición jurídica y política en la cual el poder político del Estado resulta obligado a obedecer al imperio de la ley, sometiendo su conducta al deber imperativo de hacer plenamente efectivos todos los DDHH de todas las personas. El *Estado de Derechos Humanos* o un *Estado Humanista de Derecho*, entendido como un *Estado cuidador de la vida*, protector de la vida, un Estado promotor del desarrollo humano integral sustentable. La actuación de la administración estatal habrá de pasar de un estadio de riesgo sistémico de la vida a un estadio de protección de la vida humana mediante la universal aceptación y configuración por parte de todos los Estados de mecanismos de aseguramiento y cuidado de la vida, declarando, por ejemplo, la salud como derecho humano fundamental y bien público universal no mercantilizable.

La Biocracia y la Seguridad Humana (SH).

El PIDCP y el PIDESC, sustrato imperativo del NOM, indican que “con arreglo a la DUDH, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Igual enunciación normológica contienen las convenciones continentales sobre DDHH. La ONU, en el párrafo 143 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 sobre SH (A/RES/60/1) reconoce que “todas las personas, en particular las que son vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano”. Estos parámetros éticos, axiológicos y normativos sobre

la SH determinaron las bases para su aceptación, reconocimiento y promoción en Naciones Unidas.

La Biocracia como cambio de era: del tiempo de los derechos a “el tiempo de la `realización efectiva` de los derechos”.

La `realización efectiva`, obligación imperativa de los Estados para realizar el NOM, es nuevo *momentum* de la humanidad en materia de DDHH. Esta etapa naciente de la historia será la superación favorable del paradigma del “tiempo de los derechos” acuñado por Bobbio (1991). Supone un cambio socio-político-cultural para que el poder político del Estado cumpla dicha obligación. La educación y la pedagogía para la toma de conciencia ciudadana y humana para que exijan al Estado que acate dicho deber es tarea inmediata. La `realización efectiva` impone el deber de planeación y ejecución de programas, proyectos o planes participativos basados en la integralidad - interrelación, interdependencia, indivisibilidad, universalidad- de los DDHH como medio para llegar a la meta: desarrollo humano integral sustentable. Para lograrlo, hay que avanzar *aplicación plenamente efectiva* de los mismos a que refiere el artículo 28 de la DUDH, destinando los Estados y la comunidad internacional recursos técnicos, económicos, monetarios, fiscales, presupuestales, científicos, educativos, culturales o de cualquier índole que sean pertinentes al logro de tal objetivo asociado, en últimas, a propiciar la garantía de la dignidad humana y la realización del proyecto de vida valioso de las personas. El reto que se plantea a la familia humana, en adelante, consiste en un cambio de época en materia de DDHH. Ir del reconocimiento a la aplicación efectiva de los DDHH mediante medidas prácticas: políticas públicas, presupuesto preferente, prioridad absoluta para garantizar el interés superior de los derechos de niños y adolescentes; priorización de atención

mediante acciones afirmativas para minorías, personas con discapacidad, grupos vulnerables o vulnerados, personas pobres o en situación precaria o debilidad manifiesta, etc. El cambio de época, en materia de 'realización efectiva' de DDHH, impone pasar de la enunciación positiva a su satisfacción plenamente efectiva, en la esfera vital de cada persona, en pro de la realización de su potencial humana. Ir del dicho al hecho. La traducibilidad material de los DDHH, hecha satisfacción efectiva, va del reconocimiento a la pragmática tangible de los mismos, con medidas y actuaciones prácticas del Estado obligado y la comunidad internacional. Tener derechos en la letra para no disfrutarlos en la vida material hace de los textos convencionales o constitucionales letra muerta, un manojito de papel mojado, meros enunciados aéreos sin aplicación práctica.

La Biocracia y el tiempo de los deberes humanos.

Como correlato de la cultura de 'realización efectiva' de los DDHH, para que toda persona logre satisfacer el derecho fundamental al NOM, es menester generar una educación, cultura, pedagogía y regulación sobre el cumplimiento de las obligaciones y deberes humanos fundamentales individuales y colectivos. Toda persona como ser individual y social tiene deberes que cumplir derivados de la solidaridad y la corresponsabilidad de contribuir a la consecución de los fines del Estado y de la vida comunitaria. Cumplir con sus deberes es condición de posibilidad para la satisfacción de sus propios derechos y los que atañen a las demás personas. Honrar los deberes personales, frente a su prójimo, sus padres, su familia, la comunidad local, el Estado, la comunidad internacional o la naturaleza es parte de la vida humana y de la sociedad democrática. El cultivo del autocuidado, autoprotección, cuidado mutuo, la práctica de la solidaridad activa, empatía, amistad,

longanimidad, bondad, amor, compasión y acogida así como la contribución impositiva en tiempos de calamidad para el auxilio y socorro de los más débiles de la sociedad es una opción virtuosa de cada persona que por la finalidad humanista de tales acciones no resulta justificado eludir. A tal conducta, la doctrina social de la iglesia católica, la denomina *opción preferente por los pobres o opción preferencial por los pobres*.³³ Concebir que, desde el egoísmo, cada cual logre realizarse humanamente sin pensar ni respetar las demás personas resta sentido al proyecto de futuro colectivo que genere bien común, sin dejar de valorar la inalienable autonomía individual de toda persona.

La Biocracia y la transformación sociocultural:

Los Estados-Parte de la DUDH, tienen que tomar las medidas a su alcance que sean efectivas y apropiadas para digerir las enseñanzas que deja esta dura etapa de prueba procediendo a *transformar los patrones socioculturales y sociopolíticos* presentes en la conducta de sus dirigentes y habitantes con el propósito de generar políticas públicas y prácticas sociales, políticas, económicas y ecológicas con sentido humano que logren, en pos de la sostenibilidad y el desarrollo humano integral (con los Objetivos de Desarrollo Sostenible del Milenio -ODS- como guía) la inclusión de los sectores vulnerables o vulnerados que en situación de inequidad, miseria y pobreza o de llana supervivencia; atender efectivamente a los marginados que carecen de oportunidades para desarrollar sus capacidades humanas; eliminar los prejuicios de supremacía racial, nacional, religiosa o sexual; respetar los

³³Uno de los pilares de la llamada Teología de la Liberación, enunciada en el documento final aprobado por la [III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano](#) (CELAM) realizada en [Puebla](#) en 1979. Se trata de la continuación, ratificación y profundización de la opción por los pobres realizada por el Episcopado Latinoamericano en el [documento de Medellín](#), 1968.

valores ancestrales, cosmovisión, cosmogonía y prácticas consuetudinarias de los grupos étnicos; avocarse a detener y subsanar las causas y efectos del cambio climático; promover el diálogo social, el trabajo decente y la formalización del empleo erradicando toda forma de trabajo equivalente a esclavitud laboral moderna; garantizar el acceso a servicios públicos de calidad y superar las barreras de acceso a la educación, la ciencia y la tecnología de los segmentos pobres de la sociedad, entre otras prioridades, superando el hambre, la sed, la enfermedad, la inequidad y la pobreza, como el principal reto de este *momentum* de la plena y efectiva realización de los derechos humanos como vía para romper el estereotipo estigmatizador radicado en la distinción países desarrollados/países subdesarrollados.

La Biocracia y la política en un NOM: más y mejor política, más y mejores políticos, más y mejor democracia.

Un NOM centrado en la plena efectividad de los DDHH de todas las personas apunta a la reivindicación de la política como saber científico y como actividad cotidiana orientada al cultivo de la felicidad humana como medio para que cada persona realice el proyecto de vida valioso que, desde su autonomía y libertad, sin daños ni temores, está llamada a concretar en el Estado democrático constitucional.

La política, asumida y ejercitada como actividad de la vida humana para el fomento, la promoción, el cuidado y la protección de la vida buena (Biocracia). La política, como motor de impulso para la construcción de una ciudadanía humanística, empática, fraterna, solidaria y sensible que confíe en el otro, que reconozca al otro, en aras de conformar una mejor sociedad más justa, armoniosa, incluyente y equitativa.

Este salto adelante, que pasa por abrazar el ejercicio de la política como un imperativo ético y social de nuestro tiempo, para “rehumanizar” o “repersonalizar” el poder político en función de la dignidad de la persona humana y el bien común. Una política, ajena a la despersonalización que erosiona el poder político ahora, dando un giro copernicano en pos de la afirmación de lo humano, donde, desde el poder político, prime el cuidado y la protección de la vida, la dignidad humana, el respeto por la persona y la plena satisfacción sus derechos, esto es, desde una concepción Biocrática (derivación de la Biocracia) compatible con la democracia integral, vista como derecho fundamental, que promovemos. La praxis política rehumanizada, implica y presupone mejores personas, mejor liderazgo, en todos los ámbitos de la vida, en particular, reclama, a gritos, un mejor liderazgo político. Más y mejor política; más y mejores políticos; más y mejor democracia para una humanidad que ve menguado el humanismo por el egoísmo, el individualismo, la indiferencia y la indolencia de un liderazgo que desdeña de la política y, con ello, se hace refractario e insensible ante el dolor, la exclusión y el sufrimiento del prójimo, impasible e inamovible ante la miseria y la aflicción de los más frágiles y vulnerables de la sociedad. En apoyo a lo anterior, se traen a colación las ideas expuestas por el papa Francisco en *Evangelii Gaudium* (2016), donde invita a los creyentes, laicos y demás integrantes de la familia humana a la asunción de la práctica política como una forma sublime de caridad, con políticos “a los que les duelan los más pobres,” que contribuyan a resolver “los males de nuestro mundo” siendo las migraciones, de diversa índole, uno de ellos:

205. ¡Pido a Dios que crezca el número de políticos capaces de entrar en un auténtico diálogo que se oriente eficazmente a sanar las raíces

profundas y no la apariencia de los males de nuestro mundo! La política, tan denigrada, es una altísima vocación, es una de las formas más preciosas de la caridad, porque busca el bien común.³⁴ Tenemos que convencernos de que la caridad «no es sólo el principio de las micro-relaciones, como en las amistades, la familia, el pequeño grupo, sino también de las macro-relaciones, como las relaciones sociales, económicas y políticas». ³⁵ ¡Ruego al Señor que nos regale más políticos a quienes les duela de verdad la sociedad, el pueblo, la vida de los pobres! Es imperioso que los gobernantes y los poderes financieros levanten la mirada y amplíen sus perspectivas, que procuren que haya trabajo digno, educación y cuidado de la salud para todos los ciudadanos. ¿Y por qué no acudir a Dios para que inspire sus planes? Estoy convencido de que a partir de una apertura a la trascendencia podría formarse una nueva mentalidad política y económica que ayudaría a superar la dicotomía absoluta entre la economía y el bien común social.

La Biocracia y la biodiversidad, la sostenibilidad, la Bioeconomía o Economía Circular.

Se debe generar una transformación cultural y educativa para la protección de la naturaleza, con el propósito de garantizar el derecho al medio ambiente sano, la biodiversidad y la bioculturalidad, como soporte, a su vez, del logro del proyecto de vida valioso de cada persona asociado a la protección y el cuidado de la vida humana, mediante la formulación, adopción e implementación de la *Estrategia Nacional de Bioeconomía o Economía*

³⁴ Se apoya en la cita: Cf. Commissionsociale des évêques de France, Declaración Réhabiliter la politique (17 febrero 1999); Pío XI, Mensaje, 18 diciembre 1927.

³⁵ Se apoya en la cita de: Benedicto XVI, Carta enc. *Caritas in veritate* (29 junio 2009), 2: AAS 101 (2009), 642.

Circular, en todos los Estados, con la que se pretende lograr un mundo que promueva el progreso económico conforme a los Objetivos de Desarrollo Sostenible / Agenda 2030 (ODS/ONU) y procure el desarrollo humano integral, donde la persona humana viva una vida digna, plena de sentido, mediante: a) la transformación de las cadenas de producción y consumo del país, por medio del manejo eficiente de materiales, agua y energía, realizando la transición energética y la utilización de energías limpias, fomentando el cuidado de la naturaleza y la biodiversidad; b) generar un proceso educativo y cultural para incentivar a productores, proveedores, consumidores y demás actores de los sistemas productivos y de consumo para que desarrollen e implementen nuevos modelos de negocio que incorporen la gestión de los residuos, el manejo eficiente de los materiales y el cambio en los estilos de vida de los ciudadanos; c) incentivar sustancialmente y de manera progresiva y medible las tasas de reciclaje y utilización de residuos, bajo esquemas de desarrollos urbanos bajo la premisa de ciudades inteligentes sostenibles, mejor planificadas, más acogedoras, donde el uso de la tecnología (robótica, nanotecnología, Big Data, internet de las cosas, inteligencia artificial), promueva el *derecho a la identidad digital*³⁶ y demás derechos digitales conexos (neutralidad de internet, derecho al olvido, anonimato), contribuya a la felicidad humana y la calidad de vida; d) aprovechar de manera eficiente y sostenible el porcentaje de residuos sólidos; e) someter a procesos de tratamiento, manejo y gestión posconsumo de residuos peligrosos y especiales

³⁶En España, recientemente, ha sido sometida a consulta reciente la Carta de Derechos Digitales y, desde distintos sectores, se promueve la futura adopción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Internet para garantizar proteger la persona humana.

Véase: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf

para lograr un aumento creciente de número de toneladas efectivamente aprovechadas, todo en el marco de los ODS, Agenda 2030.

IV.- UN NOM, MEDIADO POR LA BIOCRACIA, SUPONE IR DEL TIEMPO DE VIRULENCIA AL TIEMPO DE LA 'EFECTIVA REALIZACIÓN' DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE UN NUEVO CONTRATO SOCIAL MUNDIAL O UN GRAN PACTO POR LA HUMANIDAD.

La gravedad de la pandemia de la COVID-19 ha desnudado las falencias del mundo y ha puesto de manifiesto que, pese a las diferencias, los líderes de la Unión Europea aprobaron la inversión de 750 mil millones de euros en los próximos cuatro años para la reconstrucción de los países miembros y también las mezquindades que afloran en el liderazgo de ciertas potencias, como EEUU, que si bien invierte, a lo interno ingentes recursos para paliar los coletazos de la emergencia sanitaria, hacia el exterior tiene una posición política que fragmenta y debilita el sistema internacional limitando u obstruyendo el propósito de construir soluciones comunes a una tragedia sanitaria que afecta el presente y futuro de la familia humana sin distinción alguna. La fatalidad y la tragedia nos enseñan:

Que se ha invertido demasiado tiempo y recursos en lo que nos destruye como humanidad en vez de destinar talentos, capacidades y medios para cuidar y proteger la vida humana, para tener una vida buena y ser felices.³⁷ La deshumanización y la despersonalización de la vida es palpable

³⁷ La *felicidad humana* se entiende aquí relacionada a la realización humana o al florecimiento humano inherente a la realización del contenido normativo de la dignidad humana. Está vinculada al logro del proyecto de vida valioso que la persona, desde su autonomía, elije

en las relaciones humanas -desde la familia-, en el ejercicio del poder político, en las políticas públicas y la actividad económica restando entidad a la premisa que todos somos, en tanto persona humana, *iguales en dignidad e iguales en derechos* como lo afirmó la Declaración francesa de los derechos del hombre y el ciudadano (1789) y lo predicaron, con carácter normativo, la DUDH (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, y sus modificaciones), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y la mayoría de Constituciones de los Estados, generalmente en Occidente.

Que la vida tiene que ser cuidada, protegida, asegurada y garantizada por los Estados y las personas como supra-derecho humano medular en el que gravita la familia humana garantizando adecuados elementos materiales y espirituales en pos de la autorrealización humana, fomentar la bioseguridad y definir políticas públicas en el presente, con sentido humano y prospectivo, en defensa de la persona humana, su salud, su bienestar y la plena efectividad de sus derechos. La ciencia, la innovación y la tecnología deben tener como prioridad el cuidado y protección de la vida, la búsqueda de remedios y soluciones eficaces frente a amenazas virulentas o bacteriológicas capaces de arrasarse con la población mundial. Los ricos o poderosos son tan vulnerables como los más frágiles de la población mundial. Es el momento de la unión, en

alcanzar libremente, en un horizonte de futuro, sin daños ni arbitrariedades, contando con medios y oportunidades para el despliegue de sus capacidades para vivir una vida con sentido, una vida buena, contribuyendo al bien común, aportando a la felicidad social en justicia, viviendo sin miedos ni temores.

la diversidad, para ser agentes promotores de la cultura del cuidado y protección de la vida en una sociedad más humana. La prepotencia y la falta de humildad llevan a la destrucción de la vida y de aniquilación de la humanidad. La soberbia y el egoísmo son pésimos sentimientos que obstruyen la felicidad humana y el desarrollo humano integral.

Que los recursos destinados para la guerra, la muerte y la destrucción merecen ser invertidos en el aseguramiento del cuidado y protección de una vida buena, vida con sentido, que valga la pena vivirla, soporte del proyecto de futuro personal y social, llamado a ser realizado por toda persona humana, en una democracia integral, vista, desde la perspectiva de Caldera Ynfante (2018a, 2018b, 2018c, 2020b) como derecho fundamental, orientada a la consecución de la felicidad humana, donde el Estado y los demás actores de la comunidad política promuevan oportunidades para que las capacidades humanas florezcan sin daños.

Que una economía con sentido humano y social es una necesidad histórica, sin lucro egoísta o desmedido, con riqueza mejor repartida, hoy en manos de unos pocos, ante la pobreza de millones seres humanos. El Estado tiene que proveer de oportunidades para que todos cuenten con ingresos decentes y condiciones adecuadas de vida asumiendo el rol de actores protagónicos de la actividad productiva. Debe intervenir con fuerza en la economía para asumir la atención de derechos humanos fundamentales y los servicios públicos asociados a ellos, como bienes públicos no transables, que jamás podrán ser reducidos al nivel de las mercancías, respetando, con seguridad jurídica y ciudadana, activa participación del sector privado. Debe prevenir y corregir las fallas del mercado, asimétrico e imperfecto, determinado por actores volcados al lucro, donde el que más tiene más puede. Hay avances

en la democratización política y social. **La democratización de la economía es materia pendiente.** Un paso para avanzar en ello, sería la implementación de la participación de los trabajadores en el patrimonio de las empresas, que les de poder a ellos en la gestión y en el reparto de dividendos, derivados de la utilidad, fruto de su esfuerzo, como una iniciativa que las grandes corporaciones y factorías nacionales o globales asuman, consultando a los trabajadores y sus organizaciones sindicales, dignificando sus salarios y su relación con la empresa, al reconocerles estatus de trabajadores-copropietarios desde la solidaridad y el diálogo social. Hay que insistir en que -a la par de un modelo económico que garantice la libertad de empresa y la iniciativa privada, las inversiones, la seguridad jurídica y la rentabilidad- es necesario hablar de la democratización económica que involucre protagónicamente a los trabajadores en el desarrollo productivo y la participación en la gestión. Un sistema económico con justicia material y sentido democrático; con alma; con sentido y rostro humano. Una economía humana, dotada de sensibilidad y amplitud para incorporar a los trabajadores en la titularidad porcentual de la estructura accionaria de la empresa, que les permita tener voz y voto en la dirección y la participación societaria en la gestión, percibiendo las cuotas partes equivalentes como dividendos, datando de utilidad social a la mera utilidad del capital de las empresas. Los poderes económicos del mercado, en medio de millones de personas sumergidas en la violencia, la guerra, la pobreza y la miseria, sin seguridad humana SH, nada son y nada representan cuando la población está amenazada o cuando sobrevive en medio de acechanzas graves como el populismo sectario, los fundamentalismos de nuevo cuño, la marginación excluyente, los rigores del cambio climático o la destrucción inmisericorde de la naturaleza con fines meramente crematísticos haciendo inviable, a la postre, la vida humana.

Que el fomento de la alteridad y la solidaridad, tienen que ser los ejes de una política centrada en la protección y el cuidado de la persona humana, que se arriesgue a definir una democratización económica, una distribución equitativa del acceso a la riqueza, basada en el predominio de la justicia material sobre los formalismos excluyentes y la proscripción de la violencia, la destrucción y la arbitrariedad del poder político con acato por el derecho y la garantía de los derechos humanos fundamentales. El modelo económico tiene que incluir en las cuentas del balance un rubro denominado *utilidad social o dividendo comunitario* para transferir parte de su ganancia a la protección de comunidades de su entorno y la población marginada, al cuidado del medio ambiente y la naturaleza, al fomento de educación para la felicidad humana, la construcción de cultura democrática como medio para dotar de sustentabilidad el tejido social donde anida el tejido productivo de los países.

Que EEUU y China, 38 protagonistas estelares de la geopolítica mundial, actual y venidera, están llamados a impulsar la concreción del NOM con mayor fuerza luego de la superación de la pandemia, abandonando la carrera armamentista, haciendo efectivos los DDHH de sus habitantes (nacionales o extranjeros), promoviendo una cultura global de promoción, respeto, garantía y protección de los mismos. Máxime, luego de las lecciones que deja la presente emergencia sanitaria que evidencia la desnudez de sus sistemas sanitarios para cuidar la vida humana. Tal exigencia, que implica la asunción de un paradigma de cuidado de la vida de propios y extraños a su territorio, es un reclamo a voces para garantizar el NOM en medio de regresiones evidentes en materia de protección de derechos humanos debido

³⁸ Junto a Rusia, Reino Unido y Francia, países con poder de veto en CS/ONU, más Alemania y Japón.

al cierre de fronteras, la prohibición de ingresos de migrantes, la ausencia de libertades, el autoritarismo revestido con ropaje electoral o el control biométrico de la población. Junto con otros actores relevantes de la comunidad internacional pueden definir -a modo de complemento y mayor carga de compromiso para los Estados cumplan los ODS y la Agenda 2030-, como un nuevo *Contrato Social Mundial o un Gran Pacto por la Humanidad* (Human Great Deal)³⁹ por la vida y para el futuro de la humanidad, que agencie cambios en la gobernanza mundial y que los organismos internacionales, basados en la formulación de estrategias, iniciativas y la aportación de recursos económicos suficientes, atiendan sin dilación las causas y los efectos del cambio climático como deber de solidaridad y de corresponsabilidad intergeneracional.

Que los problemas globales ameritan respuestas globales, a problemas comunes soluciones mancomunadas, desde el Estado, el sector privado y la sociedad, estimulando y promoviendo la solidaridad, la empatía, la acogida, el respeto por toda persona humana -igual en derechos y dignidad- y la defensa y cuidado de la naturaleza como casa de todos, luchando por una nueva ecología humana, en términos del Papa Francisco en la encíclica *“Laudato Si”*. La lucha contra la pobreza no da espera. Es imperativo que toda persona humana cuente con un ingreso y tengo un trabajo decente; que los niños tengan educación y alimentos; que las personas tengan acceso a derechos básicos (agua, electricidad, conectividad a internet, etc.) y vean honrados sus derechos fundamentales -con SH- como presupuesto esencial para la convivencia política y la sostenibilidad democrática en una democracia integral. La integración, el mutualismo, la asociatividad y la colaboración constructiva

³⁹ También puede entenderse como Great Human Covenant.

entre Estados para estos fines comunes de la humanidad reclama tomar acciones colectivas urgentes y comprometer, de forma mancomunada, recursos económicos suficientes y sostenibles en el tiempo.

Que el derecho y la ciencia política tienen tarea por delante ante el resurgimiento del poder de los Estados como actores hegemónicos en medio de la emergencia sanitaria, adoptando medidas de excepción para conjurar la tragedia, resultando impostergable la defensa de los derechos fundamentales y la proscripción de los abusos de poder y la tentación del oprobio, en particular, contra sectores minoritarios, vulnerables, excluidos, migrantes, extranjeros o disidentes. Estatalidad, legalidad seguridad jurídica y justicia son compatibles a los fines del desarrollo humano integral.

Que el armamentismo es una carga contra la humanidad que debe cesar. Los recursos económicos que sean gradualmente liberados, por los países fabricantes y vendedores de armas, tienen que conformar Fondos Globales de Solidaridad⁴⁰ con fines humanitarios de la comunidad de naciones o las comunidades regionales de Estados con la finalidad de mitigar y superar morbos sociales lacerantes como la pobreza, en cualquiera de sus manifestaciones, la exclusión económica y la falta de acceso a servicios públicos esenciales. El derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a la vida sostenible intergeneracional desde la corresponsabilidad, el derecho fundamental a la democracia y el derecho a la felicidad, entre otros, por inherentes a la dignidad humana, han de ser realizados en la práctica, en la esfera de vida de cada persona, más allá de los enunciados teóricos o normativos que los definen.

⁴⁰ Véase *ut infra* pág. 17

Que es posible un mundo mejor si somos capaces de ser mejores personas, más humanos, más sensibles con los que sufren, menos indiferentes ante el dolor y la tragedia de nuestros hermanos, más empáticos, más amigos, movidos por el amor y la compasión antes que por el lucro y la vanidad.

V.- MOMENTUM DE GRANDES PACTOS POR LA HUMANIDAD PARA ASEGURAR EL PROYECTO DE FUTURO DE LA HUMANIDAD.

Es tiempo de acordar un nuevo *Contrato Social Mundial* o un nuevo Gran Pacto por la Humanidad (Human Great Deal).⁴¹ El proyecto de futuro colectivo de la familia humana, sustentable y esperanzador, se centra en el cuidado y protección de la vida fomentando en el respeto y cuidado mutuo para con las demás personas, la comunidad y la naturaleza. El singular florecimiento humano, de cada cual, está interrelacionado y es interdependiente, en diversos planos de la vida, con el logro del propósito común o colectivo de un futuro mejor para la realización humana en su conjunto, de manera constructiva, respetando las opciones, preferencias o elecciones personales mediados por la tolerancia y pluralismo de la sociedad democrática. El proyecto de futuro para la humanidad es un caleidoscopio de diversos proyectos de vida valiosos que las personas, con afirmación de su dignidad humana, autonomía y libertad. La superación de la primera guerra biológica mundial, habrá costado mucho a la familia humana. La postpandemia del COVID-19 aún está por llegar. Tomando como precedente los acuerdos prohumanidad celebrados en la segunda posguerra mundial, la comunidad internacional tiene el imperativo moral, ético, político y jurídico de llegar de nuevo a grandes acuerdos o grandes pactos

⁴¹ También puede entenderse como Great Human Covenant.

globales, construyendo sobre lo construido, avanzando sobre lo recorrido, enmendando los desaciertos, supliendo las deficiencias, reparando los daños que el desarrollo ha ocasionado, remediando lo afectado, atendiendo los aspectos ignorados, sin regresiones ni saltos atrás. Allí reposa la *agenda global compartida como proyecto de futuro* de la familia humana; un horizonte de porvenir más auspicioso en logros tangibles a la felicidad humana. En este nuevo tiempo -luego de la superación de la *virulencia* presente- ha de ser un ciclo prometer y auspicioso para la evolución de la familia humana construido de manera compartida

Relación entre derecho y postpandemia.

Para “regular” las respuestas “institucionales” de los Estados al desbordamiento del contagio del virus, estos, en el ámbito nacional, han acudido al constitucionalismo de excepción (estados de alarma, estados de excepción, situación de desastre, emergencia sanitaria, etc.) mientras, en el plano internacional, la Organización Mundial de la Salud (OMS), luce desubicada, desfasada, lidiando con el cuestionamiento por lo tardío de su actuación y su presunta falta de transparencia e independencia frente a los grandes países contribuyentes para su funcionamiento, con la decisión de EEUU de paralizar la transferencia de aportes. El Consejo de Seguridad (CS/ONU), el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) han sido rebasados por la contingencia. A nivel continental, la respuesta institucional es similar. Las pautas normativas con pretensión de generalidad para la comunidad internacional no fueron delineadas y los protocolos aplicables, basados en el criterio médico-científico, queda discreción del gobierno de turno de cada Estado dándose la circunstancia de que algunos han planteado la delicada disyuntiva de poner a su población a optar entre la vida

humana o la economía. La *virulencia* ha contagiado también el discurso y la práctica política. Se aprecia así la faceta política individualista del “sálvense quien pueda” por parte de algunos Estados, optando por “salvarse” ellos así se incrementa la desgracia para el resto de la humanidad, si caer en cuenta que un mundo enfermo no garantiza su propia seguridad sanitaria presente ni futura. La pandemia evidencia que las grandes potencias mundiales han resultado *impotentes*, hasta el momento, frente a las consecuencias patógenas del agente virulento, adoptando medidas reactivas y puntuales, con la poca información disponible sus salas de crisis, desnudando las carencias de una cultura política y unas prácticas administrativas pensadas con la arrogancia de imponerse, mediante el uso de la fuerza, como las naciones más poderosas de la tierra para hacer la guerra fuerza pero no para cuidar y proteger la vida humana, ni siquiera la de sus ciudadanos, mediante los avances de la ciencia y la innovación. Vaya paradoja: potencia para desarrollar tecnologías sofisticadas de muerte e impotencia para generar avances e innovaciones para celebrar, cuidar y proteger la vida humana.

Normalidad precaria y futuro inestable:

Una vez pase la virulencia, nada volverá a ser como antes. El futuro de la humanidad estará marcado por la inestabilidad. El riesgo tiene que ser gestionado eficientemente por el Estado, sus órganos y agentes, con la solidaridad activa del sector privado, para asegurar el cuidado y protección de la vida humana, con los amparos y coberturas de protección que derivan de hacer efectivos todos los derechos humanos para toda persona humana en cualquier lugar y en todo momento. A ello se contrae la aplicación del NOM. Es, sin duda, *la primera guerra virulenta mundial contra la humanidad*, en pleno desarrollo. No se sabe cuánto más durará, cuál será su amplitud, ni cómo

terminará o será superada. Todo cabe en la nebulosa de la elucubración, la incertidumbre y el riesgo, desnudando lo débil que, como humanidad, han resultado los sistemas salud, en general, y la miopía de las políticas públicas sanitarias y epidemiológicas ante la virulencia contingente al punto que los países potencia (y los que no lo son) han terminado avasallados por la pandemia, sumidos en la paradoja de hallarnos en medio de una guerra biológica, no convencional, sin que dispongan de los medios adecuados para repelerla, deviniendo en instrumentos inútiles sus ejércitos, misiles, portaviones o cazabombarderos, elementos anodinos para derrotar el microorganismo virulento que hace destrozos sobre los habitantes y las economías del orbe. Esta dura prueba, que ha puesto en cuestión las capacidades de respuesta de la humanidad ante la virulencia al acecho, nos enseña que podemos y tenemos que luchar, desde ya, por un cambio radical de paradigma en lugar de aferrarnos al *status quo* hasta ahora imperante, con la esperanza en que la emergencia sanitaria global haga aflorar los sentimientos más nobles y las ideas más sublimes de la condición/razón humana.

Respuestas globales a problemas globales.

La pandemia ha demostrado la debilidad de la comunidad internacional, que requiere, con inmediatez, fortalecer el multilateralismo, la cooperación y la solidaridad internacional. Es trágico que los Estados hayan descuidado lo esencial: cuidar y proteger la vida de su población. Basta ver la falta de investigación para vacunas y remedios eficaces, la insuficiencia de los sistemas sanitarios para afrontar patologías virulentas, la carencia de sistemas de cobertura para la proteger la salud (la vida) y la exposición a riesgo de contagio y muerte de millones de personas. A problemas comunes, soluciones conjuntas efectivas. La magnitud de la virulencia, en lo personal, social,

sanitario, político y económico impone a los Estados trabajar sobre la solidaridad y apoyo mutuo antes que tratar de imponer su hegemonía, unos sobre otros, jugando a la ley de la selva mientras la familia humana está desprotegida en cuanto al goce de su derecho máspreciado: la vida, amenazada por el virus. Exige menor competencia y mayor colaboración, sincera y magnánima, de la comunidad internacional. Una política global, concertada entre los Estados y la comunidad internacional, definida y ejecutada a largo plazo resultaría efectiva para abordar la solución compartida sobre problemas comunes, de tanta envergadura, sin incurrir en la tentación del unilateralismo, los particularismos nacionales movidos por ideas soberanistas egoístas, aislacionistas o de ruptura de cada Estado en concreto. Fortalecer la solidaridad, reconocer la importancia del otro, incentivar la empatía, propiciar la acogida, superar la xenofobia y la discriminación, acentuar el esfuerzo político, concitando apoyos y aportes materiales mutuos, para el cuidado y la protección de la vida humana, será el derrotero a seguir antes que acudir a la competencia individualista o la supremacía nacional de cada Estado. Esta legítima aspiración, puede verse trastocada por la creciente lucha que libran China y EEUU en procura de hacer valer su posición de predominio en la escena mundial. El choque comercial, económico, político e ideológico -una especie de “guerra sofisticada no convencional” entre estas poderosas naciones de la tierra-, es ir de vuelta a un pasado de desconfianza, intrigas, egoísmos y tirantez ya vividos por la humanidad en tiempos de la “guerra fría” del siglo pasado. La confrontación, retrasará la asunción del compromiso por la vida y la SH que los sectores poblacionales pobres, vulnerables, excluidos o minoritarios de la tierra merecen sean aprobados y aplicados en consonancia a la garantía efectiva de sus DDHH y su dignidad humana. Lo que avizora como un conflicto, podría prolongarse indefinidamente en el tiempo, traería consecuencias

dañinas impredecibles en materia de pérdidas de libertades fundamentales y de desprotección de la vida humana, seguridad y defensa nacional, equilibrio geopolítico, comercio mundial y el sistema de gobernanza global. Ambas naciones, en el fondo, no escapan, en lo político, a la *virulencia* actual. Parecen animadas a sacar provecho de la pandemia para preponderar, como primera potencia mundial, en el futuro inmediato de la humanidad, mientras la guerra comercial y las conductas que restringen libertades fundamentales contra migrantes, minorías o quienes piensan diferente siguen un curso creciente en ambas naciones. Corresponde a los demás actores de la comunidad internacional definir la agenda global por la vida y la SH de la familia humana, haciendo valer su influencia política y diplomática para que, junto a China y EEUU, Rusia y los demás países del orbe, sumen esfuerzos destinados a su aprobación e implementación para el logro de la felicidad personal y el bien común universal.

La urgencia de actuar a tiempo para celebrar los Grandes Pactos en función de la `realización efectiva` de los DDHH.

El horizonte de futuro promisorio de la humanidad reclama grandeza y coraje para anteponer el bien superior de la vida del planeta a los intereses particulares de cada Estado, por más potencia que sea, privilegiando la cooperación y la solidaridad antes que la soberbia y el sectarismo. La familia humana -cada persona en singular- tiene el derecho a disfrutar efectivamente de todos sus derechos. El proyecto de futuro como horizonte de futuro promisorio de la familia humana exige garantizar la progresividad en el goce efectivo de los DDHH, contraria a toda conducta estatal que entrañe *regresiones peligrosas* en detrimento de su núcleo esencial. Fenómenos como el autoritarismo, el nacional populismo, la estatalidad asfixiante que niega y

destruye libertades esenciales (Estado amo vs personas bajo servidumbre), la intromisión indebida o arbitraria del Estado en la economía -reducida al puño de los gobernantes- y la restricción o violación a los derechos políticos por disidentes, minorías u opositores persisten en la práctica del poder político que deben ser evitadas, superadas y remediadas en atención a la aplicación del NOM. Pasar el discurso de los DDHH a su `realización efectiva` exige un liderazgo a la altura de las trágicas circunstancias que acechan el horizonte de futuro de la humanidad que adopte medidas y ejecute actuaciones inmediatas para cuidar y proteger la vida, obrando ya a favor de la persona humana y el planeta, con los medios y recursos de los Estados y la comunidad internacional.

VI.- DECÁLOGO DE LA ESPERANZA: IDEAS LIMINARES PARA EL CUIDADO DE LA PERSONA Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA.

Sentadas las bazas anteriores, advertimos que, como familia humana, transitamos el *momentum* de la `efectiva realización` de los DDHH, conscientes que hay que hacer más, andando sobre lo andado -retomando el `espíritu de humanidad` que llevó a la aprobación del derecho convencional de los DDH y del creación de la ONU- ya que es materia pendiente de la comunidad de naciones pasar del discurso de los derechos a su materialización tangible, dando satisfacción tangible a los derechos humanos implicados en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) o Agenda 2030 de Naciones Unidas.⁴² El cuidado y la protección de la vida es la garantía del horizonte de

⁴² Según la ONU: "17 objetivos para transformar nuestro mundo En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a

futuro promisorio de la humanidad. Como enunciados generales de cara a una nueva gobernanza mundial, más humana y fraterna, como umbral de cara a la bienvenida de una discusión fecunda sobre una *nueva humanidad*, con modestia se propone:

1.- Fondo Global de Solidaridad (FGS) y canje de deuda externa por inversión humanitaria.

El Fondo Monetario Internacional (FMI)⁴³ tiene el deber de procurar, por todos los medios, que nadie se quede atrás, adoptando políticas, creando mecanismos y aportando recursos suficientes en tal dirección. Debe promover la iniciativa de condonar de pleno derecho capital e intereses de la deuda externa (pública y privada) lícitamente contratada que pesa sobre las arcas de los Estados pobres o en vías de desarrollo, golpeando la capacidad monetaria y fiscal para satisfacer plenamente sus derechos fundamentales o, en su defecto, acordar la moratoria de pago, a largo plazo y sin interés, del capital y los rendimientos de tan gravosos pasivos. Cada dólar invertido en las personas podría imputarse como pago de deuda externa. Para tal finalidad, el FMI puede

nadie atrás. La Agenda cuenta con [17 Objetivos de Desarrollo Sostenible](https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/), que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de nuestras ciudades". Consultado el 24 de julio de 2020. Visible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>

⁴³ La ONU ya dispone del **Fondo Fiduciario para la SH** que puede servir de vehículo administrativo y financiero para tales fines. El BM, el Banco Europeo de Reconstrucción, el Banco Interamericano de Desarrollo, etc. podrían implementar políticas de alivio similares a las que implemente el FMI. El sector financiero privado internacional podría ser protagonista de dichas medidas de alivio de la deuda externa, en ejercicio del deber de solidaridad, siguiendo el ejemplo de la banca multilateral. China, principal acreedor público de los sobreendeudados países africanos, debe sumarse a esta iniciativa humanitaria de tipo administrativo y financiero.

promover la creación del FGS, apalancado con la emisión de Derechos Especiales de Giro (DEG), mediante una política global de alivio a la población de países endeudados, supervisado por el FMI y los organismos de la ONU, con la finalidad de que: a) los países pobres o en vías de desarrollo puedan recibir dinero fresco, sin generar nueva deuda en detrimento de su ya comprometida situación fiscal, invirtiendo en atención prioritaria en salud, medicinas, alimentos, agua potable, saneamiento sanitario básico y atención prevalente de población pobre o bajo situación de hambre o de amenazas de hambrunas, ahora en incremento, por la falta de alimentos y las condiciones de aumento de la miseria y la pobreza como coletazo de la pandemia; b) con la emisión de DEG, colocados a favor de países pobres o en vías de desarrollo, sin generar nueva deuda ni sanciones por impago, podrían amortizar deuda pública externa con entidades multilaterales o los acreedores del Club de París con lo cual, además de amortizar deuda, se evita que tengan que destinar los escasos recursos económicos al pago de la misma; c) con la emisión de DEG, colocados a favor de países pobres o en vías de desarrollo, a fondo perdido, no retornables, los Estados beneficiarios podrían atender servicios públicos esenciales o reactivar planes de inversiones en obras públicas indispensables que generan empleos y bienestar social, tomando el ejemplo de la Unión Europea y la política de reconstrucción recientemente acordada.

2.- Reconocimiento de la salud como derecho fundamental y que las vacunas -y sus patentes- sean declaradas como bien público universal.

La pandemia ha demostrado que los países ricos tienen acceso preferente a la vacunación y la atención médica para sus pobladores comparados con los habitantes de países pobres o endeudados. Por ello, la

salud -y la vacunación frente a pandemias derivadas de patologías virales o bacterianas como parte de la misma- debe ser asumida como un derecho humano fundamental y no como producto mercantil con meros afanes de lucro. Debe ser reconocido y garantizado como imperativo jurídico y ético inaplazable bajo el lema: las personas primero, el mercado después. El derecho fundamental a la salud y a la seguridad social resultan de urgente atención, mediante la definición de estándares de políticas públicas internacionales de aseguramiento universal en salud -que serían implementadas por la OMS respetando el margen de apreciación nacional de cada Estado- dando prioridad a la modelación de sistemas de gestión y atención integral a la salud bajo cobertura y aseguramiento global (que abarque la salud, higiene, ambiente y seguridad en el trabajo y planes de previsión). Declarar la salud bien público universal, que eviten la muerte de personas por falta de acceso, permitiendo la participación del sector privado en la atención en salud sin afán mercantilista, proveyendo de recursos de los organismos multilaterales (DEG - FMI) a los países pobres o en dificultades para satisfacer efectivamente dicho derecho, con prevalencia, a la población pobre o vulnerable, ante eventos catastróficos o pandemias. En esa dirección, es necesario promover que *las vacunas -y sus patentes- sean declaradas como bien público universal* y que el FMI, BM y demás organismos multilaterales financien la investigación y aplicación de las vacunas a nivel mundial, sin que los países pobres o en vías de desarrollo tengan que pagar *royalty* por conceptos de patentes, para atender personas pobres o vulnerables, evitar enfermedades prevenibles, tratar enfermedades raras o de alto costo, atender enfermos sin recursos para acceder a ellas y prevenir contagios por agentes infecto-contagiosos de índole biológico o ante enfermedades derivadas de eventos catastróficos. Así mismo, es posible pensar en la creación de un impuesto humanitario global al valor agregado a la

industria farmacéutica (IHGVAF) a toda transacción por concepto de venta de medicamentos de alto costo de un tres por ciento (3%) para fundear el FGS/ONU, o, en su defecto, al Fondo Fiduciario para la SH.

3.-El Programa Humanitario de Vacunación Universal.

Vemos que los países ricos acceden a las vacunas -y algunos acaparan viales biológicos de sobra- mientras las personas habitantes de los Estados pobres o endeudados sobreviven a los estragos de la pandemia. **Programa Humanitario de Vacunación Universal** puede fundearse con la creación de un impuesto a los grandes patrimonios de las personas y las corporaciones más ricas de la tierra igual o superior a cien millones de dólares (US \$ 100.000.000,00) sobre el que se puede estimar un dos (2) o tres por ciento (3%) anual, durante un espacio de tres (3) años consecutivos, para asegurar que todo ser humano del planeta reciba la aplicación de la vacuna para contrarrestar los efectos mortales de la pandemia presente o de eventos sanitarios similares que eventualmente se presenten a futuro. Lo puede proponer el Secretario General de la ONU o el líder de la OMS, para que la ONU, en Asamblea General, apruebe dicha iniciativa como una **política pública universal para asegurar la SH y el desarrollo humano integral**, que podrá ser recaudado por las autoridades tributarias de cada país miembro, a ser transferido al Fondo Fiduciario para la SH o, en su defecto, a la OMS, para su administración y manejo y su posterior distribución según la tasa de población de cada Estado o según el nivel de riesgo de contagios o de población efectivamente afectada por la COVID-19. El dinero recaudado podría servir para financiar investigaciones en innovación, ciencia y tecnología realizada por Universidades y centros públicos de los países de la periferia, vía Inversión para el Desarrollo (I+D) o de Cooperación Internacional para el

Desarrollo (CID), destinado a la producción de vacunas, medicamentos biosimilares o biotecnológicos bajo la etiqueta de bienes públicos de acceso universal.

4.- Pacto mundial de sustitución de armamento por protección de la vida, salud y medicamentos.

Más humanismo, menos armamentismo. Vida en vez de muerte. La crucial amenaza que se cierne sobre la familia humana reclama un *armisticio mundial por la protección de la persona humana, el cuidado de la vida y la SH*. Es posible pensar en la creación de un impuesto humanitario global al valor agregado a la industria de armamentos (IHGVAIA) a toda transacción por concepto de venta de armas de un diez por ciento (10%) para fundear el FGS/ONU, mediante cobros que haga la autoridad tributaria de los Estados donde se realice la operación para que luego los transfiera a la cuenta colectora del FGS o, en su defecto, al Fondo Fiduciario para la SH, con la finalidad de apalancar su operación y la obtención de sus objetivos humanitarios. La producción masiva y descontrolada de armas y el incremento inusitado de su comercialización hacen del armamentismo la cara tenebrosa que opaca el humanismo que pregonan la comunidad internacional. Se requiere liderazgo y voluntad política global para hacer mutar la producción de armamentos en medicamentos esenciales y vacunas costo-eficientes para la salud y la vida, considerados como bienes públicos universales, diseñando políticas públicas globales al efecto, invirtiendo los recursos materiales así liberados más los elementos científicos, tecnológicos y el talento humano disponible en la industria bélica en el despliegue o consolidación de actividades de investigación científica en innovación en salud, nuevas tecnologías, biotecnología, nanotecnología, robótica sanitaria, ingeniería genética y celular

para la vida, bigdata sanitaria sobre mortalidad o morbilidad de enfermedades, dotación de hospitales, atención de necesidades básicas insatisfechas (derechos fundamentales incumplidos) de la población en situación de debilidad manifiesta o condiciones de vida precaria y para mejorar, en los países receptores de la cooperación internacional para el desarrollo, los salarios y la seguridad social del personal sanitario elevados a niveles decentes, bajo estándares universales, que compensen el riesgo y esfuerzo profesional que asumen para salvar vidas. Los recursos para fondar estas iniciativas podrán ser obtenidos de los Impuestos Humanitarios descritos o transferidos por los organismos financieros multilaterales creando productos e instrumentos⁴⁴ que permitan su ejecución a largo plazo sin que impliquen más endeudamiento para los países pobres o en vías al desarrollo ya sobre-endeudados.

5.- La prevalencia de los derechos humanos sobre el derecho de ciudadanía: el *ius personae* y la *interpretatio pro homine* versus el *ius civitatis*.

Los Estados y la comunidad internacional deben promover una cultura de promoción, garantía, respeto y de 'efectiva realización' de los DDHH, desde la teoría de la integralidad de los DDHH, que forme parte esencial de los planes

⁴⁴ Creando una política pública global audaz y eficiente que promueva donaciones de los más ricos de la tierra para vehículos administrativos y financieros de la ONU (*verbi gratia*, el Fondo Fiduciario de la ONU para la SH, ACNUR, OIM, OMS, etc.) o de los sistemas regionales de protección de DDHH creados o por crearse o que genere la aprobación de impuestos humanitarios como los indicados. Un impuesto a considerarse, podría ser pechar el 5% al patrimonio de los grandes bancos y corporaciones financieras privadas globales acreedoras de países pobres o en vías de desarrollo destinados a ser invertidos en salud, medicamentos y alimentos para población en vida precaria o vulnerable dentro de los mismos y para fondar plan mundial de becas a jóvenes talentos en temas de innovación, ciencia y tecnología para el cuidado y la protección de la vida.

de desarrollo nacional y local bajo un Enfoque Basado en Derechos Humanos, que, a su vez, propenda por el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (Agenda 2030). Es el *momentum* de la ejecutar una pedagogía sobre la 'realización efectiva' de los DDHH a favor de toda persona humana que habite en el territorio de cada Estado independientemente de su lugar de origen o nacionalidad. Los Estados, están obligados por el NOM a tomar todo tipo de medidas administrativas, legislativas o judiciales para, desde la imperatividad de la convencionalidad y constitucionalidad del derecho, concebir e ejercer el poder político para garantizar el cuidado y la protección de la vida del ser humano. En materia de salud, por ejemplo, el acceso al goce de dicho derecho fundamental, tiene que obedecer a protocolos internacionales que ordenen cubrir, de manera universal, a toda la población, incluyendo la población migrante, con estatus regular o irregular, sin discriminación alguna, en situación de debilidad manifiesta (refugiados, desplazados, enfermos de VIH/Sida, mujeres gestantes, neonatos, niños, enfermos, etc.) haciendo efectivo el acceso y la atención en salud. Requiere dejar de lado la visión estatalista-civilista de la nacionalidad por una postura humanista *-pro homine-* dándole a la salud el rango de derecho humano universal, interdependiente, interrelacionado e indivisible al goce de los demás derechos humanos posibilitadores de su integración plena y su funcionamiento efectivo en la sociedad *-ius personae-* sin hacerlo inútil por las barreras de acceso que impone, de manera regresiva, la menor favorabilidad que se produce al privilegiar la nacionalidad. Los nacidos en el Estado merecen igual respeto que las personas que lo habitan no nacidos en su territorio.

Avanzar, en este aspecto, incidirá en la transformación de la regulación (legal o reglamentaria) y la conducta administrativa o judicial que permitan dar

un impulso a la favorabilidad, mediante la *interpretatio por homine*, dejando atrás el reconocimiento de los DDHH vinculados a la nacionalidad o lugar de nacimiento (*ius civitatis-ius soli*) para reconocer la imperatividad de los mismos porque son inherentes a la dignidad humana, llamados a su 'realización efectiva' por el hecho de que la persona es miembro de la familia humana (*ius personae*), porque su cumplimiento es vinculante, por estar regulados en normas con rango de *ius cogens* en la Constitución interna de los Estados y las disposiciones convencionales prevalentes - bloque de constitucionalidad-vigentes en sus jurisdicciones, porque su 'efectiva realización' contribuye al desarrollo humano integral, a la SH y la felicidad humana individual y social.

6.- Reconocimiento de la subjetividad o personalidad jurídica internacional de la persona humana.

En concordancia con lo anterior, un reclamo que debe contar con respuestas expeditas y favorables, por parte de la comunidad mundial y sus diversos organismos, es la relativa al reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional de la persona humana,⁴⁵ a la que, sin cortapisas ni obstáculos, se le debe atribuir personalidad jurídica y legitimidad procesal para elevar peticiones, promover acciones y activar mecanismos de garantía de los DDHH estatuidos a su favor dado que, aún en nuestro tiempo, predomina y se fortalece, cada día, la preponderancia del Estado nacional como único y excluyente protagonista de la comunidad naciones, perpetuando, como regla de actuación, el modelo estatalista creado con el Pacto de Westfalia (1648). La

⁴⁵ Igual reconocimiento puede hacerse extensivo, por el papel que desempeñan en la sociedad en defensa de los DDHH, a las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, dando alcance general al *ius standi* o fomentando la participación de la figura del *amicus curiae* ante instancias o procedimientos judiciales o especiales ante los entes encargados de velar por la protección de los DDHH a nivel regional o internacional.

subjetividad jurídica internacionales de la persona humana es necesaria e imprescindible cuando se trata, por ejemplo, de que la persona humana haga valer la defensa del derecho fundamental a la democracia frente a regímenes autoritarios y oprobiosos que sojuzgan la población, violan DDHH y cometen crímenes de lesa humanidad, volcando el poder político a la perversidad y la destrucción de la vida humana. En materia de derecho al desarrollo, derecho a la paz, derechos medio ambientales, derecho de la naturaleza como sujeto jurídico o de especial protección constitucional, derecho a la felicidad, derechos intergeneracionales de responsabilidad con las generaciones venideras o el derecho a la realización del proyecto de vida valioso, por ejemplo, la voz y la legitimidad de la persona humana tiene un relevante protagonismo, cuya vocería y legitimidad de actuación para la exigibilidad o la justiciabilidad del cumplimiento de sus derechos, individuales o colectivos, no puede ser silenciada, ni sofocada, ni desconocida, por parte de la comunidad de naciones, para mantener el monopolio estatal en materia de subjetividad jurídica internacional, cuando, muchas veces, es el Estado y sus agentes el que niega, viola, menoscaba o desconoce los derechos fundamentales de la persona humana, quedando su situación jurídica bajo el oscuro manto de la inseguridad, la zozobra, la vulnerabilidad o, peor aún, en presencia de absurda impunidad, a favor del Estado y los agentes transgresores de sus DDHH, sin que la persona cuente con mecanismos cercanos, accesibles, gratuitos, expeditos y eficaces de actuación procesal internacional que hagan plenamente efectivos sus derechos fundamentales y que establezcan las responsabilidades internacionales del Estado o de los funcionarios responsables.

7.- Fondo Global para la Democracia Integral.

La democracia, a decir de Caldera Ynfante (2018a, 2018b, 2018c) es el derecho fundamental de los derechos fundamentales. Su respeto, protección y garantía es obligación imperativa. Es la hora para un programa mundial de mecenazgo de la democracia con recursos que pueden ser administrados por el FGS o el Fondo Fiduciario para la SH de la ONU. La democracia, a su juicio, es calificada normativamente como un derecho fundamental, relacionado con la dignidad humana -proyecto de vida, condiciones para funcionar en sociedad y vida sin daños-; tiene forma de derecho subjetivo (titular, obligado y núcleo esencial) y genera un consenso de dogmática constitucional sobre su relevancia, integrado por *elementos procedimentales* -formación de mayorías- junto a la *faceta sustancial* relacionada al goce efectivo de los DDHH fundamentales incluidos dentro de su ámbito de protección ensanchado, asumida como medio y fin para el logro del florecimiento humano y la felicidad de la persona humana en el Estado democrático constitucional porque posibilita el logro del proyecto de vida valioso de la persona humana. Aquí, Estado de Derechos Humanos, la democracia y el NOM -vistos como derechos fundamentales ambos- están interrelacionados, de manera constructiva, siendo coincidentes en lo axiológico, ontológico y dogmático para la garantía de la dignidad humana y para la generación de un proceso transformador, en lo educativo y cultural, que genera construcción de ciudadanía democrática y una pedagogía sobre la 'efectiva realización' de los DDHH y el ejercicio del poder político orientado al cuidado y protección de la vida de los seres humanos a través de la educación. La educación para la paz, educación para la construcción de ciudadanía, educación para la felicidad y la realización humana, educación para la hospitalidad y acogida con migrantes y personas vulnerables, educación para el amor y el reconocimiento del prójimo, educación para la política de cuidado y protección de la vida, educación para la defensa

del medio ambiente y la naturaleza y el desarrollo humano integral son cátedras que no dan espera y deben ser habilitadas en los procesos educativos formales en las instituciones de educación, en todos sus niveles, junto a las cátedras abiertas para toda la sociedad, bajo el paraguas de políticas públicas definidas y financiadas por los Estados y el sector privado, donde los medios de comunicación y las redes sociales sean medios y agentes de transmisión de contenidos que contribuyan al logro de una sociedad más democrática, tolerante, libre, justa, incluyente, pacífica, amigable, hospitalaria, fraterna, feliz y equitativa.

8.- La comunidad internacional, el sector privado, los medios de comunicación y las redes sociales y su rol en el fomento de la educación para la ciudadanía democrática, la Biocracia y la Democracia Integral.

La democracia es consustancial a su razón ser en la comunidad global. El sector productivo privado, los medios de comunicaciones y las redes sociales necesitan de la democracia para funcionar, crecer y cumplir con su misión corporativa junto a la función social de fomentar educación, cultura y valores a pro de la libertad, la justicia y la democracia, vista como derecho fundamental, sobre la base de una transformación política, educativa y cultural que promueva el ejercicio del poder político para el cuidado y la protección de la vida y el cumplimiento de los Estados del deber de promover, asegurar, garantizar y proteger los DDHH. Los Estados, los organismos multilaterales y, con mayor sentido, las grandes empresas de comunicación o de gestión de datos y de contenidos (redes sociales) pueden promover y auspiciar iniciativas educativas, comunicacionales y culturales para la difusión y apropiación social de los valores y principios de la democracia -como derecho fundamental- el Estado de Derechos Humanos y NOM, abriendo cauce a la difusión de

contenidos valiosos que contrarresten la propagación de antivalores culturales y políticos (xenofobia, neopopulismos, segregación, opresión, sectarismo, fundamentalismo, racismo, etc.) y de nocivas noticias falsas que inundan las mismas y debilitan la deliberación democrática con sentido crítico, racional y bien informado con apego a estándares de veracidad, que fomenten una *nueva pedagogía sobre la democracia integral*, sobre la Biocracia -poder político destinado al cuidado y la protección de la vida humana, los valores democráticos, humanísticos, ambientales e intergeneracionales desde la inclusión, el respeto, la tolerancia y el pluralismo, reivindicando la interrelación entre democracia, Estado y DDHH garantizando el goce efectivo del derecho superior a la democracia y el NOM. Es labor los medios de comunicación, la academia, la familia, la sociedad y las grandes empresas del sector (Google, Facebook, Twitter, Instagram, etc.) y las corporaciones globales pueden asumir como un *compromiso con el horizonte de futuro colectivo de la humanidad*, aquí expuesto, sumado a su estatuto ético y su misión filantrópica. Pueden ser los mecenas que aporten recursos económicos, contribuciones materiales y acceso a sus canales para la difusión de campañas informativas y pedagógicas concebidas tales fines porque sin democracia, sin apego del poder político a la legalidad, sin libertades fundamentales, sin la 'efectiva realización' de los DDHH, sin SH y sin progreso económico sostenible e incluyente no habrá realización humana que incida en la felicidad individual y el bien común, despojando de sentido la vida humana, para mantener un estado de cosas degradante de la persona humana y su dignidad.

9.- La Organización Mundial de la Salud (OMS): Ministerio de Salud Global.

La OMS tiene que ser fortalecida con ajustes a su fines y sistema de gobernanza para que, de forma imparcial e independiente, vele por la protección de la salud y el cuidado de la vida humana. Sus mecanismos de financiación y de elección de su gobierno corporativo tienen que ser democráticos y transparentes, con ineludible rendición de cuentas, donde los países más ricos aporten más. Se podría establecer una tasa o contribución humanitaria global para el sostenimiento de sus servicios que pagaría la gran industria farmacéutica y los grandes fabricantes de bienes, insumos y servicios sanitarios equivalente a un porcentaje (2%) sobre ingresos brutos anuales. La OMS, fungiría como el ministerio de salud de la comunidad internacional, con autonomía e independencia frente a las potencias mundiales que más dinero le aportan, dotando de efectos imperativos sus decisiones sanitarias en casos de emergencias, pandemias o calamidades virulentas o catastróficas que afecten la salud y pongan en riesgo la vida de la humanidad. Mayor capacidad técnica, más recursos económicos y que sus decisiones tengan eficacia vinculante es más que necesario. Así como corresponde al CS/ONU velar por la paz y la seguridad mundial, tiene que ser competencia de la OMS velar por el cuidado y protección de vida humana, influyendo, regulando y supervisando que el derecho fundamental a la salud sea realizado efectivamente por todos los Estados parte.

10.- Demandas de reparación daños al proyecto de vida valioso.

Es un deber del Estado, que los daños experimentados por las personas (víctimas) por imprevisión, fallas en el servicio, errores de planeación, incumplimiento de los deberes de respeto, protección y garantía de los DDHH (contractuales o extracontractuales) por parte del Estado o sus agentes, puedan ser reclamados por los afectados -que han experimentado daños en su

vida de relación con los demás o que trunquen su despliegue humano-debiendo ser indemnizados patrimonialmente por el Estado cuando sea requerido o a ello sea compelido. Para tal finalidad, el FSH de la ONU y cualquier otro mecanismo financiero de la comunidad internacional (FMI, BM, BID, etc.) podrá emitir instrumentos de deuda para sanear el pasivo social, patrimonial y el daño al proyecto de vida que la omisión e imprevisión de los Estados dejan en perjuicio de las víctimas de tales afectaciones que pudieron ser previstas y evitadas para proteger la vida de la persona humana y sus familias.

Opúsculo: Aferrados a la esperanza

Superaremos la hecatombe humanitaria de la actual virulencia. En el venidero tiempo de *postpandemia*, resurge la necesidad de garantizar el derecho fundamental al NOM, como respuesta ética y legal para alcanzar la 'realización efectiva' de los DDHH de todas las personas, por parte de los Estados, sin discriminaciones, menos aún por motivo de la nacionalidad. La postpandemia puede ser una oportunidad para rectificar y mejorar. El NOM demanda del liderazgo político internacional emplearse a fondo, con sentido humano, diplomacia empática y fórmulas jurídicas, uniendo voluntades para que nadie se quede atrás, celebrando un nuevo Gran Pacto Mundial sobre tres pilares: poner la economía y su eficiencia al servicio de la humanidad, luchar contra el cambio climático con la prioridad de cumplir los ODS (Agenda 2030) y darle plena efectividad a todos los DDHH de todas las personas. El poder político, en este nuevo *Contrato Social Mundial*, tiene como finalidad esencial el cuidado la protección de la vida, partiendo por la compasión, la solidaridad y la

caridad con los más frágiles, pobres o vulnerables de nuestra sociedad, con desarrollo económico con sentido humano. El propósito medular es que toda persona humana cuente con oportunidades que le permita realizar sus talentos y capacidades para materializar su proyecto de vida valioso y sin daños, funcionar efectivamente en la sociedad, obtener felicidad y alcanzar florecimiento humano, sin temores ni miedos, sin miseria ni pobreza, contribuyendo de manera solidaria, hospitalaria, amorosa y fraterna al bien común, que viva una vida plena de sentido, una vida de calidad, superando la situación de supervivencia y precariedad. Construir sociedades más felices, humanas, amorosas, fraternas, igualitarias, solidarias, equitativas, prósperas, justas, libres y democráticas, con personas felices, respetadas en su dignidad humana, es nuestro gran reto.

Referencias bibliográficas

- BOBBIO, NORBERTO. *El tiempo de los derechos*. Madrid. Editorial Sistema, 1991.
- CALDERA YNFANTE, JESÚS. (2018a). *Democracia Integral: un derecho fundamental para el logro de la dignidad humana, el proyecto de vida valioso y la felicidad social*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. Visible en el [enlace: https://www.researchgate.net/publication/337447998_Democracia_Integral_-_un_Derecho_Fundamental_para_el_Logro_de_la_dignidad_Humana_el_Proyecto_de_Vida_Valioso_y_la_Felicidad_Social_-_Jesus_Caldera_Ynfante_PhD](https://www.researchgate.net/publication/337447998_Democracia_Integral_-_un_Derecho_Fundamental_para_el_Logro_de_la_dignidad_Humana_el_Proyecto_de_Vida_Valioso_y_la_Felicidad_Social_-_Jesus_Caldera_Ynfante_PhD)

-
- CALDERA YNFANTE, JESÚS. (2018b). *La democracia como derecho fundamental: Ideas sobre un modelo de democracia integral*. Maracaibo, Venezuela. *Revista Opción*, Universidad del Zulia, Vol. 34. Núm. 87. Visible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/23891>
 - CALDERA YNFANTE, JESÚS. (2018c). *La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la Democracia Integral*. Maracaibo, Venezuela. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, Núm 2, pág.75-97. Visible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27957770016>
 - CALDERA YNFANTE, JESÚS. (2020a). *Biocracia y derecho fundamental al nuevo orden mundial en la postpandemia COVID-19*. Maracaibo, Venezuela. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año: 25, N° Extra 4, pp. 33-49. Visible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/32845>
 - CALDERA YNFANTE, JESÚS. (2020b). *Intervención Humanitaria Electoral: El Consejo de Seguridad de la ONU y la superación del conflicto político en Venezuela*. *Revista Opción*, Universidad del Zulia, Vol. 36. Núm. 92. Visible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32692>
 - CAPPDH. *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos* - (2002).
 - CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 15.739.
 - CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-881 de 2002 (M.P. Montealegre Lynnet)

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

-
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-227 de 2003 (M.P. Montealegre Lynnet)
 - CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-428 de 2012 (M.P. María V. Calle Correa)
 - CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-622 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
 - CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Corfu Channel Case (Merits), ICJ Reports 1949.
 - CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42, párr. 150.
 - CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo, serie C, núm. 4, párr. 164.
 - CORTE IDH. *Caso Gelman Vs Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).
 - FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires. Astrea, 1992.
 - FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. "El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.
 - FOUCAULT, MICHEL. "La naissance de la médecine sociale". Segunda conferencia del ciclo publicada en *Revista Centroamericana de Ciencias de la Salud* N° 6, enero/abril 1977, pp. 89-108.
 - HÄBERLE, PETER. *El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales*. Grundgesetz 3 Auflage. Heidelberg (Alemania). 1983.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

- NUSSBAUM, MARTHA. *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*. Herder. Barcelona (España), 2002.
- NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós. Barcelona (España), 2007.
- NUSSBAUM, MARTHA Y SEN, AMARTYA. *The Quality of Life*. Clarendon Press, Oxford (USA), 1993.
- NUSSBAUM, MARTHA. *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires/Madrid. Katz Editores, 2010.
- JASPERS, KARL. *La fe filosófica*. Buenos Aires, Losada, 1968.
- MARTIN FIORINO, VÍCTOR R. (2012). "Biópolis: Una perspectiva bioética sobre las ciudades de supervivencia" en las *VIII Jornadas de la Asociación Española de Personalismo. Bioética personalista: fundamentación, práctica, perspectivas*. Universidad Católica de Valencia, España, 3-5 de mayo de 2012. Consultado el 24 de julio de 2020. Visible en: <http://www.personalismo.org/martin-fiorino-victor-r-biopolis-una-perspectiva-bioetica-sobre-las-ciudades-de-supervivencia/>
- OEA. *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1948.
- OEA. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 1969.
- ONU. *Carta de la Organización de Naciones Unidas*, 1945.
- ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948.
- ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966.
- ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966.
- ONU. *Declaración y Programa de Acción de Viena sobre Derechos Humanos*, 1993.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

-
- ONU. Resolución 2003/36 de 23 de abril de 2003 sobre la *Interdependencia entre la Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos*, 2003.
 - ONU. Resolución 2002/46 de 23 de abril de 2002 de la ONU, relacionada con las *Nuevas Medidas para Promover y Consolidar la Democracia*, 2002.
 - ONU. Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, 2015.
 - UNIVERSIDAD DE CHILE. (s/f). *Principios Generales de la ética*. Centro de Estudios Bioéticos. Consultado el 29 de mayo de 2020. Visible en: <https://www.uchile.cl/portal/investigacion/centro-interdisciplinario-de-estudios-en-bioetica/documentos/76256/principios-generales-de-etica>
 - PAPA FRANCISCO. Carta Encíclica *Laudato Sí*. Bogotá. Ediciones San Pablo. 1ª edición, 2015.
 - PAPA FRANCISCO. Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*. Bogotá. Ediciones San Pablo. 4ª reimpresión, 2016.
 - PAPA FRANCISCO. Carta Apostólica *Misericordia et Misera*. Bogotá, Editorial San Pablo, 2016.
 - QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO “*El Estado Ecológico de Derecho de la Constitución Nacional*”, Buenos Aires, La Ley, 1996.
 - RAWLS, JOHN. *Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (USA), 1971.
 - RAWLS, JOHN. *Teoría de la Justicia*. FCE. México, 1979.
 - RAWLS, JOHN. *Political Liberalism*. New York. Columbia University Press, 1993.
 - SHUE, HENRY, *Basic Rights: Famine, Affluence and United States Foreign Policy*. Princeton University Press, Princeton (USA), 1983.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

-
- VILLALOBOS ANTUNEZ, JOSÉ VICENTE; REYNIER ISRAEL RAMÍREZ MOLINA. “El derecho a la autobiografía: dimensión ius-filosófica desde la perspectiva de H. Arendt y P. Ricoeur”, *Revista Opción*. Universidad del Zulia, Venezuela, 2018, Volumen 34, N° Especial 18. pp. 20-50.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

TRANSFORMACIÓN DE NUESTRAS PRÁCTICAS COTIDIANAS. CONSTRUCCIÓN DE UN ETHOS GLOBAL DEL CUIDADO

TRANSFORMATION OF OUR EVERYDAY PRACTICES. CONSTRUCTION OF A GLOBAL ETHOS OF CARE

Dr. Efrén Danilo Ariza Ruiz

(Fundación Universitaria del Área Andina, Colombia)

Cómo citar este Artículo:

ARIZA RUIZ, Efrén Danilo, "Transformación de nuestras prácticas cotidianas. Construcción de un ethos global del cuidado" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 138-160.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Título: “Transformación de nuestras prácticas cotidianas. Construcción de un ethos global del cuidado”

Resumen:

El presente documento busca hacer evidentes una serie de transformaciones en nuestras prácticas cotidianas que se requieren adoptar para hacer frente a la crisis ecológica contemporánea que se expresa hoy en la pandemia del COVID 19. A partir de una revisión sistemática de literatura se identifica el concepto de ethos global del cuidado desarrollado por

el intelectual brasileño Leonardo Boff, como el eje central de dicha transformación que permite afrontar las contradicciones propias de la modernidad que separan al ser humano de la naturaleza y dificultan de manera importante la solidaridad y la compasión necesarias en este mundo nuevo que surge a partir de la pandemia.

Palabras clave: Ethos global del cuidado; Modernidad; Paradigma; Crisis Ecológica; Pandemia.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Title: “Transformation of our everyday practices. Construction of a Global Ethos of Care”

Abstract:

This document seeks to make evident a series of transformations in our daily practices that need to be adopted to face the contemporary ecological crisis that is expressed today in the COVID 19 pandemic. From a systematic review of the literature, the concept of Global ethos of care developed by the Brazilian intellectual Leonardo Boff, as the central axis of this transformation that allows us to face the contradictions of modernity that separate the human being from nature and significantly hinder the solidarity and compassion necessary in this world. new that arises from the pandemic.

Key words: Global ethos of care; Modernity; Paradigm; Ecological Crisis; Pandemic.

How to quote this article:

ARIZA RUIZ, Jesús E., “Transformation of our everyday practices. Construction of a Global Ethos of Care The fundamental human right to a new worldwide order: forward the effective realization of human rights”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp.138-160.

TRANSFORMACIÓN DE NUESTRAS PRÁCTICAS COTIDIANAS. CONSTRUCCIÓN DE UN ETHOS GLOBAL DEL CUIDADO

Por Dr. Efrén Danilo Ariza Ruiz*

INTRODUCCIÓN

La cultura occidental ha tomado un camino particular para ordenar al mundo de manera que se nos da como un cosmos susceptible de ser conocido, dicha forma de organización ha logrado mejoras importantes en las condiciones de vida de muchos seres humanos a través de la ciencia y la tecnología. Pero cuando estas últimas se aplican sin previsión y racionalidad proyectiva se amenaza la posibilidad misma de la vida en el planeta.

A mediano plazo, la pandemia del COVID-19 puede provocar transformaciones fundamentales en todo el planeta. De hecho, sabiendo que esta nueva pandemia está asociada, como las anteriores, a la destrucción desenfrenada de los bosques para crear pastizales para las vacas, a la urbanización caótica y a la industrialización masiva; sabiendo que estas acciones humanas facilitan el pasaje de los virus y microbios de los animales salvajes y domésticos a los seres humanos, provocando enfermedades

*Economista Universidad Nacional de Colombia, Egresado Maestría en Sociología Universidad Nacional de Colombia, Magister en Filosofía Latinoamericana Universidad Santo tomas, PH.D © en Filosofía Universidad Santo Tomas. Docente Fundación Universitaria del Área Andina. Líder Grupo de investigación QUIPUS.

mortales, es indispensable y racional adoptar medidas para proteger la ecología del planeta¹.

En consonancia con Pachón Soto² el covid-19 nos pone de presente que no hemos escapado a la naturaleza. Y que ésta nos condiciona, nos determina, al nivel de poder extinguirnos. Lo que ocurre hoy es que la naturaleza, desde sus entrañas mismas, nos ha enviado un virus que cuestiona la arrogancia del ser humano. Y ese virus se vale, usa, el gran complejo civilizatorio que el “hombre” mismo ha creado. El virus usa las creaciones humanas, los transportes, las grandes ciudades, la globalización en general, para globalizarse a su vez y poner en jaque nuestra vida y nuestras instituciones. El virus se desliza usando el sistema-mundo moderno como un instrumento, como un medio.

EL FENÓMENO DE LA VIDA

La vida es un proceso en permanente devenir, cambio, que lleva millones de años en la tierra. La vida empezó de la manera más simple y se fue autoorganizando desde los seres unicelulares hasta los más complejos. La vida en este proceso explotó en millones de especies diversas, y dentro de esas, apareció una, el homínido. Éste apareció en una esquina de la zoología, fue un

¹VILLASANTE CERVELLÓ, M. Una Nueva pandemia en el mundo globalizado: el coronavirus CoV-2 y su expansión internacional. Obtenido de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-nueva-pandemia-en-el-mundo-globalizado-el-coronavirus-cov-2-y-su-expansion-internacional/> (24 de 03 de 2020).

²PACHÓN SOTO, D. El covid-19, la vida y el ser humano cápsula. Obtenido de <https://alponente.com/el-covid-19-la-vida-y-el-ser-humano-capsula/?fbclid=IwAR0kpvDP0gSZup6eoAZLz85FKSyNuzSoC92n7hW-2mD01ctPymr9vRQvK58> (13 de 4 de 2020).

producto tardío en la escala cósmica de la vida biológica. Cuando aludimos a la vida, nos estamos refiriendo a la vez a la vida biológica y a la compleja vida humana en sus relaciones complejas, dialécticas. Debe ser así, pues, al fin y al cabo, somos un pedazo vivo de cosmos, de naturaleza.

Con el tiempo, y gracias a algunas transformaciones anatómicas, el caminar erecto, la liberación de su tórax, el aumento craneal, etc., desarrolló un aparato fónico y gracias al lenguaje, el pensamiento, la inteligencia, la razón, se puso por encima del mundo natural y creó un proyecto propio. Fue la trascendencia la que le permitió al hombre ir más allá de la legalidad immanente del mundo natural. De todas maneras, allí operó una ruptura fundamental, pues la especie humana representa un gran “corte” en el mundo natural, un corte que sólo significa que tiene un pie en la naturaleza, pero otro más allá de ella.

LA OPOSICIÓN ENTRE NATURALEZA Y CULTURA

El filósofo Colombiano Augusto Ángel Maya Escobar plantea que durante los aproximadamente 40.000 años que tiene la existencia del Homo Sapiens Sapiens en el planeta Tierra, ha sido la única especie con la capacidad, a través de su evolución cultural de modificar las leyes de la naturaleza para satisfacer sus propias necesidades. La alteración de los ciclos del agua y la energía con la domesticación de plantas y animales (Agricultura) fue el inicio de la intervención sostenida del ser humano sobre los Ecosistemas.

Según Ángel³ el ser humano, concluida ya su evolución biológica, inicia una evolución cultural buscando formas de subsistencia que vienen transformando las leyes ecosistémicas, a esas diversas formas de subsistencia es las que llamaremos aquí paradigmas tecnológicos que inician con el paleolítico, el neolítico, los imperios agrarios, los estados comerciales, la expansión europea, el dominio colonial, el capitalismo industrial, hasta culminar con lo que se puede denominar capitalismo global o globalización neoliberal⁴.

La crisis ecológica significa realmente una crisis civilizatoria, significa una ruptura histórica, es un momento de revisión de los fundamentos mismos de una civilización que se construyó negando el medio ambiente. Esta crisis ambiental es en esencia en consonancia con Enrique Leff una crisis del conocimiento, una crisis del pensamiento.

Es una crisis sobre la forma como se ha instaurado en nuestra corteza cerebral y en la piel de la tierra una manera de pensar el mundo, una manera de ser del mundo, de las cosas del mundo, de nuestros mundos de vida, que fueron cosificando al mundo⁵.

Sin duda alguna, desde la Revolución Industrial el ritmo de modificación se ha acelerado de manera dramática al consolidarse una economía basada en el consumo de combustibles fósiles. En este sentido, el

³ Cfr. ANGEL, A. *La fragilidad ambiental de la cultura*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Universidad Nacional, Instituto de Estudios Ambientales, 1995.

⁴ ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2013, p.58.

⁵ LEFF, E. *Universidad, saber ambiental y sustentabilidad*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p.10.

problema ambiental se puede definir como la modificación por parte del ser humano en poco tiempo (algo más de 200 años) de las estructuras ecosistémicas vigentes y amenaza con destruirlas⁶.

Cultura viene del verbo latino *colere*, cultivar, término que mentaba el cultivo de la tierra, Para Cruz Vélez, el lugar donde se encuentra habitualmente el ser humano, como ser humano, no es la naturaleza, sino la cultura. La naturaleza es el lugar para el ser natural del ser humano; la cultura es la morada para su ser cultural, racional, espiritual. Se evidencia entonces, una tensión entre nuestra casa (*oikos*) y la cultura que es la morada donde habita el ser humano. ¿Acaso casa y morada no son sinónimos? Nuestras prácticas en el marco de la modernidad indican que no.

Según Cruz-Vélez, citado por Cepeda⁷, la esencia del ser humano es libertad, trascendencia, existencia, y por ello tras de realizar sus posibilidades, es decir, tras de la constitución de su mundo, emerge en este movimiento la cultura. En las formas culturales, propias del ser humano, éste constituye su mundo. De acá se deduce "que el ser humano es el origen de la cultura y que mediante ella el ser humano alcanza su ser concreto". Pero en este alcanzar su ser concreto se presenta la tensión entre naturaleza y cultura, entre nuestra casa y nuestra morada, entre la necesidad y la libertad.

⁶ ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2013, p.59.

⁷ Cfr. CEPEDA, J. "El concepto de cultura". *Revista Aleph*, Colombia, 2007, N°143.

En consonancia con Lorite Mena⁸ la naturaleza (*physis*), en efecto no hace nada en vano; el ser humano es el único entre los animales que posee el *lógos* [lenguaje articulado como expresión de un pensamiento].

Los sonidos de la voz (*phônè*) indican pena y placer, y por lo tanto pertenecen a los demás animales (...) Pero el *lógos* existe para indicar lo provechoso y lo nocivo, y, por consiguiente, también lo justo y lo injusto. Esto es lo propio (*idion*) del ser humano con relación a los otros animales, sólo él percibe el bien y el mal, lo justo y lo injusto, y las demás cualidades; la posesión común (*koinônía*) de estas cualidades hace la familia y la *polis*⁹.

El saber cómo, el querer y el ejecutar tienen un centro común el *ethos*, la estancia mundana (el morar por el mundo) que se determina. “El modo específico del saber cómo (un tipo de conocimiento), del querer (un tipo de motivación) y el ejecutar (un tipo de auto-realización) nos dan los parámetros de un modo-de-ser propiamente humano”¹⁰.

La adaptación humana reviste una modalidad especial, que le permite modificar continuamente sus relaciones con el espacio, y que será uno de los factores determinantes de su invasión planetaria: su evolución no será orgánica, sino inventiva, escudándose detrás de sus propias creaciones¹¹.

⁸ Cfr. LORITE MENA, J. *El animal paradójico. Fundamentos de Antropología Filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

⁹ ARISTÓTELES, *Política*, I, 2, 153^a 7 citado por Lorite Mena, J. *El animal paradójico. Fundamentos de Antropología Filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 273.

¹⁰ LORITE MENA, J. *El animal paradójico. Fundamentos de Antropología Filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p.309.

¹¹ LORITE MENA, J. *El animal paradójico. Fundamentos de Antropología Filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 377.

El ser humano, posee el *lógos*-no simples sonidos de la voz- y esta propiedad lo habilita para dinamizar una dimensión social específica (no para crear la dimensión social): la puesta en común (*koinônía*) de cualidades morales; éste sería el origen, según Aristóteles, de la familia y el Estado. El *lógos*- en cuanto *ex- presión* de un pensar, en cuanto *objetivación* de un pensamiento- es el foco de divergencia entre la dimensión social animal y la humana. Tanto por ser práctica individual de un “mundo” como por ser práctica común objetivada –condición *sine qua non* para tener un significado-, el *lógos* aparece para Aristóteles, como el centro mismo del hecho social humano. Desde el momento en que se acepta que el *lógos* constituye nuestra especificidad, nuestra *physis*, se debe aceptar la dimensión psico-social que de ahí se deriva como siéndonos “natural, posicionándonos diferencialmente con lo “natural” en otros animales sociales¹².

La crisis ambiental moderna está exigiendo una nueva manera de comprender y de construir los sistemas culturales del ser humano. Todas las culturas, en el momento de su ocaso, sueñan con volverse sostenibles. La crisis ambiental no está llamando simplemente a un acto de arrepentimiento, acompañado de un propósito de buena conducta. Es necesario repensar la totalidad de las formas adaptativas de la cultura, desde la tecnología hasta el mito¹³.

LA MODERNIDAD

¹² Cfr. LORITE MENA, J. *El animal paradójico. Fundamentos de Antropología Filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p.273.

¹³ ANGEL, A. *La fragilidad ambiental de la cultura*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Universidad Nacional, Instituto de Estudios Ambientales, 1995, p. 134.

El ser humano es un ser trascendente y por ello mismo metafísico. Ese ser desplegó su poder con su acción y pudo crear la civilización con las formas de organización social, política, económicas; creó el Estado, el derecho, la ciencia, la técnica, el arte. En síntesis, el ser humano que no era más que otra especie, creó con su trascendencia un mundo propio, un mundo nuevo, superpuesto al mundo meramente natural. Así apareció el ser humano soberbio, narciso, que se concibió como amo y señor de lo existente. Y ese poder, en la actualidad, es justamente el que se le ha enfrentado a él mismo. El ser humano de hoy es víctima de su propia arrogancia civilizatoria. ¿Cómo fue posible esto? La respuesta la encontramos en los albores de la modernidad¹⁴.

La época actual se circunscribe en las coordenadas de la modernidad, aquel proyecto en cuya base se encuentra la confianza en la razón humana, cuyo desarrollo implica el progreso de la humanidad al liberarse de las cadenas de la tradición, la ignorancia, la superstición, el mito. Es una defensa del conocimiento científico y de la técnica como instrumentos de la transformación del mundo y del mejoramiento de las condiciones de vida espirituales y materiales de la humanidad. Este proyecto es un proyecto optimista, es el proyecto de una burguesía que asciende, se esfuerza y trabaja por el progreso, en su visión lineal, acumulativa, material; la visión de la vida social como si tuviese que ser forzosamente una lucha competitiva por la existencia y la creencia en el progreso material ilimitado, que debe alcanzarse mediante el crecimiento económico y tecnológico.

¹⁴ PACHÓN SOTO, D. *El covid-19, la vida y el ser humano cápsula*. Obtenido de <https://alponente.com/el-covid-19-la-vida-y-el-ser-humano-capsula/?fbclid=IwAR0kpvDP0gSZup6eoAZLz85FKSyNuzSoC92n7hW-2mD01ctPymr9vRQvK58> (13 de 4 de 2020).

Desde el siglo XVII según Pachón Soto¹⁵, la modernidad produjo, una cuádruple ruptura. La primera, la ruptura con la vieja teología, que explicaba y legitimaba el orden del mundo. La segunda ruptura viene dada por el pensamiento baconiano y cartesiano, donde la naturaleza aparece como algo externo, afuera, un objeto para ser dominado y puesto a los pies del poder humano, desde ese momento se empezó a explotar la naturaleza hasta llevar a la crisis ambiental y ecológica actual. La tercera ruptura tiene que ver con la anterior, pues si el ser humano es una cosa pensante (*res cogitans*) y la naturaleza una cosa extensa, entonces mi propio cuerpo es una máquina desligada de la mente, es decir, el pensar se separa del cuerpo, como si el pensamiento no tuviera nada que ver con nuestras vísceras, nuestras emociones, nuestros estados corporales, nuestras afecciones. Y, finalmente, el pensamiento liberal, produjo la ruptura del ser humano con la comunidad. Se pensó en un individuo aislado, que existe por sí mismo, y que después se une con otros para formar el Estado. Desde luego, esa fue una abstracción errónea, porque cuando decimos seres humanos, necesariamente implicamos al otro, a la alteridad. No hay ser humano que no presuponga al Otro, pues nuestra razón, nuestra inteligencia, nuestro lenguaje, ya son sociales. El ser humano es un producto social, que presupone a la naturaleza, la vida biológica, y presupone al otro.

La oposición moderna cartesiana entre ser humano y naturaleza se tradujo en dominio y este dominio se tradujo en destrucción, se pierden y desprecian conocimientos ancestrales sobre los ciclos naturales y la conservación de su balance. Los siglos XX y XXI nos comprobaron que los recursos de los que depende nuestra sobrevivencia no permanecen inalterados

¹⁵PACHÓN SOTO, D. *El covid-19, la vida y el ser humano cápsula*, ob.cit.

a su explotación, la alteración de los patrones naturales del planeta amenaza las características mismas que hacen posible la vida.

La cuádruple ruptura que produjo la modernidad, la ruptura con la espiritualidad cristiana, con la naturaleza, con nosotros mismos y con la comunidad, le imprimieron el sello a la civilización moderna. El resultado, una humanidad con un elevado desarrollo de las fuerzas productivas, con majestuosos complejos tecnológicos, pero que produjo el calentamiento global, la crisis ecológica, las armas nucleares y las guerras, la humanidad que ha entrado en contradicción con la vida biológica misma. Y cuando entramos en contradicción con la vida biológica, nos estamos suicidando, pues la vida biológica, la naturaleza, es la condición de posibilidad de la existencia humana. (Pachón Soto, 2020)

Hoy el ser humano se da cuenta de que pertenece al río de la vida y que la naturaleza sigue siendo su suelo, su matriz, su placenta, sin la cual no puede vivir, y que incluso, nos puede destruir. Pero también se da cuenta que sus creaciones, esta civilización, tiene sus patologías, sus desajustes, sus injusticias y sus desigualdades, y que todo esto contribuye, a la vez, para que el virus se expanda, cada vez más amenazante y ponga en peligro a las sociedades más frágiles. Y, por fin, en el horizonte, aparece la plena conciencia de que este proceso sólo es indetenible con el otro, de que para salvarse tenemos que salvarnos, en conjunto, con todos. Literalmente, ¡todos o ninguno!”¹⁶.

La vida biológica y su evolución fue posible por medio de la cooperación y de procesos complejos moleculares, así mismo, la vida humana

¹⁶PACHÓN SOTO, D. *El covid-19, la vida y el ser humano cápsula*, ob.cit.

hoy sólo será posible por medio de la ayuda mutua, la cooperación, la empatía, el cuidado, el amor, la amistad. la hospitalidad, la solidaridad y la reciprocidad.

En acuerdo con Pachón Soto¹⁷ hoy tenemos que tejer, de nuevo, al menos tres de los lazos rotos de la modernidad, específicamente, los lazos con el cosmos, la naturaleza, con nosotros mismos y la comunidad. En este sentido, nuestra racionalidad puede cambiar, el mundo se caracteriza por sus interconexiones a un nivel global de fenómenos físicos, biológicos, psicológicos, sociales y ambientales recíprocamente interdependientes. Para describir este mundo se requiere una perspectiva amplia, compleja y ecológica, una nueva visión de la realidad, un nuevo paradigma, es decir, una transformación de nuestros modos de pensar, percibir y valorar.

Pensar en nuevos tipos de relaciones entre los seres humanos y de estos con la naturaleza, es un imperativo ético, es una tarea urgente, lo que está en juego es la supervivencia de la vida en el planeta, en nuestra casa¹⁸.

ETHOS GLOBAL DEL CUIDADO

Para modificar la realidad descrita hasta el momento, es necesario recorrer un largo camino de conversión de nuestros hábitos cotidianos, privados públicos, políticos, culturales y espirituales, es decir se debe contribuir a la construcción de un nuevo paradigma de convivencia que funde una relación más caritativa con la Tierra e inaugure un nuevo pacto social entre los

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2013, p.60.

pueblos en cuanto al respeto y a la preservación de todo lo que existe, un nuevo *ethos* global del cuidado.

A propósito de *Ethos*, Vidal¹⁹ cita la distinción que establece Ortega y Gasset, al señalar tres dimensiones en lo ético: ciencia ética, *ethos* y moralidad:

Entiendo por *ethos*, sencillamente, el sistema de reacciones morales que actúan en la espontaneidad de cada individuo, clase, pueblo, época. El *ethos* no es la ética ni la moral que poseemos. La ética representa la justificación ideológica de una moral y es, a la postre, una ciencia. La moral consiste en el conjunto de las normas ideales que tal vez aceptamos con la mente, pero que a menudo no cumplimos. Más o menos, la moral es siempre una utopía. El *ethos*, por el contrario, vendría a ser como la moral auténtica, efectiva y espontánea, que de hecho informa cada vida. (Ortega y Gasset, citado por Vidal, 1990, pág. 23)

Son numerosos los autores que proponen posturas éticas frente al medio ambiente, sin embargo, en torno a la consolidación de un *Ethos* global que se exprese en actitudes y praxis orientada por el cuidado integral Leonardo Boff, y Hans Küng son los autores que han trabajado a profundidad una postura ética orientada por el cuidado, en el caso de Boff desde Latinoamérica se

¹⁹VIDAL, M. (1990). *Moral de las actitudes* (Octava Edición ed.). Madrid: Covarrubias.

traduce en una propuesta de nuevo paradigma que configura una ética planetaria amparada en el cuidado esencial²⁰.

Boff²¹ plantea que hoy nos damos cuenta que la nave espacial tierra tiene unos límites intraspasables, y que la mayoría de sus recursos no son renovables, es decir estamos construyendo una máquina de muerte capaz de modificar de manera fundamental la biosfera y en último término hacer imposible la aventura terrena de la especie humana. El proyecto de crecimiento material ilimitado sacrifica a dos terceras partes de la humanidad agota los recursos del planeta y compromete el futuro de las siguientes generaciones²².

Así mismo enfatiza Boff²³ que para modificar esta realidad es necesario recorrer un largo camino de conversión de nuestros hábitos cotidianos, privados públicos, políticos, culturales y espirituales, es decir; se debe contribuir a la construcción de un nuevo paradigma de convivencia que funde una relación más caritativa con la Tierra e inaugure un nuevo pacto social entre los pueblos en cuanto al respeto y a la preservación de todo lo que existe²⁴.

²⁰ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2013, p.61.

²¹ Cfr. BOFF, L. M. *El cuidado esencial: ética de lo humano, compasión por la tierra*. Madrid: Trotta, 2002.

²²ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2013, p.61.

²³BOFF, L. *Del iceberg al arca de Noé. El nacimiento de una ética planetaria*. Bilbao: Editora Garamond, 2003.

²⁴ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2013, p.61.

El Ethos es la disposición personal y social para la acción moral, mientras que la ética es la reflexión filosófica sobre la actuación moral, en este sentido se retoma a Kant para quien la grandeza del ser humano no reside en la técnica, en subyugar la naturaleza, sino en la ética, en la capacidad de autodeterminarse a partir de la propia libertad.

Hay en nosotros un sentido innato del deber y no dejamos de hacer algo porque sea pecado sino por ser injusto. Y nuestra ética individual debe complementarse por la ética social, ya que no somos un rebaño de individuos sino una sociedad que exige, para la buena convivencia, normas y leyes, y sobre todo la cooperación de unos con otros.

TRANSFORMACIÓN DE NUESTRAS PRÁCTICAS COTIDIANAS.

La transformación de nuestros hábitos cotidianos se podría sintetizar en la consolidación de una cultura del no daño, es decir no hacer daño, no hacerse daño y no permitir el daño del otro, y el otro es el semejante, el planeta, todas las formas de vida. A continuación, se enuncia una serie de acciones con las que cada uno de nosotros podemos aportar a la construcción de ese ethos global del cuidado.

CONSUMO RESPONSABLE

Ser un consumidor responsable. Consumir sólo lo que necesitamos y agotar la vida útil de los productos, es decir: reducir, reutilizar y reciclar.

También ser un consumidor responsable de agua. No desperdiciar este cada vez más escaso recurso, recoger aguas lluvias y al mismo tiempo

estaremos ahorrando energía porque hacerla llegar a nuestra casa, tratarla y desecharla implica un gasto energético. (innovación en el montaje de sistemas de recolección de aguas lluvias)

Usar productos que puedan reutilizarse. Por ejemplo, utilizar servilletas de tela en lugar de servilletas de papel.

Preferir los productos orgánicos y de comercio justo. Los productos orgánicos respetan el ambiente en su proceso de elaboración y son más sanos y seguros que los procesados de manera industrial. Los productos de comercio justo permiten, además, combinar el cuidado del ambiente con un verdadero empoderamiento de las comunidades campesinas a través de la repartición equitativa de las ganancias y de la toma de decisiones. (innovación desde la economía colaborativa)

Llevar nuestras propias bolsas de tela o de fique al supermercado.

Elegir productos que no estén envasados en plástico y reciclar o reutilizar los envases. (innovación en torno a generar empaques y envases a partir de material reciclado)

Evitar los productos con muchos empaques o envolturas que acabaremos tirando.

Comprar productos de belleza (shampoo, jabón o maquillaje) elaborados con ingredientes naturales, no derivados del petróleo. (innovación pública que otorgue incentivos para potenciar la producción de este tipo de productos)

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Elegir productos elaborados localmente. De esta manera se reduce el consumo de combustibles empleados para su transporte. (fomentar cadenas productivas, redes empresariales, ejercicios de economía colaborativa)

Preferir la ropa hecha de algodón orgánico y no de materiales derivados del petróleo.

Demandar el uso de las energías renovables en lugar de los combustibles fósiles. (innovación pública que otorgue incentivos para potenciar la producción de energías limpias)

Usar menos químicos y aprovechar las bondades de los productos naturales cada ingrediente se puede encontrar en tiendas, mercados, farmacias, tlapalerías y ferreterías.

Reciclar todo lo que podamos. Antes de tirar ropa, libros o juguetes, pensemos si podemos darles una segunda oportunidad para evitar gastar y comprar todo nuevo.

Olvidar de los plaguicidas industriales. Los plaguicidas naturales son más baratos, seguros y específicos. Por ejemplo, agua de tabaco, cebolla, ajo, ((innovación pública que otorgue incentivos para potenciar la producción de plaguicidas naturales)

BUENAS PRÁCTICAS EN EL HOGAR

Separar los residuos al menos en orgánicos e inorgánicos y si es posible en reciclables (papel, aluminio, vidrio, cartón, Tetrapak, etc).

Apagar las luces. Acostumbrar a nuestros hijos a apagar la luz y cuando salgamos de casa comprobar que todo está apagado.

Evitar dejar los aparatos enchufados. Los aparatos que están apagados, pero siguen enchufados consumen energía, por lo que es importante desenchufarlos.

Cerrar los grifos correctamente.

Aprovechar la luz natural. Para reducir el consumo de luz eléctrica, abrir las ventanas y subir las persianas para que entre la luz del sol en nuestra casa.

El refrigerador usa más energía que cualquier otro aparato en nuestro hogar, pero éstos son los pasos para mantener su consumo de energía al mínimo. Mantenerlo en entre 3 y 5°C, el congelador en entre -17 y -15°C. Abrir la puerta lo menos posible y por un corto periodo para conservar la energía. No ubicarlo cerca de una fuente de calor.

Usar ollas de presión, pues gastan poca energía. Utilizar sartenes y ollas con fondo plano y con un diámetro superior al de la superficie de la parrilla, así la cocción será más rápida y ahorraremos energía.

No precalentar el horno. Es innecesario. Además, apagarlo 15 minutos antes, el calor que queda en el horno terminará la cocción.

Convertir la basura orgánica en compost.

Limpiar con jabón puro que se biodegrada de manera segura y no es tóxico.

En lugar de disolventes tóxicos utilizar vinagre (5% ácido acético). Es un desinfectante suave, corta la grasa, limpia el vidrio, desodoriza y remueve los depósitos de calcio, manchas y acumulación de cera.

Aprovechar el carbonato de sodio. Corta la grasa, quita manchas, desinfecta y suaviza el agua. No debe ser usado en aluminio.

Aprovechar bicarbonato de sodio. Trabaja como abrasivo en recetas alternativas, desodoriza, remueve manchas, pule y suaviza telas.

BUENAS PRÁCTICAS FRENTE AL PLANETA

Plantar árboles. Los árboles producen oxígeno y son esenciales para la naturaleza.

Usar bicicleta o caminar (Innovación social, educativa y pública que privilegie al peatón y al bici usuario)

Aprovechar la energía solar. No sólo como luz natural, también como fuente para recargar nuestros aparatos, se requiere innovación pública que otorgue incentivos para potenciar la producción en el país de cargadores solares para muchas cosas como celulares, relojes, calculadoras, etc.

Cuidar nuestros bosques. Apoyar el ecoturismo en zonas boscosas y en general el manejo forestal sustentable; no maltratemos los árboles y no provoquemos incendios. (innovación pública que otorgue incentivos para potenciar el ecoturismo en el país).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En acuerdo con Pachón Soto²⁵ la vida biológica está fundada en el principio de relacionalidad; la vida humana, también. Por eso, el confinamiento, que nos genera ansiedad, angustia, desesperación; que nos reconecta con nuestros propios abismos y nuestro ser más íntimo, nos pone de presente, justamente, que hoy en día la comunidad humana es más necesaria que nunca; nos enrostra que somos los otros, que el otro me constituye (el otro también es el planeta, el otro son las formas de vida otras), que la reproducción de la vida social, de la vida humana, tal vez no es posible sin la alteridad que nos recuerda que en estos mismos momentos la lucha humana por la vida requiere del más alto compromiso colectivo. En este sentido, practicar la cooperación, la empatía, el cuidado, el amor, la amistad, la hospitalidad, la solidaridad y la reciprocidad aportan a la construcción de un ethos global del cuidado.

BIBLIOGRAFIA

- ANGEL, A. *La fragilidad ambiental de la cultura*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Universidad Nacional, Instituto de Estudios Ambientales, 1995.
- ARISTÓTELES. *Política*. (G. V. Manuela, Trad.) Madrid: Gredos, 1988.
- ARIZA, E. *Paradigma Tecnológico y Crisis Ecológica. Una Reflexión Desde el Pensamiento Amerindio*. Concepción, Chile: Academia Latinoamericana popular de Humanidades, 2003.
- BOFF, L. *Del iceberg al arca de Noé. El nacimiento de una ética planetaria*. Bilbao: Editora Garamond, 2003.

²⁵PACHÓN SOTO, D. *El covid-19, la vida y el ser humano cápsula*, ob.cit.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

BOFF, L. M. *El cuidado esencial: ética de lo humano, compasión por la tierra*. Madrid: Trotta, 2002.

CEPEDA, J. El concepto de cultura. *Revista Aleph*, Colombia, 2007, N°143.

greenpeace.org. *40 tips para cuidar el planeta*. Obtenido de <https://www.greenpeace.org/mexico/blog/1405/40-tips-para-cuidar-el-planeta/> (12 de 11 de 2018).

LEFF, E. *Universidad, saber ambiental y sustentabilidad*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2009.

LORITE MENA, J. *El animal paradójico. Fundamentos de Antropología Filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

PACHÓN SOTO, D. *El covid-19, la vida y el ser humano cápsula*. Obtenido de <https://alponente.com/el-covid-19-la-vida-y-el-ser-humano-capsula/?fbclid=IwAR0kpvDP0gSZup6eoAZLz85FKSyNuzSoC92n7hW-2mD01ctPymr9vRQvK58> (13 de 4 de 2020).

Revista Perfil. *Pequeñas acciones para cambiar el mundo*. Obtenido de <https://www.revistaperfil.com/bienestar/salud/pequenas-acciones-para-cambiar-el-mundo/MMWNXEWX3RDTFCOKJ7MXO3CAYY/story/> (27 de 8 de 2017).

VIDAL, M. *Moral de las actitudes* (Octava Edición ed.). Madrid: Covarrubias. 1990.

VILLASANTE CERVELLÓ, M. *Una Nueva pandemia en el mundo globalizado: el coronavirus CoV-2 y su expansión internacional*. Obtenido de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-nueva-pandemia->

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

en-el-mundo-globalizado-el-coronavirus-cov-2-y-su-expansion-internacional/(24 de 03 de 2020).

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

POLÍTICA DE ACCESO Y PERMANENCIA EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN BRASIL: EL PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS

POLITICS OF ACCESS AND RETENTION OF STUDENTS IN HIGHER EDUCATION IN BRAZIL: THE PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS

POLÍTICA DE ACESSO E PERMANÊNCIA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: O PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS

Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta

(Brasil)

BACH. CAROLINA BRAGLIA ALOISE BERTAZOLLI

(Brasil)

Cómo citar este Artículo:

DOTTA, Alexandre Godoy.; BRAGLIA, CarolinaAloiseBertazolli, “Políticas públicas de acceso y permanencia en la Educación Superior en Brasil: el Programa Universidade para todos” en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 161-194.

Título: “Políticas públicas de acceso y permanencia en la Educación Superior en Brasil: el Programa Universidade para todos”

Resumen:

El artículo investiga las políticas públicas brasileñas destinadas a promover el acceso y la permanencia de los estudiantes en la universidad. Aborda las principales acciones dirigidas a este tipo de educación describiendo algunos de los principales cambios ocurridos en la política educativa para la educación superior durante el gobierno de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) y el de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Destaca el proceso de creación y funcionamiento del Programa Universidad para Todos (PROUNI) establecido por la Medida Provisional N° 213 en 2004, que posteriormente se convirtió en la Ley N° 11.096 en 2005. Contextualiza señalando la creación de la Ley N° 10.861 que instituyó el

SINAES - Sistema Nacional de Evaluación de la Educación Superior y ENADE - Examen Nacional de Desempeño Estudiantil. Se desarrolla señalando los datos del informe y sobre Gastos Tributarios de la Secretaría de Macroevaluación Gubernamental del Tribunal Federal de Cuentas. Señala que el volumen de la exención de impuestos estatales describe el número de becas distribuidas, y también, realiza una evolución del costo anual y el costo mensual por estudiante en el programa en el período de 2005 a 2012. Presenta el número de evasivas de becarios de PROUNI de 2005 a 2009. Concluye señalando los principales beneficios derivados del programa.

Palabras clave: Derecho a la educación; Políticas Públicas para la Educación Superior; Acceso y permanencia en la educación; Programa Universidad para Todos.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Title: “Public Policy of access and permanence of students in Higher Education: The Programa Universidade para Todos”

Abstract:

The article investigates the Brazilian public policy aimed at promoting student access and permanence at the university. It addresses the main actions aimed at this type of education, describing some of the main changes that occurred in the educational policy for higher education during the Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) and Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) administrations. It highlights the process of creation and operation of the University for All Program (PROUNI) instituted by Provisional Measure n° 213 in 2004, which later became Law n° 11,096 in 2005. National Assessment of

Higher Education and ENADE – National Student Performance Exam. It develops by pointing out the data of the report and on Tax Expenses of the Secretariat of Governmental Macroevaluation of the Federal Court of Auditors. It points out that the volume of the State's tax waiver describing the number of scholarships distributed, and also, making an evolution of the annual cost and monthly cost per student in the program in the period from 2005 to 2012. It presents the number of the evasion of PROUNI scholarship holders from 2005 to 2009. Concludes by pointing out the main benefits resulting from the program.

Key words: Right to education; Public Policies for Higher Education; Access and permanence in education; University for All Program.

How to quote this article:

DOTTA, Alexandre Godoy; BRAGLIA, Carolina Aloise Bertazolli, “Public Policy of access and permanence of students in Higher Education: The Programa Universidade para Todos” *Journal of Juridical Sciences*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 161-194.

Título: “Política de acesso e permanência educação superior no Brasil: o Programa Universidade para todos”

Resumen:

O artigo investiga a política pública brasileira voltada para a promoção do acesso e da permanência dos estudantes na universidade. Aborda as principais ações voltadas para este tipo de educação descrevendo algumas das principais mudanças ocorridas na política educacional para a educação superior durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e no de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Destaca o processo de criação e de funcionamento do Programa Universidade para Todos (PROUNI) instituído mediante Medida Provisória nº 213 em 2004, que posteriormente se converteu na Lei nº 11.096 em 2005. Contextualiza apontando a criação da Lei nº 10.861 que instituiu o SINAES –

Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior e o ENADE – Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes. Desenvolve apontando os dados do relatório e sobre Gastos Tributários da Secretaria de Macroavaliação Governamental do Tribunal de Contas da União. Aponta que o volume da renúncia fiscal do Estado descrevendo o número de bolsas distribuídas, e ainda, fazendo uma evolução do custo anual e custo mensal por aluno no programa no período de 2005 até 2012. Apresenta o número da evasão dos bolsistas PROUNI de 2005 até 2009. Conclui apontando os principais benefícios resultantes do programa.

Palavras-chave: Direito à educação; Políticas Públicas para educação superior; Acesso e permanência na educação; Programa Universidade para Todos.

POLÍTICA DE ACESSO E PERMANÊNCIA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: O PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS

Por el Dr. Alexandre Godoy Dotta*
y por Bach. Carolina Braglia Aloise Bertazolli**

1. INTRODUÇÃO

Durante a Ditadura Militar no Brasil houve uma ampliação na criação de políticas públicas voltadas às universidades brasileiras. Contudo, essa expansão acarretou a cisão do modelo de educação até então vigente no país.¹ No Brasil existem basicamente dois principais modelos europeus clássicos de universidades: o humboldtiano e o napoleônico. Primeiramente, a

* Doutorado e Mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>

** Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná <https://orcid.org/0000-0003-3366-2652>

¹ DOTTA, A. G. Struttura e finanziamento del settore post Laurea in Brasile nel contesto dello sviluppo del servizio pubblico Dell'educazione. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa-Fé (Argentina), v.2, n.1, p.7-23, jan./jun. 2015. p.13; DOTTA, A. G.; NEVES, O. P. History of master and doctoral degree training from 1965-2013 in Brazil: a map of the public education service in the postgraduate system. **European Scientific Journal**, v.1, p.164-177, oct. 2015. p.165.

universidade pensada por Wilhelm Von Humboldt era baseada na autonomia estudantil e docente do Estado, tendo como norte a liberdade acadêmica, unindo o ensino e a pesquisa.² Já o modelo napoleônico tinha como base uma educação subordinada ao Estado e objetivava a formação de profissionais para o mercado. Isto é, as escolas eram isoladas e tinham como objetivo a formação de profissionais aptos a trabalhar para o Estado.³

Todavia o modelo de universidade adotado no Brasil teve diversas influências, não se caracterizando como um modelo puro. Percebe-se que a pesquisa, o ensino e a organização da universidade brasileira pautaram-se na origem alemã, enquanto a extensão provém do modelo de universidade estadunidense.⁴ No início do autoritarismo o modelo de educação brasileira foi alterado, fazendo com que na graduação, o ensino e a pesquisa não estivessem mais interligados, restando à pós-graduação a tarefa de fomentar a pesquisa. Este período foi concebido como a Reforma Universitária.⁵ Na década de 1990, vários organismos internacionais publicaram documentos a respeito da educação e sobre suas possibilidades de reforma.

O Banco Mundial conjuntamente com a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) lançou um documento

² MARTINS, C. B. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. **Educação & Sociedade**, Campinas, v.30, n.106, p. 15-35, abr. 2009.

³ LUCKMANN, L. C.; BERNART, E. E. Da Universidade Clássica à Universidade Brasileira: aproximações e desdobramentos. *Unoesc & Ciência – ACHS*, Joaçaba, v.5, n.2, p.211-220, jun./dez. 2014. p.212.

⁴ COSTENARO, D. C.; MARQUES, M. M. V. A educação superior brasileira e influência dos modelos de universidades estrangeiras. **Periódico de Divulgação Científica da FALS**, a.5, n.12, p.1-12, dez. 2011. p.2.

⁵ MARTINS, C. B. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. *Educação & Sociedade*, Campinas, v.30, n.106, p.15-35, abr. 2009. p.18.

intitulado *La enseñanza Superior: las lecciones derivadas de la experiencia*,⁶ sendo resultado de pesquisa feita por treze países. O documento consiste em questionamentos e recomendações feitos para Estados em desenvolvimento no que se refere à educação superior.⁷

A publicação deste documento foi ao encontro dos interesses privados, pois visa incentivar países a aumentarem seus investimentos nesse campo. No tópico *Fomento de la oferta privada de la educación superior* frisa-se a importância do ensino privado para o desenvolvimento da educação mundial de forma eficiente e flexível, praticamente sem auxílio estatal. A influência disso para a educação brasileira foi percebida na época de sua publicação e possui resquícios até o presente momento. O presidente à época, Fernando Henrique Cardoso, iniciou a contrarreforma da educação brasileira,⁸ tendo como símbolo a promulgação da Lei nº 9.394 em 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN – Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996). Esta legislação tem como objetivo o estabelecimento das regras gerais para a educação no país.

A maior crítica referente ao período do governo de Fernando Henrique Cardoso diz respeito ao caráter neoliberal de suas ideias políticas, influenciando ainda mais na expansão das Instituições de Ensino Superior (IES) privadas, e estagnando o setor público.⁹ Em 2000, o número de

⁶ BANCO MUNDIAL. **La Enseñanza Superior**: Las lecciones derivadas de la experiencia. Washington: BM, 1994. p. 115.

⁷ VALLE, M. J. **PROUNI**: política pública de acesso ao ensino superior ou privatização. Curitiba: 2009. 110f. (Mestrado em Educação). Universidade Tuiuti do Paraná. p. 63.

⁸ LIMA, K. R. S.; PEREIRA, L. D. Contra-reforma na educação superior brasileira: impactos na formação profissional em Serviço Social. **Sociedade em Debate**, Pelotas, v.5, n.1, p.31-50, jan./jun. 2009. p.35.

⁹ ALMEIDA; et al. Programa Universidade para todos- PROUNI: Políticas públicas e inclusão

Instituições de Educação Superior no Brasil era de 1.180, sendo que apenas 71 eram do setor público.¹⁰

Houve ainda a criação de um programa educacional que se tornou destaque em seu governo nomeado de Financiamento Estudantil (FIES), o qual proporciona aos alunos o auxílio do Estado para o financiamento de cursos superiores não gratuitos.¹¹ Posteriormente em 2003, Luiz Inácio Lula da Silva assumiu o cargo de presidente do Brasil. Diferente de seu antecessor, ele possuía perfil voltado aos anseios populares e criou projetos como: o Programa Universidade para Todos; as Parcerias Público-Privadas e a Lei de Inovação Tecnológica.¹²

2. O PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS (PROUNI)

No ano de 2004 o então presidente Lula editou a Medida Provisória nº 213 que instituiu oficialmente PROUNI e regulou a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior. No ano seguinte, o projeto de lei referente ao programa foi promulgado e a Lei nº 11.096 entrou em vigor. Há mudanças substanciais entre a Medida Provisória e a lei promulgada. A primeira refere-se à proporção de bolsas concedidas de forma

social. **Educação & Linguagem**, v.13, n.21, p.67-88, jan./jun. 2010. p. 68.

¹⁰ APRILE, M. R.; BARONE, R. E. M. Políticas Públicas para Acesso ao Ensino Superior e Inclusão no Mundo do Trabalho – o Programa Universidade para todos (PROUNI) em Questão. **VI Congresso Português de Sociologia**. Mundos sociais: saberes e práticas. 25 a 28 de junho de 2008. p. 6.

¹¹ QUEIROZ, V. Fundo de Financiamento Estudantil (FIES): uma nova versão do CREDUC. **ANDES-SN**, fev. 2015. p.46.

¹² OTRANTO, C. R. A reforma da educação superior do governo Lula da Silva: da inspiração à implantação. In: SILVA JÚNIOR, J. R.; OLIVEIRA, J. F.; MANCEBO, D. (Orgs.). **Reforma Universitária: dimensões e perspectivas**. Campinas: Alínea, 2006. p.13.

integral: na Medida Provisória a proporção era de uma bolsa integral para cada nove alunos pagantes (art. 5º), enquanto a lei instituiu que seria de um bolsista para cada 10,7 alunos pagantes (art. 5º).

Outra diferença relevante é a concessão das bolsas parciais, pois enquanto na Medida Provisória só havia bolsas de 50% (art. 1º), na Lei nº 11.096 são concedidas bolsas de 50% e de 25% (art. 1º). Além disso, havia na Medida Provisória a exigência de vínculo entre a instituição privada e o PROUNI quando aquela buscava os benefícios do Fies, determinação esta abrandada na nova Lei.¹³

Ainda, há a avaliação das Instituições de Educação Superior ligadas ao programa: a Medida Provisória estabeleceu que o curso da instituição que reprovasse no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES) por três anos consecutivos seria desligado do programa (art. 7º, §4º), enquanto que a Lei do PROUNI reduziu este prazo para dois anos (art. 7º, §4º). As mudanças que a Lei nº 11.096 fez à Medida Provisória foram mais benéficas para as Instituições de Educação Superior privadas e não necessariamente para os alunos que receberiam as bolsas.¹⁴

A importância das Instituições de Educação Superior privadas dentro destas modificações, demonstrando como o governo negociou com as instituições o funcionamento do programa e não com os seus destinatários.¹⁵ O PROUNI tem por objetivo permitir o acesso de alunos de baixa renda ao ensino

¹³ MANCEBO, D. Universidade para Todos: privatização em questão. **Pro-Posições**, Campinas, a.15, v.3, n.45, set./dez. 2004. p.82.

¹⁴ CARVALHO, C. H. A. O PROUNI no Governo Lula e o jogo político em torno do acesso ao ensino superior. **Educação & Sociedade**, Campinas, v.27, n.96 – Esp., p.979-1000, out. 2006. p.986.

¹⁵ CATANI, A. M.; GILIOLI, R. S. P. O PROUNI na encruzilhada: entre a cidadania e a privatização. **Linhas Críticas**, Brasília, v.11, n.20, p.55-68, jan./jun. 2005. p.58.

superior. De acordo com a pesquisadora Deise Mancebo havia duas razões que faziam o programa ser tão necessário: o número de alunos na faixa de 18 a 24 anos no ensino superior era de 9% e havia 37,5% das vagas nas instituições de ensino privado sem serem ocupadas.¹⁶ Para ser beneficiado pelo programa o aluno deve ter cursado o ensino médio inteiro em uma escola pública ou ter sido contemplado com bolsa integral dentro de uma instituição privada.

Os portadores de deficiência e professores de escola pública (que queiram frequentar cursos de licenciatura, curso normal superior ou pedagogia, visando a formação do magistério da educação básica) também podem se beneficiar pelo programa.¹⁷ A renda mensal familiar de um salário mínimo e meio per capita é requisito para a concessão de bolsa integral, enquanto para as bolsas parciais a renda mensal é de três salários mínimos.¹⁸ Além disso, o aluno deve pontuar uma média no ENEM que varia entre os cursos pretendidos, as universidades e as pontuações de outros candidatos.¹⁹

¹⁶ MANCEBO, op. cit., p.81.

¹⁷ “Art. 2º A bolsa será destinada: I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, curso normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei”.

¹⁸ “Art. 1º: § 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio). § 2º As bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação”.

¹⁹ “Art. 3º O estudante a ser beneficiado pelo PROUNI será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM ou outros critérios

Os únicos que não precisam comprovar renda são os professores oriundos da rede pública “Art. 2º A bolsa será destinada: III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei”. Antes de tratar da proporção de bolsas que as instituições devem aplicar internamente, é preciso compreender os tipos de Instituições de Educação Superior privadas existentes e suas diferenças. As instituições privadas são aquelas credenciadas no Ministério da Educação e possuem diversas formas de classificação podendo, por exemplo, ser divididas entre universidades, centros universitários e faculdade. As universidades são aquelas que possuem ensino, extensão e pesquisa dentro do seu meio acadêmico; já os centros universitários possuem ensino, extensão e pesquisa institucionalizada optativa; e a faculdade é voltada ao ensino.²⁰

Outro parâmetro de classificação das Instituições de Educação Superior privadas é quanto à sua finalidade econômica: com ou sem fins lucrativos. As instituições sem fins lucrativos se dividem em comunitárias, confessionais e filantrópicas. As comunitárias são aquelas em que a mantenedora possui representantes da comunidade; já as confessionais são as que seguem uma linha confessional e ideológica específica; e as filantrópicas são as que auxiliam a comunidade prestando serviços que deveriam ser

a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato’.

²⁰ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico e do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Cartilha do Ministério da Justiça**. Instituições Privadas de Ensino Superior. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/especiais/cartilhaIPES.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

oriundos do Estado.

As entidades sem fins lucrativos comunitárias e confessionais são entidades não beneficente; enquanto a filantrópica é caracterizada como entidade beneficente.²¹ Estas diferenciações são importantes, pois a lei que regulamenta o PROUNI distinguiu o tratamento dado a cada uma delas. A legislação²² determina que as entidades com fins lucrativos e as sem fins lucrativos não beneficentes devem assinar um termo de adesão ao programa com um prazo de 10 anos, devendo conceder uma bolsa integral a cada 10,7 alunos pagantes.²³

²¹ BRASIL. Divisão de Temas Educacionais do Ministério das Relações Exteriores. **Denominações das Instituições de Ensino Superior (IES)**. Disponível em: <http://www.dce.mre.gov.br/nomenclatura_cursos.html>. Acesso em: 2 out. 2019.

²² “Art. 5º: § 4º A instituição privada de ensino superior com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente poderá, alternativamente, em substituição ao requisito previsto no caput deste artigo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 22 (vinte e dois) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do PROUNI, efetivamente recebida nos termos da Lei no 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou sequencial de formação específica”.

²³ “Art.5º: Art.5ºA instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá aderir ao PROUNI mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (...) bolsa integral para o equivalente a 10,7 (...) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo MEC, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo PROUNI ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados; (...) §4ºA instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá aderir ao PROUNI mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para o equivalente a 10,7 (dez inteiros e sete décimos) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação,

Se a instituição preferir, ela pode conceder uma bolsa a cada 22 alunos pagantes e conceder bolsas parciais de 50% e 25%, obedecendo a proporção estabelecida pela lei. As entidades beneficentes, para serem consideradas como tal, devem oferecer uma bolsa a cada nove alunos pagantes ou assinar o termo de adesão, adotando as demais regras do programa – uma bolsa a cada 10,7 alunos pagantes ou uma bolsa a cada 22 alunos, mais a concessão de bolsas de 50% e 25%.

As Instituições de Educação Superior com fins lucrativos, ao aderirem ao programa, são beneficiadas com a renúncia fiscal de quatro impostos: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). Importante destacar que há uma significativa diferença entre a renúncia fiscal e imunidade fiscal.

A renúncia fiscal ocorre quando o Estado estabelece que determinadas pessoas – físicas ou jurídicas – não precisarão pagar um tributo específico, já a imunidade tributária é o benefício, concedido pela Constituição, da isenção ao pagamento de alguns tributos por parte de determinadas entidades. Isto acontece com as entidades beneficentes de assistência social, e em razão dessa imunidade elas são obrigadas a aderir ao PROUNI.²⁴

O Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é uma alíquota de 15% sobre o lucro apurado, acrescido de 10% em relação ao lucro mensal que

excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo PROUNI ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados”.

²⁴ HACHEM, D. W.; KALIL, G. A. A. O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função extrafiscal dos tributos: uma análise do Programa Universidade Para Todos (PROUNI). **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, v.66, p. 153-177, 2016. p. 156-158.

exceder a 20.000 reais.²⁵ Já a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido é feito antes da declaração do imposto de renda e a base de cálculo é o valor do resultado do exercício. A alíquota que incide sobre as Instituições de Educação Superior privadas é de 9% (Lei nº 7.689, 15 de dezembro de 1988).

Já o imposto da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social incide sobre o faturamento mensal em 2%, considerando a receita bruta dos serviços de qualquer natureza (Lei Complementar nº 70, 30 de dezembro de 1990). Por fim, há o da Contribuição para o Programa de Integração Social que reflete no faturamento e sua alíquota é de 5%. As entidades sem fins lucrativos não beneficentes já possuíam a isenção do IRPJ e do COFINS antes da adesão ao PROUNI. Elas permanecem pagando o PIS sobre a folha de salários e o pagamento de CSLL é, para elas, insignificante.

Já as Instituições de Educação Superior sem fins lucrativos beneficentes de assistência social possuem imunidade tributária sobre todos os tributos, com exceção ao PIS, não alterando sua situação com a adesão do PROUNI. No primeiro ano de implementação do programa, 2005, houve renúncia fiscal de R\$ 167.943.871,00 (valor triplicado em 2012). Acumulou durante o período de 2005-2012 o custo total de aproximadamente 737 milhões de reais. Na tabela a seguir sistematiza informações disponíveis no relatório e sobre Gastos Tributários: Síntese da Secretaria de Macroavaliação Governamental do Tribunal de Contas da União, a qual expõe tanto os déficits financeiros ocasionados pela isenção tributária de algumas entidades.²⁶

²⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. **IRPJ** (Imposto sobre a renda das pessoas jurídicas). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/IRPJ>>. Acesso: 2. out. 2019.

²⁶ Tribunal de Contas da União; Receita Federal; Secretaria da Educação Superior. Gastos Tributários: Síntese da Secretaria de Macroavaliação Governamental do TCU. In: EVANGELISTA, Charles Mathusalem Soares (Comp.). **Workshop Internacional sobre**

**TABELA 1: ISENÇÃO TRIBUTÁRIA EM MILHÕES DE REAIS
NO PERÍODO DE 2005 ATÉ 2012**

TRIBUTOS	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
IRPJ	78,6	110,1	159,7	176,8	197,8	243,3	165,0	175,5
CSLL	30,2	37,1	53,8	60,5	91,4	84,1	49,3	52,4
PIS	10,5	12,2	24,8	35,1	42,9	44,6	46,2	49,1
COFINS	48,5	56,4	114,7	161,7	198,4	206,1	213,3	226,8
TOTAL	167,9	215,9	353,1	434,2	530,6	578,1	473,9	503,9

Quanto aos valores referentes aos gastos mensais e anuais referentes a cada aluno bolsista.²⁷

**TABELA 2: NÚMERO DE BOLSAS DISTRIBUÍDAS, CUSTO ANUAL E CUSTO MENSAL
POR ALUNO NO PERÍODO DE 2005 ATÉ 2012**

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
BOLSAS	86.860	179.485	255.077	326.846	395.840	433.706	466.094	490.329
VARIAÇÃO ANUAL		207%	142%	128%	121%	110%	107%	105%
CUSTO ANO	1.933,50	1.202,83	1.383,92	1.328,37	1.340,44	1.332,97	1.016,93	1.027,78
VARIAÇÃO ANUAL		-38%	15%	-4%	1%	-1%	-24%	1%
CUSTO MÊS	161,13	100,24	115,33	110,70	111,70	111,08	84,74	85,65
VARIAÇÃO ANUAL		-38%	15%	-4%	1%	-1%	-24%	1%

A tabela possui a finalidade de comparar os valores e quantificar a

Gastos Tributários. 2014. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/gastos-tributarios-trabalhos/02PerspectivasdoControleeeavaliadosgastostributrios.pptx> Acesso em: 20 ago. 2019. p. 16.

²⁷ Idem.

renúncia fiscal que efetivamente houve, enfatizando que o programa é um custo para o Estado, ainda que indiretamente. Demonstra, também, como a renúncia fiscal aumentou ao longo dos anos, mas o custo do aluno diminuiu. Os fatores que criaram este quadro são inúmeros, desde a maior adesão feita pelas Instituições de Educação Superior privadas ao longo do tempo até as questões econômicas do país. Importante destacar que no período analisado o programa cresceu consideravelmente, manteve uma média de crescimento de aproximadamente 130% no volume de bolsas concedidas. Destaca-se ainda que, ao mesmo tempo, o custo referente a manutenção da bolsa caiu consideravelmente, saindo de 161,13 reais mensais em 2005 e chegou em 2012 custando 85,65 reais, ou seja 47% menos do que no início do programa.²⁸

3. A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

A educação é uma garantia constitucional e deve ser efetivada por meio de ações estatais em conjunto com a sociedade. Além de estar no rol de direitos fundamentais, o direito à educação possui um capítulo que explana sobre o seu funcionamento dentro da Constituição no Art. 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.²⁹ Há uma divergência doutrinária quanto ao conteúdo deste direito fundamental, sendo que autores, como Daniel WunderHachem, defendem que o direito ao ensino superior não se insere no direito à educação como mínimo

²⁸ Ibidem, p.13.

²⁹ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

existencial.³⁰ Apesar disto, há dentro da Constituição a garantia do acesso ao ensino superior como uma das obrigações do Estado, não sendo esta educação propriamente pública: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; ...”³¹

O Estado de fato não consegue promover a educação superior pública para todos e acaba sendo insuficiente para suprir todas as necessidades existentes, seja pela falta de recursos, seja pela grande demanda. Observa-se essa problemática antes mesmo da Constituição de 1988. Já na Ditadura Militar iniciou-se a prática de concessão de isenções fiscais para fomentar o desenvolvimento do país para evitar gastos financeiros diretos.

As instituições de ensino públicas geravam gastos insustentáveis ao Estado, além de permitirem a presença estatal constante em todo o desenvolvimento do país.³² As políticas neoliberais implantadas na década de 1990 visavam um alto investimento no setor privado sem ter, contudo, gastos advindos diretamente dos cofres públicos. A própria corrente neoliberal visa a redução do poder estatal na sociedade, transferindo para a iniciativa privada os deveres do Estado.

Esta atitude fortalece as instituições privadas e aumenta a mercantilização do ensino de nível superior.³³ É neste ponto que reside uma

³⁰ HACHEM, Kalil, op. cit., p.165.

³¹ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (...)”

³² APRILE; BARONE, op. cit., p.5.

³³ CATANI; GILIOLI, op. cit., p.65.

das críticas ao Programa Universidade para Todos. Ao invés do Estado investir na educação em instituições públicas, ele optou por auxiliar o setor privado a acolher as pessoas que não conseguiam adentrar as universidades públicas e desprovidas de meios para pagar pelo ensino.³⁴

Pode-se considerar uma verdadeira privatização indireta da educação superior no Brasil.³⁵ É indireta porque as universidades públicas não foram de fato privatizadas, elas foram mantidas, todavia, a isenção fiscal concedida pelo governo fez com que o número de Instituições de Educação Superior privadas aumentasse. Como já mencionado, no ano 2000 das 1.180 instituições de ensino, apenas 71 eram públicas; já em 2014 o número de instituições subiu para 2.400 e as públicas compunham 301. Portanto, em 14 anos o número de IES³⁶ privadas subiu de 1.109 para 2.099, quase dobro de instituições, revelando-se verdadeira privatização do ensino superior.³⁷

4. A POLÍTICA DE QUALIDADE DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

A Constituição se preocupa em colocar a qualidade de ensino como um dos principais objetivos da educação. Do mesmo modo as leis infraconstitucionais seguem essa lógica, contudo, há pesquisas que demonstram que este nível de qualidade não é atingido dentro do ensino

³⁴ SARAIVA, L. A. S.; NUNES, A. S. A efetividade de programas sociais de acesso à educação superior: o caso do PROUNI. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v.45, n.4, p.941-964, jul./ago. 2011. p.947-948.

³⁵ MANCEBO, op. cit., p.83.

³⁶ Dados obtidos através da dedução dos números trazidos anteriormente.

³⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Portal Brasil. Notícia. **Ensino superior com 7,3 milhões de estudantes**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2014/09/ensino-superior-registra-mais-de-7-3-milhoes-de-estudantes>>. Acesso em: 4 out. 2019.

brasileiro.³⁸ O processo de avaliação é um importante instrumento para adquirir a qualidade almejada para a educação superior.³⁹ Entretanto, esta lógica avaliativa não se mostra utilizada fortemente na prática.

A razão para tal é que a própria lei do PROUNI determina que a entrada de alunos na instituição seja pelo ENEM, no entanto, sem a necessidade de realizar provas internas. Uma vez que o estudante já esteja matriculado, não há mais controle do que ocorre. Ainda, a Instituições de Educação Superior privada só será desvinculada do PROUNI caso a entidade seja reprovada no SINAES duas vezes consecutivas.

Por mais que a lei tenha instituído uma forma de coibir a instituição a manter um ensino sem qualidade, não há um controle direto da qualidade deste ensino. Isto se dá porque o SINAES não serve propriamente para avaliar ensino, e sim a instituição em todo o seu conjunto. Como prevê a Lei nº 10.861,⁴⁰ que institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), há: a avaliação, o caráter público do processo, a individualização das instituições e cursos, e a composição de todas as pessoas envolvidas na educação superior (alunos, professores, técnicos e comunidade externa).⁴¹ É

³⁸ DOTTA, A. G. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.3, n.3, p.53-69, set./dez. 2019.

³⁹ GOMES, M. F. Poder de polícia sobre as instituições de ensino superior: procedimentos administrativos de supervisão e avaliação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, a.3, n.11, jan./mar. 2003. p.119.

⁴⁰ “Art. 5º. § 3º A periodicidade máxima de aplicação do ENADE aos estudantes de cada curso de graduação será trienal”.

⁴¹ “Art. 2º. O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar: I – avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos; II – o caráter público de todos os procedimentos,

importante ressaltar que “a composição do SINAES está alinhada em três eixos avaliativos: a instituição, o curso e o desempenho dos estudantes”.⁴²

Na mesma lei que institui o SINAES determina-se que a competência para avaliar a qualidade de ensino é do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE).⁴³ O ENADE é um mecanismo do SINAES para avaliar os alunos dos cursos de graduação.⁴⁴ Contudo, a sua aplicação é no máximo trienal. Portanto, alunos em cursos que tenham duração de até cinco anos poderão não ter a chance de fazer a prova por mais de uma vez, como demonstra a própria lei que institui o SINAES.

Mesmo que a Instituições de Educação Superior privada seja reprovada, ela terá três anos para preparar seus alunos para uma nova prova.⁴⁵ Este desempenho não significa que ela será reprovada no SINAES, pois ele é um conjunto de avaliações, não sendo reduzido a um de seus procedimentos.⁴⁶ Assim sendo, não há uma avaliação efetiva e concreta da

dados e resultados dos processos avaliativos; III – o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos; (...)” IV – a participação do corpo discente, docente e técnico-administrativo das instituições de educação superior, e da sociedade civil, por meio de suas representações.”

⁴² DOTTA, A. G.; GABARDO, E. **A Qualidade da Educação Superior no Brasil: Aspectos Históricos e Regulatórios das Políticas Públicas de Avaliação**. Buenos Aires, UNT, 2013. p.12.

⁴³ “Art. 5º. § 3º A periodicidade máxima de aplicação do ENADE aos estudantes de cada curso de graduação será trienal”.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ “Art. 2º O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar: I – avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos; II – o caráter público de todos os procedimentos, dados e resultados dos processos avaliativos; III – o respeito à identidade e à diversidade

qualidade de ensino das instituições.⁴⁷

5. ESTRATÉGIAS DA POLÍTICA PARA A PERMANÊNCIA DOS ESTUDANTES

Uma crítica constante feita ao PROUNI é a questão da permanência do estudante dentro da instituição privada. O acesso, foco do programa e da Constituição Federal, é alcançado ao permitir, através de bolsas, que o aluno adentre o espaço privado sem gastos com a educação, ou quase sem, a depender da porcentagem da bolsa concedida. Contudo, o outro objetivo do programa é a permanência dos estudantes dentro do espaço educacional. Os dois principais objetivos do PROUNI estão em consonância com a Constituição Federal no que tange ao seu artigo 206: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.⁴⁸

Esta questão foi observada pelo governo, pois ele criou a chamada bolsa permanência. O valor desta bolsa é o mesmo valor das bolsas de iniciação científica concedidas pelo governo. Contudo, ela só é válida para alunos que preencherem os seguintes requisitos: o curso precisa ter, no mínimo, 6 semestres e a carga horária média precisa ser igual ou superior a 6 horas diárias.⁴⁹ Todas essas questões foram trazidas por pesquisadores na

de instituições e de cursos; IV – a participação do corpo discente, docente e técnico-administrativo das instituições de educação superior, e da sociedade civil, por meio de suas representações”.

⁴⁷ DOTTA; GABARDO, op.cit., p.14.

⁴⁸ VALLE, op. cit., p.81.

⁴⁹ BRASIL. Portal do PROUNI. **Bolsa Permanência**. Disponível em: <<http://PROUNIportal.mec.gov.br/bolsa-permanencia>>. Acesso em: 4 out. 2019.

área, pois a falta de auxílio para os estudantes é um dos grandes fatores que aumenta o número de desistências nos cursos.

Neste sentido, “a evasão pode ser vista como um indicativo de falhas no processo de ensino e/ou nos serviços prestados e, ainda, como aumento de dispêndio financeiro, visto que a mesma estrutura acadêmica que poderia atender determinado grupo inicial de alunos acaba sendo utilizada por um quantitativo menor deles”.⁵⁰ Por este motivo, as instituições públicas são tidas como mais benéficas para alunos de baixa renda, pois além de serem completamente gratuitas, ainda há a possibilidade da concessão de um auxílio monetário voltado à moradia, ao transporte e à alimentação subsidiados pelo governo.

A síntese é que, o PROUNI, “na melhor das hipóteses, constituiu-se em programa assistencialista, que prioriza o acesso – e não a permanência – do estudante ao ensino superior”.⁵¹ Em relatório emitido pelo Tribunal de Contas da União em 2010, o órgão reconhece basicamente os mesmos problemas que os estudiosos do programa enfatizam: garantia do acesso e permanência dos estudantes e a promoção da qualidade de ensino, que é afetada pela necessidade de os estudantes trabalhar enquanto estuda.⁵²

No mesmo documento há a apresentação de uma tabela que mostra a quantidade de evasão dentro das Instituições de Educação Superior privadas até o ano de 2009. Esta tabela utiliza duas bases diferentes para determinar a

⁵⁰ ASSIS, C. F. **Estudo dos fatores que influenciam a evasão dos alunos nos Cursos Superiores de Tecnologia de uma Instituição de Ensino Superior Privada**. Pedro Leopoldo: 2013. 91f. (Dissertação Mestrado Profissional em Administração) Fundação Cultural Dr. Pedro Leopoldo. p.13.

⁵¹ CATANI, op. cit., p.58.

⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria TC 004.379/2009-9**. Plenário. Relator Bejamin Zymler. Sessão realizada em 18 ago. 2010. p.3.

evasão estudantil.

A primeira: chamada de Definição 1 - é mais restritiva, pois considera os alunos evasivos como aqueles que não estão mais no sistema informativo do PROUNI, quando seu código foi encerrado. Já a segunda base que está denominada Definição 2 - usa como referência para medir a evasão quando há a bolsa encerrada por evasão ou por cancelamento da matrícula; o prazo de utilização é encerrado; o prazo de suspensão da bolsa se esgotou; for insuficiente o rendimento acadêmico do aluno bolsista; ou por solicitação do próprio aluno.⁵³

TABELA 3: EVASÃO DOS BOLSISTAS NO PROUNI ATÉ 2009

TIPOS DE BOLSA	DEFINIÇÃO 1			DEFINIÇÃO 2		
	NÃO EVADIU	EVADIU	TOTAL	NÃO EVADIU	EVADIU	TOTAL
PARCIAL	8.299	1.515	9.814	8.637	5.097	13.734
INTEGRAL	31.657	2.995	34.652	32.647	14.336	46.983
TOTAL	39.956	4.510	44.466	41.284	19.433	60.717
PARCIAL (%)	20,8	33,6	22,1	20,9	26,2	22,6
INTEGRAL (%)	79,2	66,4	77,9	79,1	73,8	77,4
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
EVASÃO BOLSAS PARCIAIS (%)	84,6	15,4	100,0	62,9	37,1	100,0
EVASÃO BOLSAS INTEGRAIS (%)	91,4	8,6	100,0	69,5	30,5	100,0
EVASÃO DO TOTAL DE BOLSISTAS	89,9	10,1	100,0	68,0	32,0	100,0

A evasão dos alunos é maior quando se utilizam mais critérios como

⁵³ BRASIL. Portal do PROUNI. **Bolsa Permanência**. Disponível em: <<http://PROUNIportal.mec.gov.br/bolsa-permanencia>>. Acesso em: 4 out. 2019.

base, quando ela é um conceito ampliado, pois considera outros problemas ligados à realidade estudantil. Portanto, a desistência das bolsas do PROUNI é um problema ainda existente dentro do programa e que, apesar de percentualmente parecer pequeno, é significativo ao ser considerado a quantidade total de bolsas concedidas. Como já ressaltado, existem diversas classificações que definem o que é uma IES. Destacam-se neste ponto as entidades beneficentes de assistência social. Elas são instituições sem fins lucrativos e que gozam de uma imunidade tributária decorrente da Constituição Federal (Art. 195).⁵⁴ Os requisitos para o enquadramento neste tipo de entidade estão dispostos na Lei nº 12.101 (Art. 1º). São compreendidas como entidades beneficentes de assistência social as instituições que são pessoas jurídicas de direito privado que não visam lucros e que possuem como escopo a prestação de serviços de assistência social, tanto na saúde quanto na educação.⁵⁵

Na legislação supracitada há a estipulação de concessão de bolsas para alunos. Diferentemente do PROUNI, não há qualquer teto salarial para que haja a distribuição de bolsas. Além disto, a proporção de bolsas concedidas é de uma para cinco alunos pagantes, sendo todas bolsas integrais. Se a instituição preferir, poderá aumentar a proporção para alunos pagantes e diminuir o desconto da bolsa. Isto é, a lei permite que sejam concedidas bolsas parciais de 50% (não há bolsas de 25% previstas), sendo

⁵⁴ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

⁵⁵ “Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei”.

uma bolsa para 9 alunos pagantes (Art. 13). Ao comparar com o Programa Universidade para Todos, é possível inferir que a lei que rege as entidades beneficentes de assistência social é mais benéfica para o aluno. Isto se dá no âmbito da proporção de bolsas concedidas e do percentual do desconto. O PROUNI concede uma bolsa a cada 10,7 alunos pagantes, e essas bolsas variam entre 100%, 50% e 25%.⁵⁶

Ao fazer o cotejo entre a lei das beneficentes e a lei do PROUNI é possível destacar que a segunda possui dois pontos positivos sendo: a estipulação de um valor para a renda familiar do bolsista e a obrigatoriedade de uma parcela das bolsas ser destinada aos alunos com deficiência e os autodeclarados indígenas e negros. O debate a ser levantado neste tópico é como uma lei destinada a dispor sobre certificação das entidades e o regulamento dos procedimentos de isenção tributária é mais benéfica para o estudante. Esta lei foi criada no ano de 2009 – cinco anos depois do PROUNI – e não possui qualquer finalidade ou caráter de uma política pública governamental. Ela veio para dispor sobre o que a própria Constituição Federal determina, pois estabelece que é necessária uma lei para tratar das entidades beneficentes.

Mesmo não tendo este intuito, a Lei nº 12.101 permitiria que o acesso ao ensino superior fosse maior. Se fosse aplicada a lei ao invés do PROUNI, o número de alunos bolsistas seria o dobro e seriam concedidas apenas bolsas

⁵⁶ “Art. 13. Para fins de concessão ou renovação da certificação, a entidade de educação que atua nas diferentes etapas e modalidades da educação básica, regular e presencial, deverá: III - conceder anualmente bolsas de estudo na proporção de uma bolsa de estudo integral para cada cinco alunos pagantes. § 1º Para o cumprimento da proporção descrita no inciso III do caput, a entidade poderá oferecer bolsas de estudo parciais, observadas as seguintes condições: I - no mínimo, uma bolsa de estudo integral para cada 9 nove alunos pagantes; ...”

de 100%, o que facilitaria, em parte, a permanência do estudante no meio acadêmico. Não há como argumentar em favor da inclusão da renda familiar nos dispositivos da lei, e muito menos da porcentagem dos autodeclarados indígenas e negros. Isto ocorre porque a finalidade da lei não é permitir o acesso do estudante e sim disciplinar a categoria das entidades beneficentes. Contudo, se mostra contraditório uma lei com tal finalidade ser mais benéfica para os alunos que a lei criada exclusivamente para permitir maior acesso ao ensino superior.

Apesar dos pontos controversos do PROUNI, ao ser instaurado em 2005, ele trouxe mudanças significativas ao quadro geral do ensino superior. Primeiramente, é notório o número de alunos que tiveram acesso ao ensino superior após a promulgação da lei. Em 2005, o número de bolsas ofertadas foi de 112.275 (71.905 integrais), subindo para 306.726 (205.237 integrais) no ano de 2014. A oferta de bolsas praticamente triplicou. Em 10 anos de programa, foram concedidas em torno de 2.227.038 bolsas pelo país.⁵⁷

O acesso ao ensino superior foi concedido de forma gradual, chegando a um número satisfatório de alunos bolsistas nas Instituições de Educação Superior privadas, pois antes não havia uma forma de vincular as entidades para que elas cedessem bolsas, apenas as beneficentes de assistência social possuíam essa obrigatoriedade devido à sua imunidade fiscal advinda da Constituição Federal. O fato de as bolsas serem destinadas para pessoas de baixa renda permite que o quadro de desigualdade social do país reduza. Isto se dá porque os alunos quebram o histórico de falta de acesso à educação e tem a chance de adentrar ao mercado de trabalho com maior preparo e

⁵⁷ BRASIL. Portal do PROUNI. Bolsas **Ofertadas por ano**. Disponível em: <http://PROUNIportal.mec.gov.br/images/pdf/Representacoes_graficas/bolsas_ofertadas_ano.pdf>. Acesso em: 04. out. 2019.

qualificação. Compreende-se que um programa com os objetivos do PROUNI permite que aqueles que se beneficiam alcancem uma condição diversa da que estão.⁵⁸ O segundo ponto importante do programa é com relação à diversidade que ele proporciona dentro do ambiente estudantil. De todas as bolsas concedidas em 10 anos de programa, mais de 50% das bolsas foram concedidas às ações afirmativas.⁵⁹

TABELA 4: DISTRIBUIÇÃO DA CONCESSÃO DE BOLSA POR RAÇA

	BRANCOS	PARDOS	NEGROS	AMARELA	INDÍGENA	NÃO INF.
N de bolsas	686.189	570.899	188.340	26.559	1.887	23.351
%	45,8%	38,2%	12,6%	1,8%	0,1%	1,6%

A tabela montada demonstra que houve preocupação governamental em conceder bolsas para alunos autodeclarados negros ou indígenas, pois a lei que rege o PROUNI determina a destinação de bolsas para este segmento.⁶⁰ A concessão das bolsas raciais é de acordo com a característica de cada Estado. Assim sendo, um Estado federativo com uma população em sua maioria negra, terá mais bolsas para negros; se for majoritariamente branca, o número de bolsas para negros será proporcional à minoria. Isto permite que as vagas

⁵⁸ ALMEIDA, op. cit., p.87.

⁵⁹ BRASIL. Portal do PROUNI. **Bolsistas por raça**. Disponível em: <http://PROUNIportal.mec.gov.br/images/pdf/Representacoes_graficas/bolsistas_por_raca.pdf>. Acesso em: 04. out. 2019.

⁶⁰ “Art. 7º As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao PROUNI, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias: II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros. § 1º O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

reservadas para as ações afirmativas não fiquem ociosas, e sim que sejam preenchidas pelo máximo de alunos que as Instituições de Educação Superior privada conseguirem de acordo com a densidade demográfica da região. Mesmo com todos os problemas que o programa apresentou durante a sua vigência, é possível inferir que o lado social foi, de certa forma, atingido. Isto ocorre porque aqueles que jamais conseguiriam adentrar a uma faculdade o fazem através de auxílio governamental, uma prestação positiva de um direito social.

6. CONCLUSÃO

Com base no estudo feito, desde o histórico das políticas públicas em educação no Brasil até as críticas feitas ao programa, é possível extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar, o Programa Universidade para Todos é uma política pública complexa que envolve várias facetas da vida em sociedade. Não há como reduzir o programa a apenas um viés. Há os lados social, político e econômico do PROUNI que devem ser levados em consideração ao se atribuir críticas ao programa. Um programa complexo como o PROUNI possui vários ângulos, e eles precisam ser analisados em conjunto. Não há como afirmar que um programa é completamente bom ou ruim baseando-se apenas em uma parte dele, ele possui características positivas e negativas, sendo que estas precisam ser analisadas e melhoradas.

É neste ponto que adentra a segunda conclusão: após mais de 10 anos de PROUNI é possível inferir que o programa precisa ser repensado. A extinção imediata do programa, atitude severa e desmedida, faria com que uma parte significativa da população perdesse o acesso ao ensino superior. Contudo, isto não significa que é um programa sem lacunas. A questão mais complexa quanto ao PROUNI é como remodelá-lo sem fazer com que os

alunos bolsistas sejam prejudicados. Uma maneira, a priori, simples e prática seria o Estado fiscalizar para onde está sendo destinado o valor da isenção fiscal das Instituições de Educação Superior privada.

Não se está sugerindo um controle da iniciativa privada como um ato, apenas daquela fatia que ao invés de ir para a sociedade em forma de tributo está sendo mantida com a entidade. Ao final de todo ano letivo, a instituição apresentaria o valor total da renúncia fiscal e demonstraria, a partir de orçamentos, qual foi o destino dado dentro do espaço universitário e se de fato atingiu o corpo discente. As Instituições de Educação Superior poderia investir em infraestrutura, contratação de melhores profissionais, e assim por diante. Esta solução seria prática porque poderia amenizar dois problemas do programa: o controle da qualidade e a permanência do estudante bolsista. Com relação ao primeiro, haveria uma obrigatoriedade da instituição de investir em todo o seu ambiente acadêmico, atenuando os problemas que o PROUNI não consegue abarcar. No que tange à permanência estudantil, a entidade poderia promover políticas internas de auxílio aos bolsistas.

O PROUNI pode ter sido adequado à época em que foi criado e implementado. Todavia, diante dos dados e do histórico do programa se faz necessária uma reforma a fim de aprimorar os resultados obtidos pelas Instituições de Educação Superior e consequentemente ampliar os benefícios dos alunos. Reside neste ponto uma crítica à própria solução da fiscalização estatal apresentada. Apesar da escolha do governo de manter o PROUNI até os dias atuais ser necessária, ele é uma medida paliativa. O programa não visa melhoria no ensino superior, nem nas demais camadas. É indispensável que o governo inclua em sua agenda políticas públicas que almejem a melhoria do ensino fundamental e médio, para que o ensino público seja de qualidade. A partir do momento em que o Estado começar a investir na rede pública visando

um nível de ensino adequado, não haverá necessidade de gerenciar um programa de acesso ao ensino superior para pessoa de baixa renda, pois elas terão a mesma qualidade de ensino. Esta medida paliativa de gerar igualdade substancial para adentrar no ensino superior vem funcionando e gerando resultados, contudo, é o momento de o governo repensar formas de melhorar todos os níveis educacionais para gerar uma real igualdade substancial, visando até mesmo o mínimo existencial que abrange o ensino básico.

7. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleide; DIAS, Elaine T. Dal Mas; PETRAGLIA, Izabel; RIZZO, Lupércio A. “Programa Universidade para todos – ProUni – Políticas públicas e inclusão social” *Educação & Linguagem*, São Bernardo do Campo, v.13, n.21, p.67-88, jan./jun. 2010.
- APRILE, Maria Rita; BARONE, Rosa Elisa Mirra. “Políticas Públicas para Acesso ao Ensino Superior e Inclusão no Mundo do Trabalho – o Programa Universidade para todos (PROUNI) em Questão”. *VI Congresso Português de Sociologia. Mundos sociais: saberes e práticas*. 25 a 28 de junho de 2008. Disponível em: <<http://historico.aps.pt/vicongresso/pdfs/182.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.
- ASSIS, Cristiano Ferreira de. *Estudo dos fatores que influenciam a evasão dos alunos nos Cursos Superiores de Tecnologia de uma Instituição de Ensino Superior Privada*. Pedro Leopoldo: 2013. 91p. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) – Fundação Cultural Dr. Pedro Leopoldo – FPL.
- BANCO MUNDIAL. *La enseñanza Superior: Las lecciones derivadas de la experiencia*. Washington: BM, 1994. 115p. Disponível em: <<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/274211468321262162/pdf/133500PAPER0Sp1rior0Box2150A1995001.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- BRASIL. Casa Civil. *Constituição Federal*, 5 de outubro de 1988a. Disponível em:

-
- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.
- _____. *Divisão de Temas Educacionais do Ministério das Relações Exteriores. Denominações das Instituições de Ensino Superior (IES)*. Disponível em: <http://www.dce.mre.gov.br/nomenclatura_cursos.html>. Acesso em: 2 out. 2019a.
 - _____. Ministério da Fazenda. IRPJ (Imposto sobre a renda das pessoas jurídicas). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/IRPJ>>. Acesso: 2 out. 2019b.
 - _____. Tribunal de Contas da União; Receita Federal; Secretaria da Educação Superior. Gastos Tributários: “Síntese da Secretaria de Macroavaliação Governamental do TCU” In: EVANGELISTA, Charles Mathusalem Soares (Comp.). *Workshop Internacional sobre Gastos Tributários*. 2014. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/gastos-tributarios-trabalhos/02PerspectivasdoControleeavaliadosgastostributrios.pptx>> Acesso em: 2 dez. 2019.
 - _____. Bolsas Ofertadas por ano. Disponível em: <http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Representacoes_graficas/bolsas_ofertadas_ano.pdf>. Acesso em: 4 out. 2019e.
 - _____. Bolsistas por raça. Disponível em: <http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Representacoes_graficas/bolsistas_por_raca.pdf>. Acesso em: 4 out. 2019f.
 - _____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de *Proteção e Defesa do Consumidor*. *Cartilha do Ministério da Justiça*. Instituições Privadas de Ensino Superior. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.br/prdc/especiais/cartilhaIPES.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.
 - _____. Portal Brasil. *Ensino superior registra mais 7,3 milhões de estudantes*. Brasília, 23 dez. 2017. Disponível em:

-
- <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2014/09/ensino-superior-registra-mais-de-7-3-milhoes-de-estudantes>>. Acesso em: 4 out. 2019.
- _____. Portal do ProUni. *Bolsa Permanência*. Disponível em: <<http://prouniportal.mec.gov.br/bolsa-permanencia>>. Acesso em: 4 out. 2019d.
 - _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria TC 004.379/2009-9. Plenário. Relator Benjamin Zymler. Sessão realizada em 18 ago. 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14D92792C014D928461ED2AE0>>. Acesso em: 4 out. 2019.
 - BRITTO, Fabiano de Lemos. “As Teorias Pedagógicas de Wilhelm Von Humboldt na historiografia da educação alemã” 33ª *Reunião Anual da ANPED: Educação no Brasil: o balanço de uma década*. Londrina, 17 a 20 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://33reuniao.anped.org.br/33encontro/app/webroot/files/file/Trabalhos%20em%20PDF/GT02-6240--Int.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.
 - CARVALHO, Cristina Helena Almeida de. “O ProUni no Governo Lula e o jogo político em torno do acesso ao ensino superior”. *Educação & Sociedade*, Campinas, v.27, n.96 - Especial, p.979-1000, out. 2006.
 - COSTENARO, Denise Cristina; MARQUES, Marchesoni1 Marcell Vituri. “A educação superior brasileira e influência dos modelos de universidades estrangeiras”. *Periódico de Divulgação Científica da FALS*, a.5, n.12, dez. 2011. Disponível em: <http://fals.com.br/revela/REVELA%20XVII/artigo1_12.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.
 - DOTTA, Alexandre Godoy. “Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p.53-69, set./dez. 2016.
 - DOTTA, Alexandre Godoy. “Struttura e finanziamento del settore post Laurea in Brasile nel contesto dello sviluppo del servizio pubblico Dell'educazione”. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa-Fé (Argentina), v.2, n.1, p.7-23, jan./jun. 2015.

-
- DOTTA, Alexandre Godoy; GABARDO, Emerson. “A Qualidade da Educação Superior no Brasil: Aspectos Históricos e Regulatórios das Políticas Públicas de Avaliação”. Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/114814/2013183%20-%20A%20qualidade%20da%20educa%C3%A7%C3%A3o%20superior%20no%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 4 out. 2019.
 - DOTTA, Alexandre Godoy; NEVES, Ozias Paese. “History of master and doctoral degree training from 1965-2013 in Brazil: a map of the public education service in the postgraduate system”. *European Scientific Journal*, v.1, p.164-177, out. 2015. p.165.
 - GOMES, Magno Federici. “Poder de polícia sobre as instituições de ensino superior: procedimentos administrativos de supervisão e avaliação” *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a.3, n.11, jan./mar. 2003.
 - HACHEM, Daniel Wunder. “Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras”. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
 - HACHEM, Daniel Wunder; KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. „O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função extrafiscal dos tributos: uma análise do Programa Universidade Para Todos (PROUNI)” *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, v.66, p.153-177, 2016.
 - LIMA, K. R. S.; PEREIRA, L. D. “Contra-reforma na educação superior brasileira: impactos na formação profissional em Serviço Social” *Sociedade em Debate*, Pelotas, n.15, v.1, p.31-50, jan./jun. 2009.
 - LUCKMANN, Luiz Carlos; BERNART, Eliezer Emanuel. “Da Universidade Clássica à Universidade Brasileira: Aproximações e desdobramentos” *Unoesc & Ciência – ACHS*, Joaçaba, v.5, n.2, p.211-220, jun./dez. 2014.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

-
- MANCEBO, Deise. *Universidade para Todos: privatização em questão. Pro-Posições*, Campinas, v.15, n.3, p.75-90, set./dez. 2004.
 - MARTINS, C. B. “A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil” *Educação & Sociedade*, Campinas, v.30, n.106, p.15-35, abr. 2009.
 - OTRANTO, C. R. “A reforma da educação superior do governo Lula da Silva: da inspiração à implantação” In: SILVA JÚNIOR, João dos Reis; OLIVEIRA João Ferreira de; MANCEBO, Deise. (Orgs.). *Reforma Universitária: dimensões e perspectivas*. Campinas: Alínea, 2006.
 - QUEIROZ, V. *Fundo de Financiamento Estudantil (FIES): uma nova versão do CREDUC*. ANDES-SN, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.andes.org.br/imprensa/publicacoes/imp-pub-1095164128.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.
 - SARAIVA. L. A; S.; NUNES, A. S. “A efetividade de programas sociais de acesso à educação superior: o caso do ProUni” *Revista de Administração Pública - RAP*, Rio de Janeiro, v.45, a.4, p.9 41-964, jul./ago. 2011.
 - VALLE, M. J. *ProUni: política pública de acesso ao ensino superior ou privatização*. Curitiba, 2009. 110f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Tuiuti do Paraná.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

**MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS PARA ELIMINAR CONTENIDO
LESIVO DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN REDES
SOCIALES. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA**

**AUTOSATISFACTIVE CLAIM TO ELIMINATE HARMFUL
CONTENT TO PERSONAL RIGHTS IN SOCIAL NETWORKS. A
COMMENT OF JURISPRUDENCE.**

Ab. Yvana Leonarda Alarcón Rearte

(Universidad Nacional de La Rioja, Argentina)

Cómo citar este Artículo:

ALARCON REARTE, Yvana Leonarda, "Medidas autosatisfactivas para eliminar contenido lesivo de derechos personalísimos en redes sociales. Comentario de jurisprudencia" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 195-213.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Título: “Medidas autosatisfactivas para eliminar contenido lesivo de derechos personalísimos en redes sociales. Comentario de jurisprudencia”

Resumen:

El presente trabajo aborda sobre una medida procesal, receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación como un instrumento de gran utilidad y aplicación práctica para los casos en que se

persigue principalmente la inmediata eliminación de contenidos lesivos de los derechos personalísimos alojados en las plataformas virtuales desarrollados por proveedores del servicio de internet.

Palabras clave: Derechos Personalísimos; Medidas Autosatisfactivas; Redes Sociales; Facebook; Jurisprudencia; Argentina.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

Title: “Autosatisfactive claim to eliminate harmful content in social networks. Comments to Jurisprudence”

Abstract:

The present article argues about a procedural precautionary measure, the autosatisfactive claim. This instrument is accepted by the Civil and Commercial Code of the Nation as a procedural instrument of great practical precautionary measure.

The article comments a judicial decision of La Rioja, and the main topic is about the claim to eliminate immediately some content on social networks on the base of the harm to personal rights.

Key words: Precautionary measures; Autosatisfactive claim; Harmful content in social networks; Personal rights; Facebook; Jurisprudence; La Rioja, Argentina.

How to quote this article:

ALARCON REARTE, Yvana Leonarda, “Autosatisfactive claim to eliminate immediately harmful content in social networks”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, pp. 195-213.

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS PARA ELIMINAR CONTENIDO LESIVO DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN REDES SOCIALES. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Por Ab. Yvana Leonarda Alarcón Rearte*

SUMARIO: I. EL CASO.- II. DECISION DE LA JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA.- III. DECISION DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA- 1.Los planteos de la empresa recurrente. 2. Resolución del Recurso – IV MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN LAS REDES- DERECHO PERSONALISIMO- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.1. Derecho al honor. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. EL CASO.

En nuestros tiempos la tecnología afecta de manera positiva y negativa, las redes sociales al lograr una vinculación simultánea con varias personas y brindarles a estas la posibilidad de expresarse de manera abierta y libre por la libertad de expresión, esto genera sin dudas responsabilidades a los sujetos intervinientes, sanciones económicas y hasta su implicancia en delitos penales.

El caso que les presento se relaciona con una de las modalidades más frecuentes para desacreditar o desprestigiar a una persona, tengan estas actuaciones públicas o no, cual es la creación de grupos o foros virtuales organizados en torno a premisas ofensivas del derecho de la personalidad.

*Abogada (UNLaR), Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Rioja.

El Señor V. Ofue víctima de una denuncia pública realizada en la red social Facebook, donde se habían publicado imágenes fotográficas y video acompañado con un texto, donde describía la actividad laboral del afectado, encontrándose diferentes expresiones críticas, como también imputaciones calumniosas e injuriosas, como intento de homicidio y el uso de un arma de fuego contra el denunciante en la red social.

El afectado solicita a la justicia una medida autosatisfactiva refiriendo que esta cuenta excedía los límites de difusión y publicación de ideas de manera regular, que por medio del sitio se realizaban, lisa y llanamente, diversas acusaciones calumniosas e injuriantes en contra de su persona.

La acción fue dirigida contra el Sr. J.W.F, y la red social "Facebook Inc. de Argentina y/o con el objeto de que se disponga de manera inmediata e innovativa orden judicial de supresión de las publicaciones consignadas en la dirección web. ([https:// web.facebook.com/](https://web.facebook.com/.....)) y la supresión de toda imagen, video referencia, comentario difusión realizada en esa página la cuenta del Sr. F. de sus comentarios y/o terceras personas que accedan a su perfil público.

II. DECISION DE LA JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza de la Cámara Segunda Civil, Comercial y de Minas, Secretaria A, Sala Dra. María Alejandra Echevarria, señaloque teniendo en cuenta el importante cargo que manifestaba tener el solicitante en la empresa E. S.A., el respeto de todo el personal, su legajo intachable, y que nunca fue sancionado, al par, de que publicar la fotografía de una persona sin su consentimiento, supone una intromisión ilegítima de su derecho a la propia imagen, en suma, que con las publicaciones en las redes sociales con comentarios lesivos, afirmaciones ofensivas y agresiones subidas de tono en

las cuales se atribuyen cualidades o conductas a otras personas, conllevan el ánimo de causar perjuicio a la persona a que se dirigen, estima que el demandado incurre en una conducta reprochable, por menoscabar los derechos del requirente, afectando la concepción social cuya repercusión se proyecta en todas sus relaciones y el del ámbito laboral donde tiene un cargo jerárquico, y que en razón de ello, corresponde hacer lugar al pedido cautelar y ordenado al Sr. J.W.F. y a Facebook Argentina S.R.L, la supresión de las publicaciones consignadas en la web mencionada, o en cualquier otro medio masivo de comunicación, de toda imagen, video, referencia, o comentario y/o difusión realizada respecto al Sr. V.O. ya sea que provenga de la cuenta del Sr. F. de sus contactos públicos, debiendo abstenerse a dirigir-se a el o mencionarlo a través de estos medios, bajo apercibimiento de una condena pecuniaria¹.

III. DECISION DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

La empresa condenada interpuso Recurso de Casación, contra la resolución dictada en los autos: Expte. No. 102021170000009473-V-2017 - Caratulados V.O. J.R. c/ F.J.W- medida autosatisfactiva, que se tramita ante la Sala Unipersonal N° 6 de la Cámara Segunda en lo Civil, Comercial y de Minas, Secretaria B. de la Primera Circunscripción Judicial. Fundado en los motivos de los incs 1, 2, 3, y 4 del Art. 257 del C.P.C.

1. Los planteos de la empresa recurrente se resumen los siguientes puntos.

¹ Cam. Seg. Civ. y Com. Sec.A. s, 16/12/2016 V.O.J.R.C/F.J. W. - MEDIDA AUTOSATISFACTIVA- 10202170000009473 -2017-V- <https://justicialarioja.gob.ar/despachos/cc2b/CC2B-210617.pdf>

1.1. Falta de legitimación pasiva.

1.2. Falta de aplicación del Art. 14 C.N, Art. 1 ley 26.032 y Art. 1 ley 26.032 y 31 de la ley 11.723, que refieren a la libertad de expresión sin cesura previa, lo que implicaría el interés público lo que resultaría aplicable la doctrina de la real malicia.

1.3. Violación de las formas procesales: se conculca derechos de raigambre constitucional, en razón que el procedimiento no permite mayor debate ni prueba, encontrándose privado Facebook Argentina de ejercitar su defensa.

1.4 Errónea apreciación de la prueba: Porque la medida autosatisfacía se dirige contra ambos demandados, pese que son los usuarios los responsables de los contenidos publicados en el sitio.

2. Resolución del Recurso.

En primer término, se trató el agravio vinculado a la falta de la legitimación pasiva que alega tener la demandada/recurrente, respecto a la medida autosatisfactiva resuelta por la a-quo, y la supuesta vulneración a su derecho de defensa, ante la imposibilidad de interponer dicha excepción en la instancia de mérito.²

En tal contexto, corresponde señalar que la denominada “medida autosatisfactiva” está pensada por la doctrina para peticiones de hecho y no de derecho, es de carácter excepcional, residual y urgente, en tanto refiere a

²TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA RIOJA, SECRETARÍA CIVIL, Expte. N° 15768 - Letra "F" - Año 2017 - Caratulado: "FACEBOOK ARGENTINA S.R.L. - CASACION" (AUTOS:"V. O..J.R C/ F. J .W – MEDIDA AUTOSATISFACTIVA"). <https://notificacion.justicialarioja.gob.ar/admin/notificacion/129721/show>

supuestos de escasa complejidad fáctica y jurídica que agoten su cometido solamente con su dictado”.³

Que definimos a la medida en cuestión como “el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo por lo tanto necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Y son requisitos de su procedencia: 1) la “fuerte probabilidad” como grado de convicción exigido en el derecho del postulante; 2) el peligro de su frustración actual o inminente; 3) la cesación de las conductas o vías de hecho que encarnan tal peligro, como interés exclusivo y urgente del postulante”.⁴

En ese marco, cabe decir, que excepciones de previo y especial pronunciamiento como la falta de legitimación pasiva, no resultarían en principio admisibles en el acotado marco de las acciones autosatisfactivas, por el carácter especialísimo que poseen estas acciones, de ser despachable “inaudita et altera pars”, de tener un contradictorio postpuesto con un ejercicio del derecho de defensa limitado, así como por su efecto devolutivo, no obstante ello, estimamos que la empresa Facebook Argentina S.R.L resulta legitimada pasiva por las siguientes razones que se exponen a continuación.

La empresa demandada Facebook Argentina SRL aduce que no es legitimada pasiva en el presente conflicto, y que por lo tanto no debería estar obligada a cumplir con la medida ordenada. Señala que al crear una cuenta el

³ “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en *Medidas autosatisfactivas, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil*, Rubinzal Culzoni, 1999, p.13/15).

⁴ Cfr. PEYRANO JORGE WALTER (director) “Medidas Autosatisfactivas”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 13.

usuario de Facebook debe aceptar las “condiciones” y confirmar que está de acuerdo con la “Política de Datos” y con la “Declaración de Derechos y Responsabilidades”, la cual está contenida en las “Condiciones”.

En dicha “Declaración de Derechos y Responsabilidades”, agregada a fs. 29/32vta., de las presentes actuaciones, se establece en el Punto 19 Item “Otros” Punto 1 que *“...si resides o tienes tu ubicación de actividad comercial en EEUU o Canadá, esta Declaración constituye el acuerdo entre Facebook Inc. y tú. De lo contrario, esta Declaración constituye el acuerdo entre Facebook Ireland Limited y tú. Las menciones de “nosotros” y “nos” se refieren a Facebook Inc. o Facebook Ireland Limited según corresponda...”*.

De ello surge que todos los usuarios de países que no sean EEUU y Canadá, como sería el caso de los usuarios argentinos, al crear su cuenta de Facebook entablan una relación jurídica con Facebook Ireland Limited y no con Facebook Argentina, según se desprende de lo detallado.

Sobre este punto el tribunal sostuvo que la suscripción que efectúa cualquier usuario a una red social de Internet, constituye un contrato de adhesión en el cual una de las partes, en el caso concreto “Facebook” fija los términos, condiciones de uso y disposiciones que regirán el contrato, y la otra “el usuario” accede al sistema del sitio y al hacer “clic” se perfecciona el contrato de suscripción a la red social.

Así, en principio según la recurrente, al aceptar las condiciones de uso del sitio el usuario consiente la parte con quien suscribe, que en este caso se estipula que es “Facebook Ireland”, importando ello una “prórroga de jurisdicción”.

Respecto a dicha cuestión, cabe expresar que si bien en nuestro país se admite la cláusula de prórroga de jurisdicción en los contratos de adhesión (art. 2607 del CCyCN), no es menos cierto que también se establece que en este tipo de contrato se considerará como cláusula “no escrita” cuando se presente como “abusiva”, por importar una renuncia o restricción a los derechos del adherente (art. 988 inc. b) CCyCN).

En la especie, la cláusula que la empresa Facebook Argentina pretende hacer efectiva (prórroga de la jurisdicción en caso de litigio al país de “Irlanda”) obliga al “usuario” a actuar en serias desventajas respecto del conocimiento del derecho que rija en dicho país, produciéndose un desequilibrio abusivo entre las partes, al provocar una incapacidad de negociación para el usuario.

Del análisis precedente se concluye que dicha “cláusula” debe tenerse por “no escrita” en virtud de lo prescripto en el Código Civil y Comercial de la Nación, asimismo, cabe destacar, que más allá de las estructuras de representación y formas sociales adoptadas por la empresa para cada país, se encuentra constituida comercialmente en nuestra República como Facebook Argentina S.R.L., quedando en consecuencia, sometida a la legislación argentina. En base a dichas consideraciones, es que debe rechazarse el primer agravio planteado por la impugnante.

II) En segundo lugar, denuncia que se omitió ponderar el derecho constitucional a la libertad de expresión sin censura previa receptado en el art. 14 de la Constitución Nacional y art. 1 de la ley 26.032, y que su vez, se aplicó erróneamente la normativa del art. 31 de la Ley 11.723, debido a que el caso

involucraría la supuesta comisión de un hecho delictivo, lo que comprometería el interés público, deviniendo aplicable la doctrina de la real malicia.

El tribunal destacó que, en casos como el presente, existen dos intereses esenciales que se deben ponderar y armonizar: por un lado, el derecho a la libertad de expresión, es decir, el de la sociedad de expresar todo tipo de opiniones e ideas a través de un medio de difusión como Internet y, por el otro, el derecho al honor, a la imagen y a reputación del sujeto que pueda resultar afectado por el uso que se haga del referido medio.

El derecho a la libertad de expresión ampara a todas las publicaciones, ideas, informaciones que se efectúen por Internet, libertad que no se reduce a excluir la censura previa, sino también a impedir que las autoridades públicas restrinjan la publicación y circulación de las ideas e información, sin embargo, es necesario resaltar, que si el tráfico de informaciones, conocimientos, ideas y opiniones por Internet está garantizado por la libertad expresiva, también cabe aplicar las pertinentes responsabilidades posteriores, o las medidas que aseguren la privacidad, intimidad u honor de las personas.

A su vez, el derecho al honor es uno de los principales bienes espirituales que el hombre siente, valora y sublima colocándolo dentro de sus más preciadas dotes. Es una cualidad moral del ánimo, que puede ser herida, sufrir menoscabo; mientras que el derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo, autónomo, como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Por ello, toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta sea hecha sin su autorización. Que todos estos derechos se encuentran

protegidos por La Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. V), Pacto de San José de Costa Rica (art. 11), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) entre otros que han tenido recepción en el derecho nacional positivo a través de su incorporación mediante el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Conforme a tales premisas, se afirmó que frente a publicaciones injuriantes provenientes de un particular y dirigidas a una persona en particular no pueden prevalecerse bajo el escudo de la libertad de expresión como una suerte de licencia para agraviar, debiendo en tal caso cesar la afectación a los derechos personalísimos de la persona injuriada

En definitiva, de la publicación señalada resulta evidente la violación de los derechos personalísimos mencionados, de rango constitucional, debiendo prevalecer estos, ante la colisión con el derecho de libertad de expresión.

Si bien, a los fines de justificar la publicación, la firma recurrente pretende adjudicarle el carácter de interés público a su contenido, invocando la doctrina de la real malicia, no obstante ello, cabe resaltar, que el criterio utilizado en la comprobación de la relevancia pública o privada de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información, o bien, el grado de proyección pública que este haya dado de manera regular a su propia persona. Los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza en relación con ellos su máximo nivel de eficacia legitimadora. Esto porque su vida y conducta moral participan del

interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas a la cuales hay que reconocer un ámbito superior de tutela en su derecho a la privacidad; en los presentes, el demandante es empleado de la empresa E., del cual no se evidencia su vocación de proyección pública, a los fines de la viabilidad de la doctrina invocada.

Por último, este Fallo que a la fecha no se encuentra firme, debido a la interposición de Recurso Extraordinario Federal presentado por la empresa recurrente contra de la decisión de este Tribunal.

IV. MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN LAS REDES- DERECHO PERSONALISIMO- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

Antes de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en un trabajo de Guillermo Borda, "Las redes sociales y los derechos de la personalidad en internet"⁵, ya enseñaba que los desarrollos de internet habían renovado la conciencia del hombre como ser susceptible de daños que esta renovación significaba no solo una actualización de esa conciencia de afectación frente a la divulgación de estas tecnologías- principalmente frente a los desarrollos de las redes sociales en la red, sino además, una mayor inteligencia con respecto a los alcances que puede comportar esos daños en razón de la potencialidad dañosa que estas nuevas tecnologías pueden imprimir a una publicación ofensiva producto de las múltiples funcionalidades y réplicas de información que se producen entre los nodos interconectados.

⁵ Borda Guillermo j. " Las redes sociales y los derechos de la personalidad en Internet", LL 2010-E- 958.

En este sentido, la protección de los derechos personalísimos en las redes sociales debía desenvolverse primordialmente dentro del marco de la tutela sustancial inhibitoria, por cuanto esta tutela se posiciona como instituto jurídico procesal, que mejor se aviene con una inteligencia jurisdiccional ordenada a conseguir la inmediata suspensión de la actividad nociva que se ha disparado en los entornos virtuales.

El Código Civil y Comercial de la Nación introdujo lo que esta doctrina identificaba como tutela inhibitoria, posibilitando una reparación ex ante y no sólo la reparación tradicional ex post. La finalidad de la norma (art. 1710 al 1715 CCCN) es evitar la producción de un daño. Para ello faculta a cualquier persona, siempre que no importe una restricción a su esfera de libertad por la razonabilidad que se requiere respecto a las medidas que se adopten para evitar la producción de un daño, todo ello a partir de una interpretación razonable y de buena fe, teniendo en cuenta que quienes están legitimados para reclamar necesitan sólo un interés razonable, aspecto que amplía el concepto tradicional de legitimación, y además no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711 CCCN), esto importa la necesidad de contemplar el daño en sí mismo a fin de propender a morigerarlo o bien evitarlo.

A más de esta previsión legal, consagrada en el Código Civil y Comercial de la Nación, y procesalmente en el artículo 82 de nuestro Código Procesal Civil, Comercial, hay que destacar la existencia de un mandato preventivo constitucional, que es aquel que tiende a que no se produzcan desconocimientos de derechos constitucionales reconocidos, procurando

garantizar especialmente la efectividad de los derechos sociales prometidos por el texto constitucional.⁶

En el fallo comentado, el tribunal dispuso hacer lugar parcialmente al recurso de casación, incoado por la demandada Facebook Argentina S.R.L., revocando parcialmente el punto I) de la resolución impugnada, y en consecuencia, actuando como tribunal de mérito, por imperio de la normativa del Art. 262, 3er párrafo, del C.P.C, establecer que el mismo quedará redactado de la siguiente manera: I) Hacer lugar parcialmente a la medida autosatisfactiva deducida por el Sr. V.O.J.R., debiendo el mismo denunciar específicamente, en un plazo de 10 días hábiles, las URLs de las publicaciones acompañadas a la presente causa, en las que se haga uso de imágenes y nombre del mismo en el perfil de Facebook denominado J. W. F., ordenando al Sr. J. W. F. y a Facebook Argentina S.R.L, que una vez individualizadas las URLs, procedan a su inmediata supresión; II) Imponer costas en un 70 % al recurrente y un 30 % al recurrido, teniendo en cuenta la forma en la que prosperaron las pretensiones (art. 159 CPC) III) Diferir la regulación de honorarios.

El tribunal en este sentido, aplico la protección de los intereses sustanciales del afectado, sin necesidad de subordinarlos al ejercicio de otra acción, disponiendo ordenar la remoción de contenidos, la eliminación de datos o el bloqueo en torno de las premisas antijurídicas lesivas de los derechos personales.

⁶ PEYRANO, JORGE "El mandato preventivo constitucional: variante elogiada de la jurisdicción preventiva" en *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 750.

1. Derecho al honor.

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, también define al derecho al honor dentro del ámbito de del derecho personalísimo a tutelar, expresando que *“es uno de los principales bienes espirituales que el hombre siente, valora y sublima colocándolo dentro de sus más preciadas dotes”*.

En este sentido, el art. 52 del Cód. Civ. y Com. no define el derecho al honor, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho. La protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como la fama o estimación ajena, lo que significa que se receptan ambas facetas del honor.

Su tutela aparece, juntamente con la de la intimidad o vida privada, en la inmensa mayoría de las Constituciones e incluso en los tratados de derechos humanos, generalmente a la par. El derecho a la libertad de expresión y la relevancia que conlleva el acceso colectivo a la información están consagrados en los arts. 14, 32 y 42 de la CN, arts. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros cuerpos normativos.

Bajo la garantía de la "libertad de expresión" universalmente se comprenden la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir informaciones o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades.

Se la considera como una de las garantías fundamentales de las sociedades democráticas, y cualquier persona puede reivindicar que se le respete el ejercicio de esta garantía.

En nuestro derecho, el sustento de la libertad de prensa y de expresión está contemplado fundamentalmente por los arts. 10, 14, 19, 32 y 33 de la CN, y por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional incorporados por la reforma de 1994 (art. 75, inc.22).

Aun cuando todas las normas internacionales e internas de los Estados reconocen y consagran la garantía de la libertad de expresión, se trata de un derecho sujeto a restricciones, generalmente fundadas en razones de orden público, tales como la concesión de licencias de radiodifusión que administra la autoridad pertinente, o cuyo ejercicio puede originar responsabilidades derivadas de su mal uso, como cuando con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión se atenta contra otros derechos tales como el honor, la intimidad de las personas la protección de los datos personales, la incitación o exaltación del odio racial o la práctica de la discriminación.

2. El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, y la solución al caso concreto.

Por su propia estructura es inevitable que se produzcan colisiones entre los derechos a la intimidad y al honor y a la libertad de expresión.

Al respecto se ha dicho que éste no es un conflicto entre intereses puramente privados, sino que se enfrentan exigencias que hacen al interés general de la comunidad -acceso a la información, prohibición de censura

previa, libertad de expresión- y los imperativos que protegen derechos fundamentales del individuo, los que también conforman el interés público.⁷

En este caso, el tribunal superior de justicia afirmó que frente a publicaciones injuriantes provenientes de un particular y dirigidas a una persona en particular no pueden prevalecerse bajo el escudo de la libertad de expresión como una suerte de licencia para agraviar, debiendo en tal caso cesar la afectación a los derechos personalísimos de la persona injuriada

En definitiva, de la publicación señalada resulta evidente la violación de los derechos personalísimos mencionados, de rango constitucional, debiendo prevalecer estos, ante la colisión con el derecho de libertad de expresión.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Con la nueva modificación realizada en el Código Civil y Comercial de la Nación, permite asegurar satisfactoriamente los reclamos de los usuarios. Las resoluciones como la comentadas aparece como más ventajosa para los justiciables en orden de asegurar la urgente remoción de un contenido ofensivo, dentro de una realidad caracterizada por el impacto de internet, tanto en la vida diaria de las personas como en la actividad profesional, laboral, científica y de relaciones.

Los repertorios jurisprudenciales y el activismo de los profesionales del derecho, en otros casos de las asociaciones de consumidores pusieron de

⁷CNFed. Civ. y Com., 16/12/2016, "Sánchez Kalbermatten, Alejandro c. Herz, Claudio P. s/ medidas cautelares", LA LEY del 16/08/2017, 5, AR/JUR/84930/2016, con nota de MOLINA QUIROGA, Eduardo; AR/DOC/2149/2017).

manifiesto que las demandas inhibitorias autónomas, constituyen una incipiente realidad, receptada por nuestra legislación civil y que ha venido para quedarse.

VI. BIBLIOGRAFIA

- BORDA, GUILLERMO J. "Las redes sociales y los derechos de la personalidad en Internet", LL 2010-E- 958.
- PEYRANO, JORGE W. "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, en Medidas autosatisfactivas", Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- PEYRANO, JORGE W. "El mandato preventivo constitucional: variante elogiada de la jurisdicción preventiva" en *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.
- CNFed. Civ. y Com. "SanchezKalbermatten, Alejandro c. Herz, Claudio P. s/ medidas cautelares", 16/12/2016, LA LEY del 16/08/2017, 5, cita online: AR/JUR/84930/2016
- MOLINA QUIROGA, EDUARDO, Nota de jurisprudencia sobre CNFed. Civ. y Com. "SanchezKalbermatten, Alejandro c. Herz, Claudio P. s/ medidas cautelares", 16/12/2016, cita online: AR/DOC/2149/2017.

Fuentes virtuales

- Función Judicial de Provincia de La Rioja.
<https://notificacion.justicialarioja.gob.ar/admin/notificacion/129721/show>.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

-
- Función Judicial de Provincia de La Rioja - <https://justicialarioja.gob.ar/despachos/cc2b/CC2B-210617.pdf>.
 - *Microjuris* . <https://ar.microjuris.com/>.
 - Información Legislativa y Documental. <http://www.infoleg.gob.ar/>

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°2, ISSN y e-ISSN 2796-9282

Journal of Juridical Science, Doctorate of Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

ISSN 2796-9282

ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS, DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA

ISSN ELECTRÓNICO Y PAPEL 2796-9282.

Av. Luis M. de la Fuente S/N. Ciudad Universitaria. Ciudad de La Rioja,
Provincia La Rioja, Rep. Argentina. C. P. 5300. Dirección electrónica

<https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/anales>

E-mail: analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución – No
Comercial – Sin Obra Derivada 4.0

Internacional <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Journal of Juridical Science, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, Zip Code 5300, 2020, Vol. 1, N°2, e-ISSN 2796-9282

Impreso en Octubre, 2022

Printed in October 2022.