

EL OTRO DERECHO N.º 39.....

Derecho y estudios socioambientales en el Brasil



Director

Germán Palacio Castañeda

Comité Científico Internacional

Laura Pautassi (Argentina)
Carlos Federico Mares (Brasil)
Víctor Manuel Moncayo (Colombia)
Manuel Jacques (Chile)
Felipe Gómez Isa (España)
Magdalena Gómez (México)

Comité Editorial

Jairo Estrada Álvarez
Mario Aguilera
Germán Burgos
Jorge Carvajal
Andrea Becerra

Junta Directiva ILSA

Manuel Jacques, presidente de ILSA (Chile)
Carlos Federico Mares (Brasil)
Debra Evenson (Estados Unidos)
Germán Palacio (Colombia)
Héctor-León Moncayo Salcedo (Colombia)
Magdalena Gómez (México)
Ramón Custodio López (Honduras)
Víctor Manuel Moncayo (Colombia)

Dirección Ejecutiva ILSA

Jairo Estrada Álvarez - Director
Sergio Moreno Rubio - Asistente dirección

Equipo de investigación ILSA

Ana Lucía Maya Aguirre
Andrea Becerra
Ángel Libardo Herreño Hernández
Fabián Enrique Oyaga Martínez
Germán Burgos Silva
Héctor-León Moncayo
Ismael Díaz Barbosa
Jorge Carvajal Martínez
Jesús Aníbal Suárez Montoya
María Eugenia Ramírez Brizneda
Margarita Flórez Alonso

Pares académicos

Germán Burgos, doctor en Derecho
Jorge Carvajal, doctor en Sociología jurídica
Eduardo Rodríguez, doctor en Sociología jurídica
Germán Silva García, doctor en Sociología

© ILSA - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos

Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia

Tels.: 2880416, 2884772, 2884437

Correo electrónico: ilsa@ilsa.org.co, ilsa@etb.net.co

Página web: www.ilsa.org.co

ISSN colección: 0122225-2

ISSN este número: 9770122225001 00039

Ilustración de cubierta:

Corrección de textos: Alejandra Marín

Coordinación Editorial: Publicaciones ILSA

Impresión: Gente Nueva Editorial

Bogotá, diciembre de 2008.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

Presentación	3
Protección de los derechos de las minorías en el sistema jurídico brasileiro y nuevos desafíos para el ejercicio de la democracia ALEJANDRA PASCUAL	9
La libre iniciativa y el medio ambiente: los tributos como forma de implementar la internalización del costo ambiental para el respeto al medio ambiente ALESSANDRA DABUL	27
Energía, medio ambiente y alimentación: opciones racionales y humanistas JOSÉ CADEMARTORI I.	39
Biodiversidad y sociodiversidad: el derecho en crisis CARLOS FEDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO CLARISSA BUENO WANDSCHEER.....	53
Reflexiones sobre un sistema judicial eficaz en una sociedad socioambientalmente responsable CLAUDIA MARÍA BARBOSA	67
Derecho a ser pueblo	87
CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO	

El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social ANTÔNIO CARLOS EFING	109
El papel del derecho en el cambio material y simbólico del paisaje colombiano (1850-1930) GERMÁN PALACIO	125
Discrecionalidad administrativa <i>versus</i> justicia tributaria. Perspectivas en el siglo XXI ROBERTO FERRAZ.....	157
Reglas para la presentación de manuscritos	171

PRESENTACIÓN

El presente número de nuestra revista institucional *El otro derecho*, lleva como título “Derecho y estudios socioambientales en el Brasil”. Este trabajo tiene como propósito presentar una serie de artículos académicos que, desde diferentes enfoques y perspectivas, buscan analizar los fenómenos sociales y jurídicos que atraviesan los campesinos y las comunidades étnicas, en temas relacionados con la protección de tierras, la biodiversidad, la alimentación y el medio ambiente en el Brasil.

La problemática presentada en este número hace parte de un trabajo que la institución ha venido desarrollando durante más de diez años, de manera sistemática e interdisciplinar y que busca analizar la relación existente entre biodiversidad, sociedad y derecho, desde una mirada integral que promueva la existencia de una vida digna, amparada bajo la protección de los derechos humanos. En este trabajo la institución ha hecho un esfuerzo por mantener un intercambio de conocimiento que se manifiesta en el desarrollo de talleres con académicos, personas y organizaciones a nivel nacional y latinoamericano.

En este sentido, hemos impulsado la investigación y discusión de temas como los relacionados con la biodiversidad biológica y cultural de nuestra región; el desplazamiento forzado y tierras en Colombia, el derecho a la tierra, el desarrollo sostenible y la seguridad alimentaria. En la actualidad, nuestra institución viene desarrollando una serie de estudios que buscan analizar el impacto del modelo neoliberal y la política de desarrollo en el campo. Para ello se están examinando los mecanismos de participación de las organizaciones sociales en los megaproyectos y el impacto del modelo de desarrollo en el medio ambiente.

Estos trabajos han servido para fortalecer a los movimientos sociales en la lucha por sus derechos. ILSA ha hecho un esfuerzo por acercarse a las comunidades en un diálogo constructivo y mutuo, para intercambiar conocimiento, experiencias y desarrollar acciones que defiendan sus derechos desde los enfoques de integralidad de los derechos humanos y de sostenibilidad. Este es un sello que identifica nuestro quehacer.

Este número de la revista es el resultado de un trabajo colectivo de un grupo de académicos del Brasil, acompañados por Frederico Marés, quien es miembro de la Junta Directiva de nuestra institución. ILSA ha querido dar un reconocimiento a este esfuerzo y esperamos que sirva como elemento de comparación para el caso colombiano y para América Latina en su conjunto en la lucha por la defensa del medio ambiente, la protección de las minorías y el derecho.

ILSA
Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos

Protección de los derechos de las minorías en el sistema jurídico brasileiro y nuevos desafíos para el ejercicio de la democracia

ALEJANDRA PASCUAL*



El sistema jurídico occidental adoptado en los actuales Estados contiene contradicciones internas que provocan serios perjuicios para el pleno funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. Falta de consensos reales y representación efectiva de todos los miembros de la sociedad en la elaboración y aprobación de las normas jurídicas vigentes; consagración de principios y valores considerados “universales” que, en realidad, son propios de grupos sociales hegemónicos, y que excluyen o marginan otras representaciones sociales, las cuales, en consecuencia, aparecen como inferiores, inaceptables o inapropiadas; y aplicación parcial –y por tanto antidemocrática– de los derechos humanos en la sociedad, que termina reduciendo el ejercicio de la ciudadanía a un privilegio de ciertos sectores, son las contradicciones más evidentes. En tal sentido, se hace necesario estudiar los desafíos de los sistemas jurídicos actuales para solventar la desigualdad producida por la normatividad vigente, de la que suelen ser víctimas casi siempre las llamadas minorías: indígenas, negros, mujeres.

A pesar de que la Constitución brasileira de 1988 dio grandes pasos en el reconocimiento de la pluralidad cultural y étnica de esta nación, y en la necesidad de garantizar y proteger los derechos humanos de todos los grupos sociales, su aplicación en la práctica se ha mostrado insuficiente, pues en muchos casos la realización de tales reivindicaciones

* Doctora en Derecho. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (UnB), Brasil. Investigadora del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq) del Ministerio de Ciencia y Tecnología de Brasil. Miembro del Instituto Latinoamericano de Servicios Sociales y Legales Alternativos –ILSA–, Sección brasileira.

está condicionada a la “integración” de los grupos minoritarios al modelo hegemónico de ciudadanía. Un examen de distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos permite concluir que la plena garantía de los derechos humanos, y con ella, la realización del Estado de derecho, requiere de medidas positivas y diferenciales tomadas por el Estado, que aseguren la igualdad de todos los miembros de la sociedad en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Palabras clave: derechos humanos; minorías; jurisprudencia; Corte Interamericana de Derechos Humanos; responsabilidad estatal



The western legal system adopted in the current States contains internal contradictions, causing serious damages to the full working of democracy and Rule of Law. The most glaring contradictions are: Absence in real agreements, and in effective representation of all of the society members in the development and the adoption of legal regulations in force; acknowledgment of principles and values -proper of hegemonic social groups- considered “universal” that, in fact, are excluding or marginalize other social representations, making them appear as inferior, unacceptable or inappropriate; partial and undemocratic implementation of the human rights in the society, becoming the citizenship exercise into a privilege of certain sectors. To that effect, it is necessary to study the challenges of present legal systems in order to settle the inequality produced by the regulation in force, of which almost use to be victims the so called minorities: natives, black people, women.

Although the 1988 Brazilian Constitution made great progress by recognizing cultural and ethnic diversity of this nation, and in the need for guaranteeing and protecting the human rights of every social group, the Brazilian Constitution implementation itself, in practice has proved to be inadequate given that -in many cases- the accomplishment of such claims is subject to the “integration” of the minority groups, to the hegemonic model of citizenship. After considering different judgments of the Inter-American Court of Human Rights, it is allowed to conclude that the full guarantee of human rights, like the accomplishment of Rule of Law needs positive and distinguishing measures taken by the State; such measures have to guarantee equal exercise of the fundamental rights of all the members of society.

Key words: human rights; minorities; jurisprudence; Inter-American Court of Human Rights; State liability

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico occidental adoptado en los actuales Estados capitalistas contiene contradicciones internas que provocan serios perjuicios para el pleno funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. Una de esas contradicciones radica en la falsa idea de la existencia de consenso social en la elaboración y aprobación de las normas jurídicas vigentes. Otra contradicción, consecuencia de la anterior, está dada por la falta de base de sustentación de los principios y valores considerados “universales” pero que, en realidad, constituyen principios y valores propios de los grupos sociales hegemónicos que tienen reales posibilidades para establecer su representación del mundo como la única y verdadera –por tanto, universal– y en relación con la cual las otras representaciones sociales aparecen como inferiores, inaceptables o inapropiadas. Por otro lado, una tercera contradicción se presenta por la aplicación parcial –y por tanto antidemocrática– de los derechos humanos en la sociedad, donde el ejercicio de la ciudadanía es en realidad un privilegio que sólo existe para beneficiar a miembros de una minoría mientras que a la mayoría le resta lo que Paulo Sergio Pinheiro (1991) llama *estado de excepción paralelo*.

De las tres contradicciones mencionadas en este artículo serán básicamente consideradas la primera y la tercera, pues son esas dos cuestiones las que caracterizan las deficiencias del sistema jurídico brasileiro en su aplicación a la realidad social regulada.

VIOLENCIA Y EXCLUSIÓN SOCIAL: SITUACIÓN DE LAS “MINORÍAS” EN BRASIL

Aunque en Brasil los espacios democráticos son cada vez más amplios y visibles que en épocas recientes, todavía se mantiene el uso de la violencia ilegal como respuesta frente a los conflictos sociales, disimulando las relaciones de dominación que imponen la normalidad bajo la apariencia del Estado de derecho y de la democracia. Para comenzar a pensar posibilidades de cambio en las relaciones de poder y su ejercicio es necesario ser capaz de efectuar un reconocimiento de los tipos de violencia existentes y su localización, o sea, determinar dónde y cómo éstos efectivamente ocurren.

La racionalidad moderna occidental es el modo institucionalizado para legitimar la intolerancia respecto de la diversidad sociocultural existente con el objetivo de mantener consolidado el patrón hegemónico actual de “hombre (en el sentido de masculino)-colonizador-racional-cristiano-burgués”, imponiendo la representación social de su concepción de “normalidad” en relación con la cual todas las prácticas y valores

diferentes tienden a aparecer como inferiores, inaceptables, inapropiadas o desajustadas.

La situación actual de las “minorías” en Brasil es el caso más notorio de parcialidad de los derechos humanos cuando son aplicados a grupos diferentes del actualmente hegemónico, como es el caso de los pueblos indígenas, de los miembros de la población negra y de la mayoría de las mujeres, que sufrieron y continúan sufriendo opresión y violencia, al igual que los miembros de otros grupos sociales como los homosexuales, los trabajadores rurales, etc.

La breve presentación que será realizada a continuación sobre formas de actuación del sistema jurídico brasilero en relación con los integrantes de las minorías compuestas por pueblos indígenas, negros y negras y, naturalmente, mujeres, intentará poner en evidencia las contradicciones existentes entre las garantías prescriptas por las normas jurídicas de protección de esas minorías y la realidad de exclusión y discriminación vivenciada por éstas.

Situación de los pueblos indígenas

Actualmente existen en el Brasil alrededor de 215 pueblos indígenas ya contactados, que totalizan una población de aproximadamente 300.000 individuos y viven en millares de aldeas distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional; estos pueblos continúan manteniendo su identidad, afirmándose como grupos étnicos diferenciados y portadores de sus propias tradiciones (Instituto Socioambiental, 2001).

Al analizar el tratamiento dado por la Constitución brasileña a los pueblos indígenas, observamos que fueron efectuados importantes cambios en relación con el reconocimiento de sus derechos a partir de la idea de que los indios son sujetos presentes en la sociedad brasileña actual. En ese sentido, la Constitución les otorga un tratamiento especial, que no los iguala a los demás brasileños ni omite nada en relación con sus derechos especiales, sino que asume el reconocimiento y, por tanto, el resguardo de sus derechos especiales como minoría diferenciada. Estos cambios tienen como finalidad posibilitarles las condiciones necesarias para hacer viable la realización de relaciones más igualitarias con los demás brasileños y la implementación de las políticas compensatorias correspondientes (Santilli, 2000, p. 29).¹

1 Constitución brasilera de 1988. CAPÍTULO VIII - DE LOS INDIOS.

Art. 231. Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes. [...]

Los nuevos dispositivos incorporados a la Constitución de 1988 aseguran a los pueblos indígenas el respeto a su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, siendo ésta la primera vez que se les reconoce su identidad indígena particular y, de esta manera, su derecho de ser diferentes, su derecho a mantenerse como indígena (Souza Filho, 2000, p.107).

Al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia identidad social y cultural, la Constitución brasileña incorpora la aceptación de otros valores y de otras normas concomitantes a los propios de la sociedad dominante y, con ello, la aceptación de la diversidad social, cultural y jurídica existente (Pascual, 2003, p. 40).

Sin embargo, en su aplicación a la realidad brasileña actual, se observa una clara contradicción, pues hay una imposición de la cultura, las prácticas y las normas propias de la sociedad dominante, consecuencia del etnocentrismo actualmente prevaleciente.

Así, a pesar de la protección constitucional, la realidad de los pueblos indígenas es bien diferente: cuanto más “integrados” a la sociedad blanca, cuanto más asimilados a sus valores, mayores serán las posibilidades de realización y de desarrollo personal de sus integrantes, lo que los lleva a sentirse tentados a abandonar sus propios valores, su cultura, su identidad, para “incorporarse” a la sociedad dominante. Es sabido que “permanecer indio” significa, generalmente, pertenecer a un grupo segregado y víctima de las más diversas formas de violencia y de discriminación (Pascual, 2003, p. 45).

Racismo y discriminación social contra negros y negras en el Brasil actual

La Constitución brasileña de 1988, en el capítulo consagrado a la cuestión indígena, admite implícitamente la existencia del pluralismo étnico, cuyas diversas manifestaciones populares, indígenas y afrobrasileñas deben estar protegidas por el Estado. El cambio en la concepción constitucional fue una respuesta a la lucha indígena y del Movimiento Negro por el reconocimiento de su dignidad y el respeto de sus culturas.

Durante muchos años fueron propagadas en el Brasil ideas relativas al mito de la democracia racial y del ideal del blanqueamiento, las cuales tuvieron fuerte impacto en el patrón de relaciones raciales y contribuyeron a frenar la organización de demandas reivindicatorias

Art. 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el ministerio público en todos los actos del proceso.

de políticas tendientes a corregir desigualdades raciales históricas. La reproducción de ese modelo de estructura social excluyente mantuvo a millones de negras y negros brasileros privados del derecho fundamental de poder vivir una vida digna y del reconocimiento de su propia identidad negra.

Sin embargo, y a pesar de los cambios observados en la Constitución, la fuerza del proceso de “blanqueamiento” permaneció intacta hasta la sociedad actual, demeritando la propia cultura negra y llevando en muchos casos a que los propios negros nieguen su verdadero origen o tiendan a ocultar características de su color, de su raza, de su identidad negra para buscar aproximación con el grupo dominante, reforzando la imagen negativa sobre su propio grupo social. (Pascual, 2005).

Como afirma Souza (1983):

La historia de la ascensión social del negro brasilero es, de este modo, la historia de su asimilación a los patrones blancos de relaciones sociales. Es la historia de la dominación ideológica de un grupo racial en presencia de otro que se le hace hegemónico. Es la historia de una identidad renunciada, en atención a las circunstancias que estipulan el precio del reconocimiento del negro con base en la intensidad de su negación.

El negro que se empeña en la conquista de la ascensión social paga el precio de la masacre más o menos dramática de su identidad. Distante de sus valores originales, representados fundamentalmente por su herencia religiosa, el negro tomó al blanco como modelo de identificación, como única posibilidad de “tornarse gente”. (*Traducción de la autora*)

Así, la vida de los integrantes de la población negra es sometida de modo constante a un estado de violencia que la priva de la posibilidad de explorar su potencial de creatividad, de oportunidades, de conocimiento.

Reproducción de la situación de desigualdad social de las mujeres

A pesar de la conquista de mayores espacios de participación para las mujeres en el mundo social, todavía son muchas las diferencias y dificultades que imposibilitan o dificultan el acceso a condiciones equitativas de inserción social y profesional. Las diferencias sexuales socialmente construidas se reflejan en la división del trabajo, donde las tareas más degradantes y los salarios menores son destinados a las mujeres; en general, los trabajos “masculinos” son considerados de mejor calificación, recibiendo, así, mejor remuneración (Januzzi, 2005).

Sin duda que algunos de los factores de cambio más decisivos fueron el acceso a la educación y la independencia económica determinados por un mayor número de cargos asalariados ocupados por mujeres. También hubo un gran aumento de mujeres ocupando cargos intelectuales y de administración. Aun así, en general, a las mujeres que poseen diplomas todavía les son ofrecidos trabajos de nivel intermedio o cargos menos calificados, y raras veces reciben reales oportunidades de conseguir cargos de mayor responsabilidad (Januzzi, 2005).

La dominación masculina es percibida a través de su efecto presente en el orden social, que torna a las mujeres sumisas y a los hombres dominantes; las propias mujeres tienden a buscar hombres más “poderosos” que ellas, sea en su familia, sea en la vida afectiva o en la profesional, pues la idea de una mujer “fuerte” todavía es tenida como algo inaceptable, exceptuando a las clases más elevadas culturalmente, donde esta tendencia es menor.

Esos problemas muestran que aunque exista reconocimiento de igualdad formal entre hombres y mujeres, éstas siempre quedan con profesiones de menor salario y menos favorecidas, relegadas a cargos de nivel intermedio y excluidas del juego del poder en las diferentes carreras profesionales. La dominación masculina lleva a que generalmente las funciones ocupadas por mujeres acaben siendo una extensión de sus trabajos domésticos (educación, servicios, etc.), y que los cargos destinados a las mujeres sean de sumisión a la autoridad masculina (enfermera, secretaria, recepcionista, asesora, técnica, etc.) sin poder ejercer autoridad sobre los hombres, los cuales permanecen en el ejercicio del monopolio del poder.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y DE LA REALIZACIÓN DE “PROYECTOS DE VIDA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La privación de las posibilidades de desarrollar las propias potencialidades y los proyectos de vida de los miembros de las minorías discriminadas constituye grave violación de los derechos humanos, en especial del derecho de desarrollar una vida digna.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a la real comprensión de la noción del Derecho a la Vida y de la violación del proyecto de vida, interesantes para el presente análisis, especialmente a través de tres casos paradigmáticos de su jurisprudencia. Son los casos “Loaysa Tamayo contra el Gobierno del Perú”, en la sentencia emitida en noviembre de 1998; “Villagrán Morales y otros contra el Gobierno de Guatemala”, con sentencia de

noviembre de 1999; y “Cantoral Benavides contra el Gobierno del Perú”, en la sentencia de diciembre de 2001.

Caso “Loaysa Tamayo vs. Perú” (Reparaciones)

Se trata de un caso que transcurrió durante el gobierno del ex presidente peruano Alberto Fujimori y que comenzó cuando la profesora universitaria María Elena Loaysa Tamayo fue detenida, el 6 de febrero de 1993, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo, de la Policía Nacional peruana, bajo la alegación de que era colaboradora del grupo Sendero Luminoso. El 26 de febrero de ese año, Loaysa Tamayo fue exhibida en público en los medios de comunicación nacionales y presentada como terrorista, aun sin haber sido sometida a ningún proceso por la justicia del Perú. Cuando finalmente fue llevada a proceso en la justicia militar, la víctima no tuvo ninguna posibilidad de ejercer el derecho de elegir un abogado defensor de su confianza.

Durante todo el tiempo en que estuvo privada de libertad, Loaysa Tamayo sufrió diversos malos tratos, fue violada y víctima de un intento de ahogamiento en el mar. Fue juzgada por el delito de traición a la patria, el fiscal de la causa la amenazó y obligó a inculparse. Su sentencia fue emitida por un Tribunal “sin rostro” y cumplió la condena en un presidio donde recibía escasa comida y bebida, además de mala atención médica, y estaba privada de cualquier tipo de comunicación con otras personas (OEA, 1998, párrafo 71).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso de Loaysa Tamayo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República del Perú, bajo la alegación de violación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte se declaró competente para entender en el caso y ordenó al Estado del Perú que pusiera a María Elena Loaysa Tamayo en libertad, reintegrara a la víctima a las actividades docentes que desempeñaba antes de su detención y que le otorgase indemnización por los daños morales y materiales causados desde la detención.

En este caso jurisprudencial, la Corte tuvo en especial consideración el daño causado al “proyecto de vida” de la víctima. En la parte pertinente de la sentencia emitida, el Tribunal afirma:

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 (OEA, 1998, párrafo 148).

La Corte Interamericana afirmó en este caso que el “proyecto de vida” está vinculado al concepto de realización integral de la persona, “considerando su vocación, aptitudes, circunstancias y aspiraciones, que le permiten razonablemente fijarse determinadas expectativas y acceder a ellas” para conducir la vida y alcanzar el destino que se propone. Este concepto –prosigue la Corte– se sustenta en las opciones que el individuo puede tener y que son la expresión y garantía de su libertad. Entonces –de acuerdo con la Corte– “difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación” (OEA, 1998, párrafo 148).

El proyecto de vida contempla las expresiones legítimas del individuo en el ejercicio integral de sus capacidades y potencialidades; se trata, sin embargo, de una situación probable –pero no meramente posible– dentro de las condiciones ordinarias en que se desarrolla su existencia y de sus propias aptitudes para realizarlas con bastante probabilidad de éxito” (OEA, 1998, párrafo 149).

La obstrucción de esas expresiones constituye violación del derecho a la vida y, como consecuencia, “... la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable” (OEA, 1998, párrafo 150).

La propia Corte deja clara la distinción entre la noción de daño al “proyecto de vida” y las de “daño emergente” y “lucro cesante” al afirmar:

Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (OEA, 1998, párrafo 147).

Para la Corte Interamericana, la víctima del daño al proyecto de vida ve su existencia alterada por factores ajenos a ella, que son impuestos de forma injusta y arbitraria por la violación de normas

de derechos humanos. El Estado no sólo debe respetar aquéllos que confiaron la satisfacción de sus intereses a la supuesta seguridad ofrecida por los órganos públicos. Es el sentido que le da la Corte en el mismo caso cuando afirma:

[...] la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son 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. (OEA, 1998, párrafo 150).

En este caso jurisprudencial se observa, entonces, el reconocimiento de la Corte de un derecho que hasta ese momento había sido muy poco considerado en la doctrina y en la jurisprudencia. Por otro lado, también es importante observar que en esta oportunidad la Corte se limitó a reconocer ese derecho sin establecer ningún tipo de indemnización como reparación por su violación. Uno de los jueces de la Corte, Carlos Vicente de Roux Rengifo, en su voto parcialmente disidente, llama la atención sobre ese aspecto y pondera que a pesar de reconocer el importante paso dado por la Corte en su consideración del daño al proyecto de vida y su buena base conceptual para dar soporte a ese paso, ella se abstuvo de hacer surgir una condena específica en el caso, decisión que el juez de Roux Rengifo lamenta y en relación con la cual emite voto disidente.

Caso “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la Calle’) vs. Guatemala”

El Caso Villagrán Morales trata del homicidio cometido en junio de 1990 contra jóvenes “de la calle” en la Ciudad de Guatemala después de haber sido secuestrados por un grupo de hombres armados. Al día siguiente, los cuerpos de esos jóvenes aparecieron con rastros de tortura en un bosque, y sus muertes fueron atribuidas a lesiones producidas por disparos de armas de fuego en el cráneo. Pocos días después, otro de los jóvenes del grupo también fue asesinado por disparo de arma de fuego.

Por declaraciones de testigos, los responsables del secuestro y asesinato de los jóvenes serían un ex agente de la policía y dos cómplices, que fueron absueltos en todas las instancias judiciales de Guatemala.

En enero de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Guatemala por violación de los preceptos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constató las denuncias de la Comisión y también decidió que

el Estado de Guatemala tenía la obligación de ordenar una investigación para identificar y punir los responsables por las violaciones de derechos humanos de las víctimas y sus familiares.

En este caso, la Corte fue más explícita en relación con el daño causado al “proyecto de vida” de las víctimas, al considerar que el derecho a la vida no debe quedar restringido solamente a la condición de estar vivo, sino que debe incluir el derecho de criar, de desarrollar un proyecto de vida y de buscar un sentido para la propia existencia, alertando acerca de la obligación del Estado de dar las garantías necesarias para la realización de este derecho.

En este sentido afirmaba la Corte en su sentencia de 11 de noviembre de 1999:

[...] En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (OEA, 1999, párrafo 144).

Los votos conjuntos producidos en la sentencia por los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli son elocuentes en el sentido amplio y profundo de la concepción del derecho a la vida y el correspondiente desarrollo del proyecto de vida. Veamos:

[...] Creemos que hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida [...]. En el presente caso [...] la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 3).

A su vez, en relación con la obligación del Estado de dar garantías para la realización del derecho a la vida, los mismos jueces afirmaban en sus votos concurrentes conjuntos:

El deber del Estado de tomar medidas positivas *se acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo [...]. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. [...] (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 4).

Los jueces mencionados también afirmaron en sus votos que corresponde al Estado la responsabilidad de adoptar las medidas positivas que deben ser aplicadas para evitar el desenlace de “las circunstancias que conducen a la muerte”, deber que se tornaría más

acentuado en relación con la protección de la vida de grupos vulnerables, como en el caso de los niños de la calle (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 3).

En el mismo voto conjunto, los jueces Trindade y Burelli también consideraron:

En los últimos años se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad [...] (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 6).

[...]

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano [...] (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 9).

[...]

Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” [...] (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 191).

Caso “Cantoral Benavides vs. Perú” (Reparaciones)

En febrero de 1993, durante el Gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, el estudiante universitario peruano Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido, sin orden judicial expedida por autoridad competente, por la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional Peruana (DINCOTE). Los miembros de DINCOTE habían ido a su casa con el objetivo de prender a su hermana, pero como no lo encontraron, acabaron llevándose al demandante.

Cantoral Benavides permaneció preso e incomunicado durante nueve días en el transcurso de los cuales fue sometido a varios actos de violencia. Las agresiones físicas y psíquicas a que fue sometido Cantoral Benavides eran una práctica generalizada de aquella época en Perú contra prisioneros acusados de los delitos de traición a la patria y terrorismo. Semejante a lo acontecido con la profesora Loaysa Tamayo en el caso ya citado antes, Cantoral Benavides fue exhibido públicamente a través de los medios de comunicación y presentado como terrorista y miembro del grupo Sendero Luminoso, sin haber sido sometido a proceso o condenado por la justicia de su país.

A finales de 1993, Cantoral Benavides fue juzgado y condenado por tribunales militares y civiles que lo consideraron responsable por los delitos de traición a la patria y terrorismo. En ambos tribunales la víctima fue condenada por “jueces sin rostro” y en el fuero militar fue privado del derecho a elegir un abogado defensor de su confianza. Al recibir las denuncias por los actos de violencia practicados contra Cantoral Benavides, el Estado peruano no tomó ninguna providencia para investigar los hechos.

En agosto de 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda ante la Corte Interamericana contra la República del Perú, alegando violación a varios derechos previstos en dispositivos legales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte se declaró competente para actuar en el caso, constató las denuncias de la Comisión, decidió que el gobierno del Perú tenía la obligación de ordenar una investigación para identificar y punir a los responsables por las violaciones de derechos humanos de la víctima y consideró también que el Estado peruano debía reparar los daños causados a la víctima por causa de las violaciones.

En este caso, la Corte entendió que los actos ilícitos cometidos contra el demandante ocasionaron grave alteración en el curso de su vida, impidiendo la realización de su vocación, aspiraciones y potencialidades, particularmente su formación en lo que respecta a su capacitación y su trabajo como profesional. Por tanto, fueron acatadas las reivindicaciones basadas en el daño al proyecto de vida de la víctima y se estipularon reparaciones que contribuyeran a la reconstrucción del mismo (OEA, 2001, párrafo 80). La Corte estimó, entonces, que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de la víctima consistiría en que el Estado le proporcionara “una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado” (OEA, 2001, párrafo 80).

En relación con la decisión sobre las modalidades de reparación, es de notar que existen diferencias entre el presente caso y su precedente peruano, “Loaysa Tamayo vs. Gobierno de Perú”. En esta sentencia, la Corte se consideró capaz de estipular las reparaciones necesarias para la reconstrucción del proyecto de vida de la víctima, lo cual podría ser concretizado con la concesión de una beca de estudios en un centro de reconocida calidad académica, cubriendo los gastos de la carrera profesional escogida por la víctima así como también los que fueran

necesarios para su manutención durante el transcurso de los estudios².

La evolución doctrinaria alcanzada por esta sentencia se encuentra tanto en la reafirmación del alcance del concepto de proyecto de vida, como también en su directa relación con la realización de los derechos humanos de las víctimas.

Esto significa que, una vez probados los actos ilícitos perpetrados por el Estado y su impacto dañoso en la realización personal y profesional de la víctima, tales actos se tornan objeto de responsabilidad y de reparación por parte del Estado. Por otro lado, se observa que las modalidades de reparación no quedan restringidas a valores pecuniarios, sino que son traducidas a medidas que buscan la reconstrucción del proyecto de vida y la realización del ser humano en su integridad.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como pudo observarse en el primer caso jurisprudencial presentado, “Loayza Tamayo vs. Perú”, la Corte Interamericana delimitó el concepto de *proyecto de vida*, afirmando que éste se relaciona con “la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (OEA, 1998, párrafo 147). Ya en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, el voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli reforzó la concepción dada en el caso anterior, al considerar que este fundamental derecho “implica no solamente la obligación negativa de no privar de la vida a nadie de forma arbitraria, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que (tal derecho) no sea violado” (OEA, 1999, Votos concurrentes conjuntos, párrafo 4). Además, en este caso jurisprudencial, la Corte amplió la responsabilidad del Estado en su deber de tomar medidas positivas para evitar actos ilícitos, lo que para el Tribunal en cuestión se acentuaría en relación con la protección de la vida de grupos vulnerables en el marco de una interpretación amplia del derecho a la vida, que debe comprender las condiciones mínimas de una vida digna y no simplemente la protección del derecho de estar vivo.

Finalmente, en el caso “Cantoral Benavides vs. Perú”, la Corte se pronunció en el sentido de que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas que posibiliten a la víctima la oportunidad de reconstruir el proyecto de vida interrumpido como consecuencia de los actos ilícitos

² Cf. Caso “Cantoral Benavides versus Perú” (Reparaciones). Sentencia 03.12.2001, Serie C, n. 88, pág. 80.

cometidos, considerando también que ese deber del Estado se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas en situación de riesgo.

Responsabilidad objetiva del Estado y aplicación de políticas de acción afirmativa

La situación actual de violencia y la constante violación de los derechos humanos de los integrantes de las llamadas “minorías” muestra claramente que el mero reconocimiento del principio de igualdad en declaraciones, leyes y tratados no es suficiente para su implementación y existencia en la sociedad; esa falta de implementación causa perjuicios gravísimos al proyecto de vida de las víctimas, impidiendo su plena realización como seres humanos, al quitarles la posibilidad de desarrollar sus potencialidades, sus aptitudes, sus sueños. Así, el daño causado al derecho a una vida digna contra tantos millares de personas no perjudica sólo a las víctimas directas sino también a sus familiares, seres queridos y, en forma indirecta, a la sociedad como un todo, por la quiebra del sentido de la democracia y del propio Estado de derecho.

De modo que no es suficiente que el Estado reconozca formalmente los derechos humanos, sino que, además, debe asumir el compromiso efectivo de adoptar las medidas necesarias para el pleno ejercicio de los derechos para toda la población. En ese sentido, el Estado debe salir de su actual posición de aparente neutralidad para asumir la promoción efectiva de la igualdad real, de tal suerte que comiencen a operarse, finalmente, las posibilidades de realización de los proyectos de vida para la plena realización del derecho a una vida digna.

Joaquim Barbosa (2003), afirma, en este mismo sentido:

La actitud estática y pasiva del Estado de no discriminar es insuficiente y debe ceder, por tanto, a una necesaria noción dinámica e intervencionista en busca de una *igualdad material o substancial*, a partir de la cual las desigualdades concretas existentes en la sociedad sean debidamente sopesadas y evaluadas, de suerte que las situaciones desiguales sean tratadas de manera desigual para evitar el aumento y la perpetuación de desigualdades engendradas por la propia sociedad. *(Traducción de la autora).*

Así, lejos de pedir la neutralidad del Estado, tal perspectiva exigiría la implementación de medidas preferenciales para garantizar el libre ejercicio y la expansión de culturas, identidades, modos de ser diferentes al propio del grupo social dominante.

El Estado, en su deber de atender la demanda por un reconocimiento igualitario entre los grupos que conviven en el interior del mismo espacio nacional, debe, entonces, comportarse activamente en el

sentido de crear medios para combatir las desigualdades sociales y, de modo preferencial, de quienes más las padecen, como son los miembros de las llamadas minorías.

En este sentido, según Barbosa, las políticas de acción afirmativa tienen la mejor opción para generar transformaciones culturales y sociales relevantes, “aptas para inculcar en los actores sociales la utilidad y la necesidad del cumplimiento de los principios de igualdad –material y formal–, del pluralismo y de la diversidad en las más diversas esferas de la convivencia humana” (Barbosa, 2003, p. 22).

Se trata de políticas y de mecanismos de inclusión social con vistas a la concreción del objetivo constitucional de la efectiva igualdad de oportunidades, y que pueden ser concebidos por entidades públicas, privadas y por órganos dotados de competencia jurisdiccional (Barbosa, 2003, p. 28).

Las llamadas políticas de acción afirmativa surgieron como una forma de reparar los daños causados tanto por la sociedad hegemónica como por la actuación histórica del Estado contra pueblos, grupos sociales y culturas por medio de prácticas que condenaron tantas vidas humanas a la muerte o a la peor de las muertes, que es la muerte en vida provocada por los efectos de la violencia estructural. Se trata, en suma, de emprender el desafío de rescatar la ciudadanía y la dignidad de sujetos históricamente silenciados o privados del pleno desarrollo de sus potencialidades.

Para Joaquim Barbosa (2003, p. 21),

Las acciones afirmativas se definen como políticas públicas (y privadas) dedicadas a la concretización del principio constitucional de la igualdad material y a la neutralización de los efectos de la discriminación racial, de género, de edad, de origen nacional y de aspecto físico. En su comprensión, la igualdad deja de ser simplemente un principio jurídico a ser respetado por todos y pasa a ser un objetivo constitucional a ser alcanzado por el Estado y por la sociedad.

A su vez –como afirma Barbosa (2003, p. 30)–, las acciones afirmativas tendrían como objetivo “no apenas cohibir la discriminación del presente, sino sobre todo, eliminar los efectos persistentes (psicológicos, culturales y comportamentales) de la discriminación del pasado que tienden a perpetuarse”.

Junto con el establecimiento de la diversidad y de la representatividad propiamente dichas, el efecto más visible de esas políticas es el de eliminar las barreras que dificultan el pleno desarrollo de una vida digna de indios, negros y mujeres, independientemente de la existencia o no de políticas oficiales tendientes a menospreciarlos (Barbosa, 2003, p. 31).

La adopción de las políticas de acción afirmativa adquiere una importancia especial al expresar el interés del Estado en abandonar su tradicional papel reproductor del modelo social hegemónico y asumir la defensa del principio de igualdad en la realidad social concreta. Las políticas de acción afirmativa son, en definitiva, el mejor medio para crear garantías de participación en los diversos ámbitos del poder, con la posibilidad de adquirir lo que los integrantes de la sociedad dominante tienen, sin dejar de pertenecer a su propia identidad diferenciada.

CONCLUSIONES

El reconocimiento de los derechos de seres humanos históricamente silenciados requiere la adopción de políticas especiales en relación con esos “otros” diferentes de la sociedad hegemónica actual, lo cual necesariamente conduce a la aceptación de que la cultura dominante es sólo una más entre las muchas existentes.

De este modo, es necesario que entre los diferentes grupos sociales se establezca un diálogo igualitario, construido no por el consenso o la indiferencia bajo la apariencia de neutralidad, sino que sea el resultado del esfuerzo por la construcción colectiva de una sociedad pluralista, democrática y de respeto a los derechos de todos sus integrantes.

El asunto asume verdadera importancia considerando que en una sociedad en la que fueron conquistados tantos derechos, buena parte de la población todavía se encuentra distante del ideal a ser alcanzado. Se trata, en realidad, de proyectos de vida deteriorados, algunos de ellos, inclusive, despedazados.

Así, como afirmaba Gabriel García Márquez en el discurso que pronunció con ocasión de la entrega del Premio Nobel de Literatura:

Ante esta realidad sobrecogedora que a través de todo el tiempo humano debió de parecer una utopía [...] nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segura oportunidad sobre la tierra (García Márquez, 1982, p. 6).

BIBLIOGRAFÍA

BARBOSA GOMES, Joaquim. “O debate constitucional sobre as ações afirmativas”. In: DOS SANTOS, Renato e LOBATO, Fátima (org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades sociais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, pp.15-57.

- BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução. Elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Tradução de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, 238p.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A. 1989.
- GALTUNG, Johan. "Violência, paz e investigação sobre a paz". In: BRAILLARD, Philippe. *Teoria das relações internacionais*. Traduzido por J.J. Pereira Gojes y A. Silva Dias. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, pp. 331-357.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. "La realidad americana no se comprende con ojos europeos". *El Tiempo*. Bogotá. 9 de diciembre de 1982, p. 6.
- INSTITUTO Socioambiental. www.socioambiental.org (2000)
- JANUZZI, Anapaula M. Barbosa. "Violências não visíveis por trás do silêncio: proteção da mulher e projetos de vida deteriorados". PIBIC/UnB. 2005. Brasília: Universidade de Brasília.
- OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Cantoral Benavides versus Perú" (Reparaciones). Sentencia 03.12.2001, Serie C, n. 88. Site: <http://www.corteidh.or.cr> (consultado el 27/07/2007).
- OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala. Sentencia 19.11.1999, Serie C, n. 63. Site: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta realizada el 27/07/2007).
- OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala. Sentencia 19.11.1999, Serie C, n. 63, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burrelli. Site: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta realizada el 27/07/2007).
- OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Loaysa Tamayo contra Perú" (Reparaciones). Sentencia de 27.11.1998, Serie C, n. 42. Site: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta realizada el 27/07/2007).
- PASCUAL, Alejandra. "A construção do diálogo entre os diferentes: base da democracia e da plena realização dos direitos humanos". In: *Congresso de Pós-Graduação de Pesquisa em Direito* (CONPEDI), 13., 2004, Florianópolis. Anais do XIII Congresso de Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, pp. 523-531.
- _____. "Os povos indígenas e o direito de ser diferente". In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). *Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória*. Porto Alegre: Síntese. 2003, pp. 35-47.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Autoritarismo e transição". *Revista USP*, n. 9, p.45-56, mar./abr./maio 1991.
- SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: SENAC, 2000. 156 p.
- SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social*. Rio de Janeiro: Graal, 1983.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2000, 211p.

La libre iniciativa y el medio ambiente: los tributos como forma de implementar la internalización del costo ambiental para el respeto al medio ambiente

ALESSANDRA DABUL*



La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 garantiza la libre iniciativa como fundamento de la República y como principio que rige el orden económico. Considerando que la Constitución de la República es una y no comporta dispositivos incompatibles entre sí (so pena de que al aplicarse uno de los dispositivos, se niegue la aplicabilidad de otro), la libre iniciativa encuentra límites en la propia Constitución de la República.

Del mismo modo que la preservación de la libre competencia funciona como limitador de la libre iniciativa, también la preservación del medio ambiente funciona como límite de la libre iniciativa. En este contexto ciertas actividades potencialmente dañinas deben incluir en sus costos la potencial actividad recuperadora del medio ambiente y, además, la de supervisión, sea de la recuperación del medio ambiente o de la prevención del daño durante el transcurso de la actividad productiva. La aplicación del principio del contaminador pagador está consubstanciada en la inclusión del costo de esta actividad estatal (supervisión o recuperación) en el costo del productor. El Estado puede actuar de diversas maneras en este aspecto, suministrando subsidios, creando programas de incentivo para la utilización de materiales o procesos no dañinos para el medio ambiente e imponiendo tributos ambientalmente orientados.

El orden constitucional hoy vigente no admite la imposición indiscriminada de tributos, ni el aumento de la carga tributaria de manera genérica aunque estas medidas estén fundamentadas en la potencial recuperación o

* Doctoranda en Derecho – PUC/PR. Maestría en Derecho Económico y Social – PUC/PR/ 2002. Especialización en Derecho Tributario y Procesal Tributario – PUC/PR/2000. Abogada en la ciudad de Curitiba. alessandra@pereiradabul.adv.br

preservación del medio ambiente; en este contexto, el destino de la recaudación es de primordial importancia para la legitimidad de la imposición tributaria.

Tampoco se admite la prohibición velada de ciertas prácticas económicas por la imposición abusiva de tributos. Lo que se intenta es desalentar la utilización de ciertos componentes. Existiendo alternativas no contaminantes, éstas no serán gravadas con tributos en detrimento de las contaminantes, que estarán sujetas a tributación. Y esta tributación no será lesiva a la libertad de iniciativa, toda vez que debe incidir considerando el particular costo de recuperación de las externalidades negativas al medio ambiente. Cesando la producción de las mismas, debe cesar la tributación, salvo en los casos de imposición de tasas.

Palabras clave: medio ambiente; libre iniciativa; limitación; tributación; costo ambiental.



The 1998 Constitution of the Federative Republic of Brazil guarantees the free enterprise as foundation of the Republic and as principle that governs economic order. Whereas the Constitution of the Republic is one, and does not involve mutually incompatible devices (under penalty of, on having applied one of the devices, refusing the applicability of another), the free enterprise detects boundaries in the Constitution of the Republic itself.

Just as the preservation of free competition works as limiter of free enterprise, the preservation of the environment works as limiter of free enterprise as well. In this context, some potentially harmful activities should include in its costs the potential recovering activity of the environment as well as the supervision, be of the environmental restoration, or of the damage prevention during the course of the productive activity. The application of the Polluter Pays Principle is inherent in the inclusion of the cost of this state activity (monitoring or recovery) in the producer cost. The State may act on several ways about this aspect by providing grants; imposing taxes environmentally focused, and creating fringe programs on harmless materials or processes use in the environment.

Although indiscriminate taxation or tax burden increase is based on the potential recovery or preservation of the environment, the constitutional order in force today does not support them. Within this context, the revenue destination is essential for the legitimacy of taxation.

The guarded prohibition of certain economic practices by unfair taxation is not aloud either. The intent is discouraging certain components. If there are non-pollutant alternatives, these will not be taxed at the expense of pollutants alternatives which shall be subject to taxation. And this taxation will not be detrimental to the free enterprise once that must affect, considering

the particular recovery cost of the negative externalities to the environment. The taxation must stop -except in cases of imposition- once the production of such externalities cease.

Key words: Environment; free enterprise; restriction; taxation; environmental cost.

CONSIDERACIONES PREVIAS

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, ya en su artículo 10^º, expresa como base de la República Federativa del Brasil, entre otros, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa (art. 1^º, IV). Posteriormente, en el capítulo destinado al Orden Económico y Financiero, dispone que el orden económico está basado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, como medio para garantizar a todos existencia digna y justicia social (art. 170). Enumera este mismo artículo, entre otros principios que también caracterizan el orden económico, la libre competencia (art. 170, IV) y la defensa del medio ambiente (art. 170, VI).

El presente trabajo analizará la compatibilidad de estas disposiciones constitucionales, de modo que se pueda al mismo tiempo garantizar la libre iniciativa, como también la protección del medio ambiente. Para ello se hará un análisis histórico de la forma de actuación del Estado en el orden económico, los instrumentos por él utilizados y, de manera específica, cómo se puede utilizar la tributación como una forma de intervención estatal con el fin de preservar el medio ambiente.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACTUACIÓN ESTATAL

El interés de la colectividad, tutelado de manera directa o indirecta por el Estado, lleva al mismo a cambiar, en muchos momentos, su forma de actuación. Nótese que en un principio el Estado era liberal, interviniendo apenas en casos específicos.

El liberalismo tiene orígenes en el individualismo. En el Estado liberal, la actividad es libre, interviniendo el Estado apenas cuando la actividad se torna nociva para la sociedad. En el campo económico, el individualismo concede al hombre la posibilidad de elegir sus objetivos económicos y apoderarse de sus resultados. Se hacen presentes un amplio derecho de propiedad y el derecho de contratar.

El Estado liberal es aquel que tiene el papel de mantener el orden y la seguridad pública. En este contexto, la teoría de Adam Smith encontró un amplio espacio, en una realidad que consideraba la libertad en la búsqueda de riqueza como condición de todo progreso.

El tiempo mostró la insuficiencia de las leyes naturales, pues la “mano invisible” del mercado se reveló incapaz de mantener la racionalidad y el equilibrio de la economía. Solamente había libertad para aquellos que detentaban el poder económico. No había equidad. A raíz del divorcio existente entre la propiedad y el trabajo, surge el primer movimiento de masas, buscando un cambio en el orden económico. Esta nueva fuerza política se traduce en el sindicalismo¹.

Nótese que el interés de la colectividad cambia y tiene, a lo largo del tiempo, la facultad de alterar inclusive las actitudes estatales, generando un cambio en lo que se entiende por interés público a ser tutelado. El Estado, que prácticamente no intervenía en la actividad económica, pasa a hacerlo en el proceso económico y social.

Graves problemas sociales recaen sobre la población que no puede resolverlos, creándose así el pensamiento de que el Estado debería intervenir en la esfera económica. Surgen contradicciones sociales, y en su desarrollo, interviene el Estado para apoyar a la clase trabajadora. Durante la I Gran Guerra, el Estado interviene mucho más en la economía, garantizando los bienes esenciales a la población y consolida dicha intervención con la II Gran Guerra.

Conforme enseña Eros Grau (1978, p. 20), en este período de posguerra “las incompatibilidades entre la preservación de la libre competencia y la realización del interés social, imponen la presencia del Estado para ordenar y trazar los rumbos de la política económica”.

Como se puede ver, fue en defensa de los intereses de la colectividad, traducidos como interés social, que el Estado modificó su forma de actuación. Hoy, en el Brasil, la Constitución Federal prevé en su artículo 1º, IV el valor social del trabajo humano y de la libre iniciativa como base de la República. Posteriormente, en el capítulo destinado específicamente al orden económico, en su artículo 170, lleva los mismos valores al orden económico y, en lo que se refiere a la libre iniciativa, afirma que el orden económico debe estar basado en éstos.

Eros Roberto Grau (1998, p. 223) afirma que la libre iniciativa presupone necesariamente la presencia de la libertad, y ésta debe ser considerada bajo los aspectos de la sensibilidad y de la accesibilidad. Libre es aquel individuo que sabe lo que puede reivindicar (sensibilidad) y posee los medios de acceso a esta reivindicación, al ejercicio y a la implementación de sus derechos (accesibilidad).

¹ Presente inclusive en la Constitución de Weimar con la institución de los concejos que promovían la integración del Parlamento (dimensión política) con las fuerzas económicas. Sobre el tema, léase a Gilberto Bercovici (2004, pp. 44 ss.).

LIBRE INICIATIVA Y LIBRE COMPETENCIA

Fernando Facury Scaff (2006, p. 117), en el texto que trata de los “Efectos de la cosa juzgada en materia tributaria y libre competencia”, hace la necesaria distinción entre el concepto de libertad de iniciativa económica (libre iniciativa), que consta en el artículo 170 de la Constitución Federal, y el concepto de libre competencia, obrante en el inciso IV del mismo artículo. Dice el autor:

“Se entiende, pues, que la *libertad de iniciativa económica* es un precepto basado en la Libertad, pues permite el ejercicio de actividades por los particulares, en tanto el ejercicio de la *libre competencia* es un precepto basado en la Equidad, pues exige del Estado acciones que permitan su ejercicio, de forma tal de evitar la creación de monopolios, como también de posiciones dominantes en el mercado”.

En la Constitución Federal de 1988, la libertad es base de la República y del Orden Económico. Eros Grau (1998, p. 225) analiza la historia de la libertad de iniciativa económica, demostrando que en el principio no se consagraba aún la libertad absoluta de iniciativa. Dice el autor que “era libre a cualquier persona la realización de cualquier negocio o el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio que le beneficie, pero estaba obligada a obtener previamente una “patente” (impuesto directo), a pagar las tasas exigibles y a someterse a los reglamentos de policía aplicables”.

La Constitución Federal garantiza la libre competencia como forma de cohibir el abuso del poder económico, asegurando, con esto, la efectividad del precepto garantizador de la libre iniciativa. También el ya mencionado artículo 170, VI introduce en el capítulo del orden económico la defensa del medio ambiente.

No existe una mera coincidencia en la disposición constitucional. El orden constitucional vigente valoriza la libre iniciativa, siendo garantizada la libre competencia (con intervención del Estado a través del CADE –Consejo Administrativo de Defensa Económica– para prevenir la superposición del poder económico) en un medio ambiente equilibrado. De esta forma, la garantía del medio ambiente equilibrado, obrante también en el artículo 225 de la Constitución Federal, se debe tener en consideración cuando se habla de la aplicación de los principios directores del orden económico. El Orden Constitucional es uno, y la aplicabilidad de sus normas debe respetar esta unicidad.

En este contexto se debe analizar la libre iniciativa y la protección al medio ambiente. La Constitución vigente valoriza la libre iniciativa, sin embargo, la misma debe coexistir con el principio de la libre competencia, toda vez que, como ya se vio, históricamente, la libertad de iniciativa pura y simple encuentra límites en el abuso

del poder económico. Para cohibir tales abusos actúan los órganos de defensa del orden económico en nombre del Estado, desestimulando –e incluso imponiendo multas– en los casos de superposición del poder económico a la libre competencia.

Todos estos conceptos deben, entre tanto, considerar la realización de actividades libres, léase, independientes de autorización para su realización, pero limitándolas a partir de los principios que rigen el orden económico. La libre iniciativa está garantizada constitucionalmente, empero dentro de ciertos límites, entre ellos, el establecido para mantener la libre competencia. De acuerdo con estos mismos moldes, habrá que pensar y entender que la libre iniciativa también es limitada por la garantía de un medio ambiente equilibrado; no sólo la defensa de la libre competencia surge como un límite a la libre iniciativa, también lo es la preservación de un medio ambiente saludable (equilibrado). En este contexto de derechos y garantías, deben ser ubicadas las teorías relacionadas con la imposición al costo del producto de costos relativos para la recuperación del medio ambiente.

TEORÍA DE LAS EXTERNALIDADES

Según Maria Alexandra de Sousa Aragão, las externalidades pueden ser positivas o negativas y se derivan de la actividad industrial, siempre con efectos externos a ésta, por lo que son, por tanto, compartidas con la colectividad. Reciben esta denominación, pues, como ya se vio, se comparten con la sociedad, al contrario del lucro, que es privado. Las externalidades positivas son las benéficas a la colectividad. Un ejemplo de externalidad positiva lo constituye el entrenamiento de empleados contratados en una industria, los cuales reciben este entrenamiento y luego van a trabajar en otra industria, en la que aplican los conocimientos que obtuvieron en razón de la actividad desarrollada en la primera. La primera industria asumió la inversión y los costos de este entrenamiento; sin embargo, quien tendrá el usufructo del mismo será el nuevo empleador.

Por otro lado, durante determinado proceso productivo se generan algunas “externalidades negativas”, esto es, aquellas consecuencias no deseadas por la colectividad y que sólo benefician (por lo menos directa e inmediatamente) al productor. Estas externalidades se deben incluir en el costo del producto, siendo el productor el responsable del mismo. Al no existir esta internalización al costo, la actividad no deseada (en términos ambientales) obtendrá una ganancia marginal en función de la utilización de un bien de uso común del pueblo. A partir de la aplicación del llamado principio del contaminador pagador se busca internalizar este costo.

Principio del contaminador pagador

Como observa Cristiane Derani (2001, p. 163), “Con la aplicación del principio del contaminador pagador, se busca corregir este costo adicionado a la sociedad, imponiéndose su internalización”.

El Principio nº 16 de la Declaración Rio/92, trae el principio del contaminador pagador, disponiendo la necesidad de retirar el costo social en consideración del interés público, el comercio y las inversiones.

Principio 16

Considerando que el contaminador debe, en principio, asumir el costo emergente de la polución, las autoridades nacionales deben promover la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, sin olvidar el interés público y sin distorsionar el comercio y las inversiones internacionales.

No se trata de imponer sanciones al contaminador y, menos aún, de permitirle que pague para contaminar. Nótese que el principio del contaminador pagador es previo al daño, que es potencial. La sanción es diferente, es posterior, pues el daño ya ocurrió.

Alejandro Altamirano² observa que la internalización del costo ambiental lleva al productor a buscar recursos para su producción que no generen contaminaciones potenciales, evitando el costo que sería internalizado. Es una cuestión de concientización y de eficiencia en la aplicación del principio y prueba que no se trata de un permiso para contaminar.

De una manera hipotética –el ejemplo se puede citar apenas como ejercicio para comprender la aplicabilidad del principio– tomemos el caso de la industria de muebles, en donde la empresa “A” utiliza materia prima proveniente de la extracción vegetal y la industria “B” emplea materia prima (previamente utilizada) proveniente de demoliciones. Aplicándose el principio del contaminador pagador, la industria “A” tendría que internalizar en sus costos el costo de supervisión de la actividad de extracción vegetal que realiza (potencialmente dañina al medio ambiente), y el costo de la supervisión de la realización del necesario plantío (reforestación), mientras que la industria “B”, que favorece el medio ambiente al preferir la extracción reaprovechando materiales, no debería asumir los mismos costos, pues no produce las

² “En el análisis económico de la contaminación ambiental puede aplicarse el concepto de externalidad. Concretamente, la polución ambiental es un típico ejemplo de externalidad negativa o deseconomía. El fundamento del “principio contaminador pagador” reposa en el objetivo de internalización de los costos externos de la contaminación. Entonces, en razón de que esta situación lleva al productor de bienes a evaluar las formas de una correcta asignación de los recursos, el problema de las externalidades es básicamente un *problema de eficiencia*. (Altamirano, 2002, p. 42).

llamadas externalidades negativas. A lo largo del tiempo, la industria "A" podría optar por utilizar un material semejante al utilizado por la industria "B", disminuyendo así sus costos y privilegiando el medio ambiente. Debe entenderse, sin embargo, que en el caso de la industria "A" es el mercado el que determina la internalización del costo, que necesariamente revisará, y que, además, por adquisición de sus productos, ésta mantendrá sus actividades, pues es libre la iniciativa en nuestro sistema.

LA FINALIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTALMENTE ORIENTADA, COMO FORMA DE IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL CONTAMINADOR PAGADOR, ES LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.

La internalización del costo de la recuperación ambiental es previa al daño. En este contexto surgen varias formas de actuación del Estado en la creación y reglamentación de las formas para implementar la internalización del costo ambiental al producto. Se puede hablar, en términos de subsidios, por ejemplo, de lo que se da a través de la entrega directa o indirecta de recursos por parte del Estado a los involucrados en actividades que se adapten a la aplicación de los principios constitucionales con el propósito de promover la preservación del medio ambiente; además, hay que mencionar la comercialización de licencias ambientales, lo que se constituye en la venta de límites autorizados de contaminación por empresas eficientes a aquellas tecnológicamente desfasadas; e igualmente, se pueden citar los depósitos retorno, utilizados en algunos países europeos, entre ellos Bélgica, donde, por ejemplo, se incentiva el retorno de desechos potencialmente nocivos al medio ambiente.

Finalmente nos ocuparemos de la forma de actuación, que será analizada más detalladamente, relativa a los tributos ambientales. Nótese que desde la definición de tributo, ya se concluye que el mismo presupone la licitud de la conducta. Consecuentemente, no hay que confundir sanción de acto ilícito con tributación ambiental.

La tributación como medio de internalizar el costo de potenciales daños al medio ambiente, o como medio de desestímulo al uso de ciertos componentes o a la práctica de ciertas conductas y no a su prohibición, se presenta como una alternativa viable en nuestro sistema.

Conforme afirma Becker (1998, p. 152) "la principal finalidad de muchos tributos (que continuarán surgiendo cada vez más en volumen y variedad, por la progresiva transfiguración de los tributos del finalismo clásico o tradicional) no será la de un instrumento de recaudación de recursos para la financiación de gastos públicos, sino

la de un instrumento de intervención estatal en el medio social y en la economía privada”.

Se sabe que es exactamente lo que ocurre en el actual sistema. Las contribuciones de intervención en el dominio económico, conocidas por CIDES, no son nada más que los tributos descritos por Becker, quien ya visualizaba la posibilidad de su institución según el sistema tributario vigente en la época. Actualmente, el sistema tributario, después de las debidas modificaciones, alberga la institución de contribuciones llamadas de intervención en el dominio económico y también de aquellas ambientalmente orientadas.

Es importantísimo destacar que el orden constitucional hoy vigente, según la interpretación aquí propuesta, no admite la prohibición velada de ciertas prácticas económicas por la imposición abusiva de tributos. Este es aspecto pertinente para la distinción propuesta por Becker en relación con la sanción lo que llamó “tributo extrafiscal prohibitivo”.

“Sanción es el deber preestablecido por una regla jurídica que el Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir o desalentar, directamente, un acto o hecho que el orden jurídico prohíbe.”

“Tributo extrafiscal “prohibitivo” es el deber preestablecido por una regla jurídica que el Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir o desalentar, indirectamente, un acto o hecho que el orden jurídico permite”.

La lección de Becker debe leerse con cuidado para que se pueda extraer su pertinencia. Nótese que la peculiar diferencia entre los términos reside en los actos o hechos permitidos o prohibidos por el orden jurídico. Practicado el acto prohibido por el orden jurídico, hay que punir al autor con la imposición de sanciones, que lo castigan, realizando, además de esto, lo que sería una medida de carácter educativo.

El “tributo extrafiscal prohibitivo” no se impone cuando se practican actos ilícitos, al contrario, es necesaria la licitud para que ocurra el hecho generador de esta imposición tributaria. Posee también un carácter educativo, al desalentar la utilización de ciertos ítems, provocando su sustitución por otros, que posiblemente no sufren la incidencia de tributación.

Tal ejemplo es pertinente cuando se habla de situaciones que ofrecen alternativas al usuario de ciertos ítems. A título de ejemplo, véase lo que ocurría con la industria automovilística. Importar vehículos nuevos fue prohibido en el Brasil desde el año 1953, para privilegiar la industria nacional. La llamada reapertura que posibilitó la importación comenzó durante el gobierno de Collor de Mello. La tributación incidente sobre la citada importación es altísima, lo que, en algunos casos acaba

por desalentar la adquisición de ciertos vehículos. En este caso, no hay prohibición, pero la extrafiscalidad de la tributación acaba por proteger a la industria nacional.

No se trata de lo que se debe admitir con el fin de incluir el costo de recuperación de daños causados al medio ambiente en el costo del producto. La simple aplicación de alícuotas más altas de manera genérica sobre uno u otro insumo, cuya utilización no es deseada por los potenciales daños que pueden ocasionar al medio ambiente, no atiende al concepto de tributación ambientalmente orientada o de aplicación del principio del contaminador pagador. La imposición genérica de tributos, el simple aumento de la carga tributaria incidente sobre determinados insumos o sobre el producto final acabado, considerado potencialmente dañino al medio ambiente, constituye una prohibición indirecta a la práctica de determinadas actividades, lo que no se puede admitir en el sistema vigente, que privilegia la libre iniciativa.

En lo pertinente al tema del presente trabajo, analícese la cuestión de la libre iniciativa, cotejándola con la imposición de tributos, que aquí serán denominados ambientalmente orientados. Ahora, estos tributos incidirán en la medida en que se tenga por meta la internalización de los costos relativos a la recuperación de las externalidades negativas, nocivas al medio ambiente en el costo del producto. En ausencia de ítems sustitutos, y conforme la esencialidad del producto, la internalización del costo generará un costo mayor del producto en el mercado; sin embargo, siempre habrá que considerar el desestímulo a su adquisición.

Considérese, empero, en el presente análisis, la existencia de productos que puedan sustituir a aquellos que son nocivos al medio ambiente (plausibles de tributación –recuérdese, siempre como forma de internalización del costo de la recuperación de los daños producidos al medio ambiente–); obviamente serán sustituidos, por una razón propia del mercado y de competitividad entre los productos: aquellos que utilizan insumos dañinos serán más caros comparándolos a los que no los usan y, salvadas las cuestiones de calidad que no caben en este análisis, sustituirán los productos nocivos.

Con la disminución de la utilización o con la desaparición de aquel insumo nocivo, disminuirá o desaparecerá también la respectiva tributación. Nótese que aquí surge un punto primordial en el análisis del tema de la tributación ambiental. No habrá que hablar o, por lo menos, no en el modelo constitucional vigente, de aumentar la recaudación de manera genérica a través de tributos ambientalmente orientados, exceptuándose apenas la imposición de tasas que, éstas sí, podrán ser genéricas y atemporales, por ejemplo, las del costo de la supervisión que puede ser permanente.

No se ignora la existencia de la tributación que se denomina ambiental –y que no tiene nada que ver con la internalización de los costos de recuperación de daños potenciales o efectivamente causados al medio ambiente–. Esta modalidad de tributación no encuentra ningún amparo en el sistema nacional, toda vez que la exigencia de tributos que se digan destinados a la recuperación o prevención ambiental, que coexistan para la mejoría o cesación del daño que pretenden inhibir o reparar, es absurda y no encuentra ningún asidero en nuestro sistema.

CONCLUSIONES

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 garantiza la libre iniciativa como base de la República y como principio que rige el orden económico. Considerando que la Constitución de la República es una y no comporta dispositivos incompatibles entre sí (so pena de que al aplicarse alguno de los dispositivos se niegue la aplicabilidad de otro), la libre iniciativa encuentra límites en la propia Constitución de la República.

Del mismo modo que la preservación de la libre competencia funciona como límite a la libre iniciativa, también la preservación del medio ambiente funciona como límite. Es en este contexto donde cabe considerar que actividades potencialmente dañinas deben incluir en sus costos la potencial actividad recuperadora del medio ambiente y además la actividad de supervisión. En esto consiste la aplicación del principio del contaminador pagador. El Estado puede actuar de diversas maneras en este aspecto, sea suministrando subsidios, creando programas de incentivo a la utilización de materiales o procesos no dañinos al medio ambiente o imponiendo tributos ambientalmente orientados.

El orden constitucional hoy vigente no admite la imposición indiscriminada de tributos ni el aumento de la carga tributaria de manera genérica, aunque tales medidas estén fundamentadas en la potencial recuperación o preservación del medio ambiente. En este sentido, el destino de la recaudación es de primordial importancia para la legitimidad de la imposición tributaria.

Tampoco se admite la prohibición velada de ciertas prácticas económicas por la imposición abusiva de tributos. Lo que se intenta es desalentar la utilización de ciertos componentes. Existiendo alternativas no contaminantes, éstas no serán gravadas en detrimento de las contaminantes, que estarán sujetas a tributación. Y esta tributación no será lesiva a la libertad de iniciativa, toda vez que debe incidir considerando el particular costo de recuperación de las externalidades negativas al medio ambiente; al cesar la producción de las mismas, debe cesar la tributación, salvo, en los casos de imposición de tasas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRANO, Alejandro. *Tributação e Meio Ambiente*, vol 2., Curitiba: Juruá, 2002.
- ÁVILA, Humberto. (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª edición. São Paulo: Lejus, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- DE SOUSA Aragão, Maria Alexandra. *O princípio do poluidor pagador: perda angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª edición. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FACURY Scaff, Fernando. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. Vol. 10, São Paulo: Dialética, 2006.
- FREITAS, Wladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 2ª edición revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Economico e Regra Jurídica*, São Paulo, 1978.
- GRAU, Eros Roberto. *A Orden Econômica na Constituição de 1988*. 4ª edición. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINS, James (Coordenador). *Tributação e Meio Ambiente* (v. 2). Coleção Tributação em Debate. Curitiba: Juruá, 2002.
- MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental. A Função do Tributo na Proteção do Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. Tomo IX. São Paulo: Dialética. 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3ª edición. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TÓRRES, Heleno Taveira (organizador). *Direito Tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Energía, medio ambiente y alimentación: opciones racionales y humanistas*

JOSÉ CADEMARTORI I.



El siglo XX estuvo marcado por signos que hoy resultan inadmisibles: en materia energética, el despilfarro característico de la sociedad capitalista industrializada descansó sobre los supuestos de la inagotabilidad de los recursos como el petróleo, el agua, e incluso el uranio, y sobre la creencia en la capacidad de las grandes potencias para explotar a su antojo –valiéndose del soborno, la violencia o la guerra– las fuentes energéticas de los países más pobres. Semejantes supuestos se han revelado como falsos, pues, por un lado, se ha hecho inminente la caducidad de las fuentes que se consideraban inagotables, y por el otro, desde finales del siglo y en la década presente han adquirido cada vez mayor fuerza los movimientos en los países pobres que reclaman la soberanía sobre dichos recursos. La crisis energética, productora de conflictos a nivel global, ha traído consigo, además, consecuencias en materia ambiental. Estamos hoy ante una inminente catástrofe de gran escala, cuyas magnitudes previstas agudizarían la falta de recursos hídricos, el calentamiento global, afectando la vida del hombre y de todos los seres que habitan el planeta. A ello se suma la crisis alimentaria: mientras la producción agrícola esté sujeta a las exigencias de la acumulación de capital por las grandes transnacionales, y, como se pretende, sea subordinada a la elaboración de biocombustibles para reemplazar las fuentes energéticas ahora escasas, en los campos seguirá reinando el hambre, la miseria y la precariedad, y en las ciudades, el alza de los precios de los alimentos. La herencia del siglo pasado impone hoy retos inaplazables: la globalización transnacional ha traído consigo también la globalización de la solidaridad, en la búsqueda de condiciones que hagan posibles mejores formas de vida. Se imponen como tarea la solución pacífica de los conflictos producidos por la crisis energética, la búsqueda de energías renovables no convencionales, la elaboración y puesta en marcha de una reforma agraria integral que garantice

* Presentación Inaugural para el Encuentro Tierra y Ciudadanía, Instituto de Tierras, Cartografía y Geociencias. Estado de Paraná, Brasil. Curitiba, 15-18 de mayo de 2007.

la soberanía alimentaria de todos los pueblos. Los países latinoamericanos ya han empezado, y en tal sentido se perfilan, si nos unimos en esta tarea, como la vanguardia de un nuevo mundo.

Palabras clave: crisis energética; cambio climático; soberanía alimentaria; energías renovables; humanismo



The XXth century was marked by signs which are unacceptable today: As regards energy, the wastefulness characteristic of industrialized capitalist society rested on the supposed inexhaustible resources like petroleum, water, and even uranium, and on the great powers ability of exploiting at will –using bribery, violence or war– the energy sources of the poorest countries. Such assumptions have proved false; on the one hand it is imminent expiry sources considered inexhaustible; on the other hand, since the end of the century and in the present decade, those movements claiming sovereignty on these resources have gained an increasing hold in poor countries. Besides, the energy crisis, producer of conflicts at global level, has brought with it environmental implications. Today, we face an imminent large-scale catastrophe, which predicted magnitudes would worsen the absence of water resources and the global warming, affecting men and humankind way of living. As long as agricultural production is subject to capital accumulation requirements from the major multinationals, and it is subordinated -as intended- to the production of biofuels, in order to replace the current poor energy sources, fields will be reigned by hunger, poverty and scarcity, and rise in food prices will keep on reigning in cities. Today, the legacy of the past century requires undeferrable challenges: multinational globalization has also brought with it solidarity globalization in search of conditions that grant better ways of living. Task is applied as the peaceful resolution of conflicts caused by the energy crisis; the search for unconventional renewable energy sources; development and implementation of comprehensive land reform that guarantees food sovereignty for all the peoples. In such case, Latin American countries have already begun and if we join this task, they will be in the forefront of a new world.

Key words: energy crisis; climate change; food sovereignty; renewable energy; humanism

EL PETRÓLEO Y LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

El despilfarro de energía que caracterizó al siglo XX se fundó en gran parte en dos supuestos que ya no son válidos en el siglo XXI. Uno, la creencia de que los recursos fósiles del planeta eran inagotables, y el otro, que en situación de escasez, bastaba con la decisión de las grandes

potencias de disponer a su antojo sobre los hidrocarburos existentes en el resto del mundo, incluso por medio del soborno, la violencia y la guerra.

Respecto del primer supuesto, es cada vez más evidente que los depósitos comprobados de hidrocarburos, de los que dependen las economías más ricas, se están acabando. Las nuevas extracciones serán cada vez más difíciles y costosas. Otra de las fuentes primarias, el agua para represas hidroeléctricas, llegó al límite en los países ricos, a la vez que en otros el caudal de los ríos se hace cada vez más irregular, amenazando la seguridad y continuidad del suministro. Tampoco el uranio, base de la electricidad atómica, tiene una larga perspectiva. Sólo el carbón aparece como un recurso todavía abundante, aunque despierta resistencia, porque con las tecnologías actuales sus emisiones están entre las más contaminantes.

La segunda premisa, la explotación abusiva del patrimonio energético de los países pobres ejercida durante decenios por las transnacionales, comenzó a desmoronarse con la lucha de los movimientos de liberación e independencia nacional que culminó, en su primera etapa, en los años setenta. Se constituyó la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP); en numerosos países fueron nacionalizadas las compañías privadas extranjeras y creadas en su reemplazo compañías petroleras estatales. El control ejercido por la OPEP limitó el despilfarro. Por primera vez, los precios se acercaron a su verdadero valor de mercado, ya que los bajos precios anteriores no correspondían a la demanda excesiva incentivada por el capitalismo. Pero en los años ochenta cambió la situación política internacional. La debacle de la deuda externa, la adopción dogmática del credo neoliberal por partidos de derecha y de centro y la caída de los socialismos en Europa Oriental, contribuyeron al debilitamiento de la lucha del tercer mundo frente a las grandes potencias. La OPEP perdió unidad y fuerza. Los grandes consorcios de Occidente, al aumentar el saqueo del tercer mundo y exacerbar la sobreproducción, llevaron los precios a la baja. Otra vez aumentó el despilfarro.

Por segunda vez, los pueblos subdesarrollados tomaron conciencia de los profundos efectos negativos causados por la globalización transnacional y sus gobiernos cómplices. El siglo XXI transcurre bajo un nuevo cuadro mundial político y económico, en el que América Latina está marcando la pauta. Diversos gobiernos en desarrollo están rectificando sus políticas complacientes con las multinacionales y recuperando su soberanía sobre el petróleo. Ahora el 77% de la producción mundial está en manos de empresas estatales. En nuestro continente, las grandes multinacionales como Chevron, Exxon, Repsol, Totalfin, están siendo desplazadas por compañías estatales o mixtas

con predominio nacional. En Venezuela, Bolivia, Ecuador, Argentina y en otros países, como Chile, Uruguay y Brasil se refuerza el papel de las empresas públicas. En Rusia, China e India, se mantiene también la preeminencia estatal.

A comienzos de la presente década, el derrumbe de los gobiernos y partidos neoliberales en Venezuela despejó el camino para recuperar el control nacional de su industria petrolera y revivir la unidad de la OPEP. Recordemos que la nueva OPEP no se planteó más que subir de 10 dólares, un precio manipulado, a 30 dólares el barril, un precio justo. Si el precio hoy está al doble de esa cifra y podría escalar más aún, ya no es responsabilidad de la OPEP. Es el resultado de la creciente comprobación de que nos acercamos al agotamiento mundial de las reservas naturales baratas. Esto se hizo evidente por la guerra de Irak, desatada por EE.UU., para apoderarse de los cuantiosos depósitos de ese país, la amenaza de atacar Irán por igual motivo y otros peligros bélicos en Asia, África y América Latina. La invasión a Irak, las guerras locales en África, el desastre de Katrina y otros conflictos, aumentaron la incertidumbre sobre los abastecimientos. La acción de los especuladores internacionales también se hizo presente.

Por lo tanto, una de las condiciones más importantes para aliviar las consecuencias de la crisis mundial de la energía es la solución pacífica y equitativa de los actuales conflictos internacionales. La criminal aventura en Irak puede y debe llegar a su fin con el retiro de las tropas invasoras y el respeto a la libre determinación del pueblo iraquí. Otro tanto debiera hacerse en Afganistán. Es hora de solucionar racional y negociadamente la confrontación entre Israel y Palestina y establecer una paz sostenible en toda la región del Medio Oriente. La resistencia del pueblo iraquí y la movilización globalizada de la humanidad progresista que se opuso a la invasión, están próximas a alcanzar un histórico triunfo. Pero la lucha por la paz y un mundo pacífico ha de continuar contra los descomunales gastos armamentistas, por la eliminación gradual de las bombas nucleares, químicas, de neutrones, uranio empobrecido y otras aún más siniestras que el Pentágono y la OTAN están fabricando. En América Latina, donde Chile, Colombia y Brasil tienen los mayores gastos militares por habitante, debiéramos alcanzar acuerdos regionales para congelarlos y liberar recursos para invertirlos en aras de la superación de la pobreza y de la crisis energética.

ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE

La crisis energética ha agravado otros importantes problemas globales. Las conclusiones de los 2.500 científicos que trabajaron para las Naciones Unidas durante seis años, contenidas en sus informes sobre el

calentamiento global, son categóricas. No es la naturaleza ni los cambios en el sol, sino los seres humanos, con su modo de producir y consumir la energía y otras mercancías, los causantes del inevitable desastre climático que ya comenzó a manifestarse en todos los continentes. Los grandes productores de gases contaminantes son los países ricos y de gran tamaño, los más contaminados, las poblaciones pobres. Hambrunas, sequías, inundaciones, éxodo forzoso, es lo que ocurrirá, nos advierten los científicos, si no tomamos medidas urgentes. En América Latina, la mitad de las tierras agrícolas se verá afectada. A lo largo de la cordillera de los Andes, los glaciales se derriten. Hasta 160 millones de seres tendrán menores reservas de agua. Es indispensable reducir, con carácter perentorio, las emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente el dióxido de carbono, así como la concentración de ozono en la atmósfera. Sólo EE.UU. genera el 25% de las partículas de carbono y, sin embargo, el gobierno de Bush ignoró el Protocolo de Kioto y se negó a firmarlo, igual que otros pocos grandes Estados. Kioto II tiene que ser más drástico y exigente, de lo contrario, como advierte la Organización Mundial de la Salud, aumentará la mortalidad y las enfermedades por los desajustes climáticos. La presión de la opinión pública progresista habrá de intensificarse para cambiar los modos de producción y consumo, si no queremos nuevas desgracias. Se requiere, de aquí a 2050, rebajar en un 60% las emisiones nocivas para evitar la catástrofe. Los gobiernos de todos los colores tendrán que asumir compromisos concretos y metas claras.

Habrà que acentuar la diversificación de las fuentes primarias renovables de energía. El capitalismo tiene una tendencia enfermiza a concentrarse en las producciones que rinden mayores ganancias a corto plazo, como el petróleo, que constituye el 40% del consumo energético mundial. Chile está pagando un alto costo por haber apostado fuerte al gas natural argentino, desoyendo las advertencias sobre sus limitadas reservas y el riesgo de depender de una sola fuente. Ahora que Repsol y otras ya ganaron millones, nos ofrecen alternativas que significan para los hogares modestos y las pequeñas industrias fuertes alzas de tarifas. Ellos nunca pierden.

La humanidad progresista apunta a las energías renovables no convencionales, como la geotérmica, la eólica, la solar, la mareomotriz, la biomasa e incluso la hidráulica de pequeñas centrales y de pasada. También pueden ser favorables la fusión nuclear y el uso del hidrógeno, cuando las tecnologías adecuadas estén disponibles. Los capitales monopólicos menosprecian los sistemas energéticos de baja densidad, porque no les traen las ganancias masivas a corto plazo de proyectos como las mega represas hidroeléctricas, el uso del carbón, el gas o la

fisión atómica, pero la opinión pública está cada vez más sensibilizada por estas instalaciones que empeoran el medio ambiente, o atentan contra la salud y la vida.

Por otro lado, hay ya ejemplos concretos de que las energías no convencionales, al expandirse a gran escala, resultan económicamente viables. Luego de que Alemania renunciara a las centrales atómicas, la ley sobre promoción de fuentes renovables, dictada hace siete años, ha permitido el aumento de la capacidad eléctrica en 18.000 megavatios, ha creado 170.000 empleos, ha bajado los costos de inversión y disminuido fuertemente las emisiones de bióxido de carbono. También en España, la energía eólica y la solar han tenido buena aceptación. La industria del viento ha creado en el país 30.000 nuevos puestos de trabajo (datos publicados por *Le Monde Diplomatique*, edición chilena, abril, 2007). Por su parte, Italia ha desarrollado la tecnología para explotar los pozos geotérmicos, y muchos de nuestros estados latinoamericanos de la vertiente andina poseen estas fuentes, viables económicamente. La absorción del calor solar, en las regiones tropicales, templadas y semidesérticas, ha demostrado su utilidad para fines domésticos y para el uso de vehículos livianos.

La eficiencia en la producción y el consumo, el incentivo al ahorro y la supresión del despilfarro, tienen un amplio campo de posibilidades. Se trata en primer término de crear nuevas tecnologías ahorradoras de insumos y de procesos. Entre otras, el reciclaje de materias primas o la disminución de la potencia de los motores en los autos. Es sabido que los treinta países más desarrollados de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) lograron disminuir la intensidad energética, medida como consumo por unidad del producto interno bruto, en casi un 25% desde la anterior crisis, en 1980. China se ha propuesto como meta de su plan quinquenal, rebajar también este indicador. Cuba, dentro de sus serias limitaciones, ha mejorado el rendimiento del combustible en su planta industrial y ha fomentado masivamente el uso de ampollitas ahorradoras y nuevas ollas a presión más eficientes. En las grandes urbes capitalistas el despilfarro de electricidad está a la vista en la proliferación de monumentales avisos luminosos o en oficinas de rascacielos vacías que permanecen con la luz encendida.

El tema que hoy concita una polémica intensa es la producción de biocombustibles, como el etanol o el biodiesel. Una cosa es clara: sustituir algunos componentes de la gasolina por pequeños porcentajes de etanol es posible y puede o no ser rentable, dependiendo de los precios de las materias primas y del crudo. Brasil tiene ya una experiencia pionera digna de ser estudiada sobre las ventajas e inconvenientes de esta sustitución. Pero otra cosa distinta es el Plan Bush que pretende

convertirse en una panacea mundial. En realidad, no será posible que el etanol o el biodiesel puedan reemplazar al petróleo en magnitudes significativas frente a otras alternativas de sustitución. La revista *The Economist*, nada sospechosa de simpatías por el marxismo, le encontró razón a Fidel Castro en sus advertencias de que producir etanol en gran escala a partir del maíz, el trigo, la remolacha, la soya y otros alimentos nutritivos, afectaría seriamente la disponibilidad y el costo de los alimentos, sea para el consumo humano o animal, especialmente en las regiones del tercer mundo que, según Bush, deberían ser los proveedores del mundo desarrollado. En no pocos países de Europa, Asia y América, ya los consumidores están sufriendo alzas en el precio de los alimentos, lo que puede tener serias repercusiones sociales y políticas, aún antes de que se masifique la producción de biocombustibles.

En último término, la crisis energética, a resolver con criterio científico y humanista, no es un mero problema de comparación de ganancias privadas de tecnologías aisladas. Hay que analizar los costos para la sociedad de sistemas energéticos completos, realizar balances materiales en términos de insumos y productos y examinar todas sus repercusiones en la naturaleza y en los seres humanos. No olvidemos que las megalópolis con todas sus consecuencias en materia de segregación urbana, polución, viajes innecesarios, tiempos perdidos, colapso o congestión de autopistas y avenidas, han sido configuradas en buena medida bajo la poderosa influencia de compañías petroleras, automotrices, constructoras y otras, en desmedro de transportes colectivos más económicos, y de ciudades más amables y racionales. Se trata pues, de un cambio de paradigma sistémico en los modos de producir, distribuir y convivir con la naturaleza. Con toda la información técnica disponible, los gobiernos deben someter las opciones disponibles al veredicto de los ciudadanos.

EL NEOLIBERALISMO Y LA AGRICULTURA EN CHILE

La primera década del nuevo siglo se caracteriza por el rechazo creciente del modelo neoliberal de economía, prevaleciente en el continente. Implantado por la alianza entre las dictaduras militares, las oligarquías criollas y las multinacionales, es resistido por vastos sectores sociales, desde los más pobres hasta los estratos medios. Prácticamente no hay país en América Latina que no esté rebelándose contra las consecuencias del libre mercado y los monopolios que lo dominan. En algunas naciones, como Venezuela, Bolivia, Ecuador y Nicaragua ya se ha iniciado la marcha hacia modelos alternativos, mientras que en otros se efectúan reformas que se apartan de las directrices de Washington, del FMI o el Banco Mundial. Aún bajo gobiernos neoliberales, como

los de México, Colombia o Perú, se levantan potentes movimientos o luchas sociales que anuncian crisis políticas y nuevos vuelcos en el poder político a corto o mediano plazo. En numerosos países como en Bolivia, Venezuela, Ecuador, Paraguay, Perú, Guatemala y México, las movilizaciones de campesinos e indígenas están realizando un gran aporte para el cambio político, y de ellas hay que destacar el papel admirable que cumple el Movimiento de los Sin Tierra de Brasil.

También en Chile, la resistencia se extiende, se agudizan los conflictos laborales, las demandas de amnistía por las deudas habitacionales, por el sistema privado de las pensiones, por la educación, la salud, el transporte urbano, la exclusión social y política. Chile es para los medios oficiales el modelo exitoso de economía de libre mercado. Se cuidan muy bien de ocultar a quiénes y en cuánto se benefician y cuáles son las consecuencias negativas que ha generado entre la mayoría de los chilenos y en el medio ambiente. Silencian que Chile es una de las sociedades que tienen la peor distribución de los ingresos en el mundo. Hay una contradicción entre el aumento de su ritmo de crecimiento productivo sumado a los altos precios de sus materias primas y el fruto que, de ese aumento, queda para sus habitantes.

Recientemente se han conocido las cifras del Producto Nacional Bruto. El dato estadístico que más se difunde es el Producto Interno Bruto que es el que se genera dentro del territorio. Pero, el Producto Nacional es el que más interesa porque es el que efectivamente queda en el país en forma de ingresos de sus habitantes y sobre el cual nada se publica en los medios. Mientras el Producto "Interno" creció en el promedio de los últimos tres años en 5,23% anual, el Producto "Nacional" sólo aumentó en el 1,3% anual, o sea, cuatro veces menos. El año pasado, la diferencia fue aún más chocante, porque *a pesar del aumento del producto "interno", el producto "nacional" disminuyó en 3,3%*. La explicación de esta paradoja reside en que el Producto Interno incluye las ganancias, intereses y otras rentas que se llevan los capitales multinacionales radicados en Chile, mientras que el producto nacional lógicamente debe excluirlas. La mayor parte de esas rentas la obtienen las mineras transnacionales que explotan nuestro cobre. *Una de estas corporaciones ganó en un solo año tanto dinero como toda la inversión efectuada en los quince años anteriores*. Al haberse privatizado las reservas de metal, Chile perdió por este concepto, sólo en un año, 25.000 millones de dólares, suma cercana al presupuesto de la nación.

Chile realizó en los años del gobierno de Allende una reforma agraria, drástica, masiva, relativamente ordenada y exitosa. Más de la mitad de las tierras arables fue expropiada. Con ello se puso término al latifundio improductivo y al predominio de la casta terrateniente, que, con métodos de servidumbre, se convertía en una tranca para el avance del

país. La dictadura de Pinochet truncó el proyecto de la Unidad Popular de colocar en el centro de la reforma, como protagonista y beneficiario, al campesinado trabajador. Desató una vengativa persecución contra los campesinos beneficiados con la reforma, prohibió las organizaciones sindicales y cooperativas e instaló un capitalismo salvaje en el campo, con su cortejo de nuevas formas de explotación. Luego, bajo los gobiernos de la Concertación, se ha vuelto a la extrema concentración de la tierra en pocos propietarios que poseen gigantescas plantaciones forestales, ganaderas y numerosas haciendas dedicadas a monocultivos. Estos modernos capitalistas controlan grandes superficies cultivables en distintas regiones, sin pagar el impuesto territorial, mediante el arrendamiento o formas nuevas de mediería. Grandes extensiones de bosque nativo, pertenecientes al Estado y cedidas en propiedad a multimillonarios y transnacionales, están siendo saqueadas día a día para extraer madera de especies protegidas y plantar pino o eucalipto que absorben mucha agua y liquidan la biodiversidad. Las vertientes y otras fuentes primarias y la distribución del agua potable y de riego, están monopolizadas por las compañías hidroeléctricas, mineras o sanitarias.

Una parte de la población rural está constituida por más de 300.000 familias de pequeños productores, de los cuales la gran mayoría apenas sobrevive; decenas de miles están endeudados, no pocos a punto de perder sus tierras. La peor pobreza reina entre los campesinos mapuche, los que son hostilizados por los monopolios forestales y agricultores racistas, aplicándoseles la ley antiterrorista porque luchan por la devolución de sus territorios ancestrales. Los asalariados del campo, que suman más de 700.000 entre temporeros, forestales, obreros calificados y técnicos agrícolas –una suma similar a la de la industria– constituyen la principal fuerza de trabajo del campo. En ella hay una alta proporción de mujeres y participación de ancianos y niños, con lo que se viola la Convención Internacional sobre la Infancia. Los asalariados agrícolas, agroindustriales y forestales constituyen un cuantioso e imprescindible contingente de la clase trabajadora chilena. Empero, la proliferación y abusos de los “enganchadores”, la complicidad de las autoridades y las leyes laborales que entregan poderes absolutos a los patrones, impiden la sindicalización masiva y la contratación colectiva. Los y las trabajadores del campo soportan excesivas y agotadoras jornadas, incluso nocturnas, son trasportados en camiones para animales, comen en el suelo. Están expuestos a enfermedades desde osteomusculares hasta partos con deformaciones o cánceres a causa de los pesticidas y otros agroquímicos tóxicos. Las familias rurales tienen un precario acceso a establecimientos de salud, carecen de escuelas secundarias y las básicas son incompletas. Escasamente pueden acceder a una vivienda

confortable o a una jubilación. A pesar de estas adversidades, la lucha y la conciencia de los campesinos crece con el convencimiento de que se necesita unir grandes conglomerados de trabajadores para vencer al gran capital. Merecido respeto ha alcanzado la Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas –ANAMURI–, constituida en once de las doce regiones del país, y que luego de varios años de crecimiento realizó recientemente su primer congreso nacional. Batallan también por sus demandas la Federación Campesina Ranquil que defiende a los pequeños productores y la Confederación de Trabajadores Forestales que reúne a los obreros del bosque y otras actividades conexas. Miles de ellos, después de una dura jornada de huelga combativa, acaban de obtener por primera vez un contrato colectivo aceptable, pasando por encima de los subcontratistas en confrontación directa con el consorcio Angellini, uno de los tres más poderosos del país.

GLOBALIZACIÓN TRANSNACIONAL Y GLOBALIZACIÓN DE LA SOLIDARIDAD

El encuentro internacional realizado en febrero de 2007 en Mali, África, al que concurrieron todos los integrantes nacionales que forman Vía Campesina, junto con organizaciones de pescadores, pastores, pueblos indígenas, mujeres y sectores urbanos, demostró cómo se está gestando a nivel planetario una potente unidad y coordinación del vasto mundo rural que se defiende de la agresión del capital multinacional y de los gobiernos que los apoyan. Allí fue ratificada la campaña por la soberanía alimentaria, como derecho humano básico que debe ser reconocido por los Estados y las instituciones internacionales. Esto incluye no sólo la erradicación del hambre, la seguridad de disponer dentro del país de los alimentos para vivir, sino también el acceso a la alimentación sana, el respeto y la rehabilitación de los entornos rurales, zonas pesqueras, paisajes y alimentos locales y tradicionales. Se valorizó la diversidad del conocimiento, de las lenguas, de las culturas tradicionales y el derecho a la libre organización. Se proclamó la batalla por la reforma agraria integral que garantice a los campesinos el pleno acceso a la tierra y al agua, la recuperación de los territorios indígenas, los derechos de las comunidades pesqueras y la salvaguardia de los ecosistemas.

La reforma agraria integral continúa como una asignatura aún por realizar en nuestro continente. En esta etapa destacan los avances logrados en Venezuela, a pesar de la resistencia violenta de los terratenientes. Se han recuperado casi dos millones de hectáreas de tierras mal utilizadas por los latifundistas. El 49% se ha constituido como propiedad social, entregada en usufructo a familias campesinas.

Otra parte se ha destinado a proyectos estratégicos estatales y una tercera a la formación de cooperativas campesinas. En Bolivia se inició una nueva etapa para superar las falencias y retrocesos que tuvieron las reformas anteriores.

El acceso seguro al agua potable y de riego es parte de una reforma agraria integral. América Latina es una de las regiones con más agua dulce del mundo. Sin embargo, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), uno de cada tres habitantes padece escasez del vital elemento. Los campesinos se ven perjudicados por el monopolio privado del agua, por las plantaciones forestales que absorben las fuentes y por las fumigaciones, los relaves mineros y los desechos tóxicos de las plantas industriales o pesqueras, que contaminan vertientes, ríos, arroyos, lagos y pozos subterráneos. En Chile, el agua limpia para beber está escaseando en muchas regiones rurales, y en otras las tarifas de las compañías privadas son muy altas. Surge también el negocio poco transparente del agua mineralizada o saborizada. Fértiles valles con plantaciones frutícolas para la exportación están amenazados de desaparecer por el agotamiento de las napas subterráneas o por el acaparamiento y contaminación de las compañías mineras. Son insistentes las demandas de los campesinos por que la ley garantice los usos comunitarios y públicos del agua por sobre los intereses de las compañías privadas, para que se erradiquen las actividades contaminantes, se dé prioridad a las necesidades de las asociaciones de regantes y se eliminen los subsidios a las siembras de pino y eucaliptus. Las empresas industriales y mineras también están generando escasez en centros urbanos. El reciclaje de las aguas servidas o usadas para procedimientos mineros o industriales debiera ser condición antes de la aprobación de sus construcciones. También va a ser necesaria la construcción de plantas de propiedad pública de desalinización del agua de mar, a pesar de que tienen altos requerimientos de energía, y sus costos debieran repartirse equitativamente entre la población. Por otro lado, la disponibilidad de agua dulce como elemento vital de subsistencia para las aglomeraciones urbanas también está amenazada como consecuencia del calentamiento global. Empiezan a proliferar, incluso, conflictos internacionales por la disputa de las fuentes naturales.

Las transnacionales como Monsanto, Bayer o Syngenta buscan comprometer a nuestros gobiernos en la expansión de cultivos transgénicos, planteando que sería una solución para la crisis de la pequeña agricultura o bien que sería posible la coexistencia entre la agricultura orgánica, la convencional y la transgénica, ignorando la contaminación del maíz convencional por el transgénico, ocurrida ya en varios países. La lucha por alimentos seguros exige la etiquetación de los elaborados con materiales transgénicos, prohibirlos en la elaboración

de alimentos ecológicos, así como impedir patentar semillas y animales. Del mismo modo, la lucha por la alimentación sana exige desalentar los negocios transnacionales como McDonald's y otros grandes responsables de la comida rápida que contiene exceso de grasa o azúcares artificiales.

PROTEGER, AFIANZAR Y DESARROLLAR LA AGRICULTURA CAMPESINA

Se habla y se escribe mucho sobre la protección y el desarrollo de la agricultura familiar, pero muy poco o nada se hace en la práctica. Los gobiernos, y sus institutos de investigación y promoción sólo tienen ojos y oídos para los exportadores y el agronegocio, y muestran menosprecio por la producción local. A los campesinos se les aconseja entrar en “las cadenas productivas modernas”, lo que los condena a depender de semillas estériles o insumos tóxicos de las transnacionales o las grandes sociedades nacionales, sin poder disponer de sus propias semillas y abonos naturales, y a vender en las condiciones que aquéllos exigen. De lo contrario, se presiona a los parceleros para que vendan sus tierras, a veces hasta con métodos mafiosos, sea para extender el monocultivo del momento o para construir represas, autopistas o condominios de lujo con grandes extensiones de césped para canchas de golf que consumen agua a destajo. La pesadilla neoliberal promueve monstruosas ciudades donde florecen el crimen y la violencia, estimula campos despoblados, desiertos verdes, paisajes sin árboles autóctonos, sin aves ni insectos, a lo más, parcelas de “agrado”, criaderos de caballos de carrera o cotos de caza y pesca exclusivos. Aquí no hay lugar para la agricultura campesina, si no es como fuerza física de trabajo para otros o trabajo doméstico de los señores. Pero tal modelo no significa progreso para los seres humanos. Abandonar el campo, emigrar a la ciudad, es condenarse a vivir en los extramuros, sin trabajo cercano, lejos de los centros de salud, sin vivienda decente, a veces en medio de basurales o entre el barro. En Chile dicen “*si en el campo somos pobres, en la ciudad somos el doble de pobres*”. Por eso, la gente rural resiste el éxodo y se fortalece en su decisión de permanecer en el terruño, defenderlo, unirse, organizarse y hacerse escuchar.

Hoy los villorrios o aldeas más apartados pueden y deben ser dotados, sin necesidad de gigantescas inversiones, de todos los servicios modernos a pequeña escala y, a veces, con recursos locales, desde electricidad, agua potable y alcantarillado, centros culturales, transporte confortable y consultorios médicos bien equipados, hasta escuelas con computadoras, televisión, Internet y comunicaciones inalámbricas. Los campesinos y campesinas quieren saber sobre las condiciones de los mercados y las climáticas, aprender sobre el uso del riego por

aspersión o por goteo y otras técnicas, estar informados oportunamente para participar, para defender sus derechos, opinar con fundamento e intervenir en las decisiones que los afecte a ellos y al medio circundante. El Estado debe proveer estos servicios, porque los campesinos difícilmente podrán financiarlos. Los caminos rurales para acceder a los mercados locales necesitan ser asfaltados y debieran tener preferencia sobre las autopistas. El crédito debe ser adecuado a su capacidad de pago y facilitar la rehabilitación de los morosos. Las capacitación y asistencia técnica no pueden ser forzadas por los funcionarios, sino convenidas, teniendo respeto por la experiencia ancestral del habitante rural. Las nuevas especies –inclusive la posibilidad de agregar valor trabajo a los cultivos o crianzas, como jugos, mermeladas, harinas, salsas, desarrollar la artesanía, la recolección de frutos, plantas aromáticas y hierbas silvestres y medicinales– debieran estar al alcance de las familias rurales. Las cooperativas y otras formas de acción colectiva o de asociación necesitan ser fomentadas en gran escala. Deben instalarse, con fuerte apoyo público, redes comerciales propias para evitar que los habitantes pobres sean explotados por los intermediarios. La agricultura campesina debiera ser ayudada para ser un pilar de la agricultura orgánica, de métodos ecológicos, libres de químicos y transgénicos. Los alimentos sanos y naturales tienen cada día más demanda en la población informada. También a los habitantes rurales debiera ofrecérseles nuevos empleos nobles y útiles para la sociedad como son el cuidado, monitoreo y la rehabilitación de los bosques o selvas nativas y zonas declaradas de reserva natural.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Los procesos de globalización económica y libre mercado, sin quererlo, han creado nuevas condiciones favorables para un profundo cambio en los modos de producir y consumir que el capitalismo de libre mercado ha fomentado en su insaciable prosecución de la acumulación de riqueza privada. Trabajadores del campo y la ciudad, profesionales y académicos de las más diversas especialidades, consumidores y usuarios de bienes y servicios, defensores de la naturaleza y la vida sana, urbanistas que luchan por ciudades no contaminadas ni segregadas: ¡tenemos como nunca antes la posibilidad y la necesidad de unirnos! Nuestros objetivos son los mismos, y quienes se oponen a mejores formas de vida sólo lo hacen porque están bajo el interés o la influencia de los grandes poderes privados y su publicidad engañosa. Hago votos porque esta unidad grande, local, regional, nacional y mundial, por encima de pequeñas disputas personalistas o teoricistas, se construya en todo nuestro continente que, por muchos motivos, puede ser la vanguardia de un nuevo mundo.

Biodiversidad y sociodiversidad: el derecho en crisis*

DR. CARLOS FEDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO**

MSC. CLARISSA BUENO WANDSCHEER***



Es difícil establecer cuándo tuvo inicio lo que hoy se identifica como biopiratería. La transferencia de plantas, animales y semillas ha ocurrido desde el descubrimiento de América. Hogaño, el conocimiento está valorado con cifras cada vez mayores, y la apropiación de este conocimiento se vuelve cada vez más agresiva, con el propósito de proteger los lucros de las empresas que invierten en el sector de biotecnología. Esa protección ocurre en beneficio del mercado y sólo es posible porque está fundamentada en tratados de comercio internacional. El TRIPs –Acuerdo sobre Protección de la Propiedad Intelectual– fue lo que más influyó para la elaboración de las legislaciones de los Estados signatarios. Ese acuerdo permitió la creación de un sistema de protección de propiedad industrial/intelectual. La ley de propiedad industrial brasileña admite el beneficio del registro de patente, no sólo para el inventor sino también para todos aquellos que colaboraron en la investigación y para sus sucesores. Sin embargo, no resulta suficiente para la protección del conocimiento tradicional, ya que no reconoce la propiedad de colectividades. Por ello, es necesario identificar lo que se entiende por conocimiento tradicional, por biodiversidad y por biopiratería. Se concluye que es imprescindible la elaboración de mecanismos capaces de garantizar la protección de la biodiversidad y de la sociodiversidad latinoamericana.

Palabras clave: América; biodiversidad; sociodiversidad

* Título original: *Biodiversidade e sociodiversidade: O direito em crise*.

** Doctor en Derecho UPFR, Maestro en Derecho UFPR, Vicepresidente del Banco Regional de Desarrollo del Extremo Sur, BRDE, Brasil; Miembro del Consejo Director del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Colombia; Profesor titular del Programa de Postgrados en Derecho de PUCPR. Autor de los libros *Bienes Culturales y su Protección Jurídica*, *El renacer de los pueblos indígenas para el derecho* y *La función social de la tierra*, entre otras publicaciones, y de diversos artículos.

*** Doctoranda en Derecho Económico y Socioambiental PUCOR, Maestra en Derecho Económico y Social PUCPR, Profesora de Cursos de Graduación en Derecho y de postgrado, autora del libro *Patentes y Conocimientos Tradicionales* y de diversos artículos.



It is hard to establish when did start what is now identified as biopiracy. The transfer of plants, animals and seeds has happened since America was discovered. Nowadays, knowledge is valued in increasing numbers, and the appropriation of this knowledge becomes even more aggressive in order to protect the profits of those companies investing in the biotechnology sector. That protection happens in pursuit of the market and is only possible because it is based on international trade agreements. The TRIPs -Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- affected the most the development of the signatory States legislations. Such agreement allowed the creation of an industrial/intellectual property protection system. The Brazilian industrial property law supports the benefit of patent registry, not only for the inventor or all those who helped in the investigation but also for its successors. However, it is not quite enough to protect traditional knowledge, since it does not recognize the ownership of communities. Therefore, it is necessary to identify what is understood by traditional knowledge, biodiversity and biopiracy. It is inferred how relevant is the development of mechanisms capable of guaranteeing the protection of the Latin-American bio and sociodiversity.

Key words: America; biodiversity; sociodiversity.

INTRODUCCIÓN

Al observar la historia, se hace difícil establecer cuándo inició lo que hoy se identifica como biopiratería, pues desde el descubrimiento de América se ha practicado la transferencia de plantas, animales y semillas.

Varios ejemplos pueden ser mencionados, como es el caso del cauchero, árbol nativo de los trópicos americanos, que está presente en Méjico, América Central y en la cuenca Amazónica. Su nombre científico es *hevea brasiliensis*. Dicho árbol fue responsable por la producción de caucho para el consumo mundial de los siglos XVIII y XIX y su explotación tuvo su apogeo con el descubrimiento del proceso de vulcanización en el año de 1842, lo que posibilitó su utilización en diversos campos de la industria (Prado Jr, 2006, p. 236). Los indígenas ya conocían y utilizaban la savia del cauchero, el caucho, para la fabricación de calzados, mantos, pelotas elásticas, entre otros usos. Las técnicas de utilización de este producto fueron derivadas, únicamente, de sus conocimientos tradicionales.

“Incluso antes del advenimiento de la era de la electricidad industrial, los objetos técnicos de las sociedades termodinámicas adquieren una nueva flexibilidad y diversidad en función del encuentro entre la cultura del mundo industrial y el látex del cahutchu (‘madera que llora’) de los indios de Centroamérica y Sudamérica. Era un material muy conocido por esos pueblos que lo utilizaban en la fabricación de numerosos objetos, recipientes, cántaros, vestimentas y calzados impermeables.

Los mayas, los aztecas y los indios de las Antillas lo empleaban en la confección de una especie de ‘pelotas saltadoras’ del tamaño de las de fútbol y que usaban en juegos y rituales que impresionaron a los españoles que acompañaban a Cristóbal Colón, en la ocasión de su segundo viaje a América (1493-1496)” (Araújo, 1998, p. 70).

El descubrimiento de ese árbol y su utilización cruzaría las fronteras. En las postrimerías del siglo XIX fueron llevadas semillas del cauchero a Londres y sembradas en el Jardín Botánico de Kew. Las plantas obtenidas en ese jardín fueron transportadas a Ceilán y a Singapur, donde se inició una gran producción de goma que sólo se vería perjudicada por el desarrollo posterior de la goma sintética.

El Jardín Botánico de Kew protagonizó otro caso de apropiación de material genético americano. Fue el caso de la quinina, compuesto febrífugo usado como antimalárico, obtenido a partir de la “cascarilla”, planta nacional del Ecuador, y utilizado por varios pueblos de la región. Este producto era el principal antimalárico desde el siglo XIX. Los países andinos llegaron a exportar en promedio 9.000 toneladas del producto por año, hasta que investigadores ingleses, del referido Jardín Botánico, llevaron semillas de “cascarilla” a sus colonias en Asia y dominaron el mercado mundial (Bravo, 1998, p. 93).

El cacao se unió a la lista de productos americanos que incrementaron el mercado mundial en beneficio de otros países. Este árbol es oriundo de América tropical, pero al adquirir, desde el siglo XVIII, importancia para la economía, se difundió hacia África, en la Isla de Santo Tomé, Nigeria, Costa del Oro, Costa del Marfil y Camarones, y hacia Asia, en Ceilán. (Prado Jr, 2006, p. 241). Estos son apenas algunos de los muchos ejemplos a los que se suman la papa, el tomate, el maíz, etcétera.

Estos ejemplos ilustran cómo el transporte de material genético era libre y la utilización y la apropiación de los conocimientos tradicionales también. En la actualidad, el conocimiento está valorado con cifras cada vez mayores y la apropiación de este conocimiento se vuelve cada vez más agresiva, pues con ella se pretende proteger los lucros de empresas que invierten en el sector de la biotecnología. Esa protección en beneficio del mercado sólo es posible porque está fundamentada en tratados de comercio internacional.

COMERCIO INTERNACIONAL, MATERIAL GENÉTICO Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

El sistema de protección de propiedad industrial/intelectual es aquel que el capitalismo occidental reconoce para la protección de invenciones humanas. La discusión internacional sobre la propiedad

intelectual fue incentivada al final de la década de los cuarenta, cuando empezaron las negociaciones finales del GATT –Acuerdo General de Tarifas y Comercio–, que culminó con la firma del TRIPs –Acuerdo sobre Protección de la Propiedad Intelectual–.

El GATT fue planeado con el objetivo de conformar una Organización Internacional de Comercio –la OIC– que regulara las relaciones comerciales en el mundo de posguerra, pero dicha organización no pasó de ser una idea, y el GATT se transformó en un acuerdo internacional con la fuerza de una organización internacional provisoria, que perduró de 1948 a 1995, año en el que fue creada la Organización Mundial del Comercio –OMC– (OMC, 2001).

El TRIPs, como acuerdo internacional, les impuso a los países signatarios un plazo máximo para la implantación de las reglas mínimas de protección de la propiedad intelectual. Diversos países que se comprometieron con el referido tratado y que por las más variadas razones no pudieron cumplir el plazo, terminaron sufriendo represalias internacionales por parte de los demás países que hacían parte de este acuerdo. En el caso brasileño, la retaliación comercial partió de los Estados Unidos de América, con la finalidad de agilizar el trámite legal para la aprobación de una ley de propiedad industrial que pudiese garantizar la protección de la industria farmacéutica de ese país.

La retaliación contra Brasil ocurrió en 1998, cuando el gobierno Sarney apuntaba hacia la posibilidad de envío de un mensaje al Congreso para que reconociera las patentes sobre procesos farmacéuticos y aceptara negociar nuevos estándares de protección de la propiedad intelectual. En ese mismo año, el gobierno de EE.UU. llevó a cabo la decisión de imponer tasas aduaneras superiores para productos de papel, químicos y electrónicos; sanciones impuestas por la alegada falta de protección de las patentes farmacéuticas en el país (Tachinardi, 1993, p. 71).

Ante tal situación, Brasil promulgó la Ley No. 9.279 del 14 de mayo de 1996 para la regulación de los derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial. En el artículo 6º § 2º de esta ley queda claro el permiso para la apropiación individual del conocimiento, al determinar que:

Al autor del invento o modelo de utilidad le será asegurado el derecho de obtener la patente que le garantice la propiedad, en las condiciones establecidas en esta Ley. § 2º La patente podrá ser requerida en nombre propio, por los herederos o sucesores del autor, por el cesionario o por aquel a quien la ley o el contrato de trabajo o de prestación de servicios determine que pertenezca la titularidad.

Además, la ley de propiedad industrial brasileña admite el beneficio del registro de patente no sólo al inventor, sino también a todos aquellos que colaboraron en la investigación y a sus sucesores, pero siempre los considera como una suma de individuos, no como una colectividad, por lo cual resulta aún insuficiente para la protección de la propiedad del conocimiento tradicional. De hecho, la ley no menciona la posibilidad de protección del saber tradicional; sólo al individuo se le asegura el derecho de explotación particular del invento y durante un tiempo determinado. La legislación brasileña prevé la posibilidad de apropiación individual de los recursos y de los conocimientos producidos y desarrollados colectivamente. Esa apropiación ocurre por terceros externos a la colectividad detenedora de los conocimientos sobre la biodiversidad.

Las poblaciones tradicionales (indígenas y locales) no están incluidas, pues las exigencias de la ley de propiedad industrial, en la forma prevista para la autoría de la patente, consideran que el conocimiento de los miembros de los pueblos indígenas no es individual:

For members of indigenous peoples, knowledge and determination of the use of resources are collective and inter-generational. No indigenous population, whether of individuals or community, nor the government can sell or transfer ownership of resources which are the property of the people and which each generation has an obligation to safeguard for the next¹ (gf.) (Nijar, 1995, p. 12).

Ocurre, no obstante, que en Brasil las áreas más preservadas en biodiversidad, es decir, en material genético, son justamente las áreas donde se encuentran las comunidades locales y los pueblos indígenas. Infelizmente, la presión ejercida sobre esas áreas crece constantemente, puesto que la sociedad circundante, de tipo occidental capitalista, también tiene intereses puestos en la diversidad biológica de las áreas habitadas por las poblaciones tradicionales.

Esas poblaciones enfrentan grandes obstáculos para mantener su modo de vida tradicional en contacto directo con la naturaleza. Sus áreas son invadidas para la extracción mineral, maderera y de otros productos de la biodiversidad. Los pueblos indígenas y las poblaciones locales sufren también con la inundación de su hábitat para la construcción de represas, construidas con la finalidad de atender a la demanda creciente de energía eléctrica de una sociedad global, cada vez más homogénea en sus estándares de vida y de consumo.

¹ Traducción libre: "Para los miembros de las poblaciones indígenas, el conocimiento y la determinación del uso de los recursos son colectivos e intergeneracionales. Ni la población indígena, ya sean de los individuos o la comunidad, ni el gobierno pueden vender o transferir la propiedad de los recursos propios de cada pueblo, y cada generación tiene la obligación y la responsabilidad de salvaguardarlos para la generación venidera".

Hasta este momento, no se ha establecido un sistema reconocido y aplicado internacionalmente para la protección de las comunidades tradicionales y sus saberes, lo que permite que la apropiación continúe haciéndose individualmente, ya sea en nombre de personas físicas o jurídicas extrañas a las comunidades.

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, BIODIVERSIDAD Y BIOPIRATERÍA

Es importante esclarecer lo que se entiende por conocimiento tradicional, por biodiversidad y por biopiratería, para que se logre una mejor comprensión de la problemática actual.

El conocimiento tradicional no se distingue por la antigüedad e inutilidad, sino que, se caracteriza por la forma de su constitución. Este conocimiento se produce y se transmite de forma generalmente oral e intergeneracional y está íntimamente relacionado con la forma en que las comunidades tradicionales se relacionan con la naturaleza. Es decir, el saber es difundido oralmente entre los integrantes de la comunidad, se desarrolla de forma colectiva, porque es el fruto del trabajo de varios de sus miembros, y es intergeneracional porque la aplicación que se hace de determinado conocimiento pasa por la interpretación y actualización de las generaciones presentes.

Este conocimiento depende del medio ambiente en que viven las comunidades, porque éstas poseen estructuras sociales que se adaptan a la naturaleza, o que, en general, garantizan su utilización no sólo para el presente, sino para las futuras generaciones. Cada comunidad desarrolla técnicas de manejo y utilización de los recursos naturales, según la disponibilidad que poseen de las áreas que ocupan, y en razón de la abundancia o de la escasez desarrollan sus ritos y modos de vida. Por eso, las peculiaridades de las sociedades están relacionadas con sus territorios.

El Dene Cultural Institute of Yellowknife, en Canadá, entiende por conocimiento tradicional:

... a body of knowledge built up by a group of people through generations of living in close contact with nature. It includes a system of classification, a set of empirical observation about the local environment, and a system of self-management that governs resource use. The quantity and quality of TEK (traditional ecological knowledge) varies among community members, depending upon gender, age, social status, intellectual capability and profession (hunter, spiritual leader, healer, etc). With its roots firmly in the past, traditional environmental knowledge is both cumulative and dynamic, building upon the experi-

ence of earlier generations and adapting to the new technological and socioeconomic changes of the present². (Laird, Noejovich, p. 184)

La biodiversidad, a su vez, puede ser entendida como

la variabilidad de organismos vivos de todos los orígenes, abarcando, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de que hacen parte; abarcando incluso la diversidad dentro de especies, entre especies y de ecosistemas. (Conforme lo establecido por la Convención de la Diversidad Biológica en su artículo 2º.)

Es importante comprender que esa diversidad biológica no está disociada de la diversidad social y cultural, teniendo en cuenta que la actuación del hombre fue y es fundamental para la constitución del medio ambiente del presente. La idea de naturaleza intacta quedó en el pasado y la interacción del hombre con la naturaleza ha sido corroborada. Por eso, la relación del hombre con la naturaleza tiene una influencia significativa en la preservación y conservación del ambiente natural, de modo que la presencia y la actuación de las sociedades a lo largo de los años ha sido esencial para la configuración de los espacios naturales que se conocen hoy. No faltan ejemplos de esta interrelación bien sucedida de los pueblos con la naturaleza, como por ejemplo:

[...] en el Parque Nacional Kruger, en África del Sur, tras el establecimiento del Parque, no más habitado por nativos y cazadores –invitados a retirarse para el ‘bien’ del parque– la frecuencia de los incendios decreció. Como resultado, áreas anteriormente abiertas fueron invadidas por arbustos, lo que redujo la posibilidad de que pudieran sobrevivir los herbívoros, pues aquellos grandes mamíferos que querían conservar dependen de esa vegetación abierta para su alimentación. Fue necesaria la reintroducción de quemadas controladas que asegurasen el mantenimiento de la fauna nativa, objeto de conservación original del Parque. Este es un ejemplo de que la presencia de aquellos animales allí, era fruto de una larga interacción con las poblaciones humanas. (Bensusan, 2002, p.26)

La interdependencia del hombre y de la naturaleza es fundamental para la garantía de un medio ambiente sano, y para la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

² Traducción libre: “... un conjunto de conocimiento construido por un grupo de personas a lo largo de generaciones, debido a la convivencia íntima con la naturaleza. Eso incluye un sistema de clasificación, un conjunto de observaciones empíricas sobre el medio ambiente local, y un sistema de administración propia que regula el uso de los recursos. La cantidad y calidad del (CTE) conocimiento tradicional ecológico varía entre los miembros de la comunidad, según el género, edad, estatus social, capacidad intelectual y profesión (cazador, líder espiritual, curador, etcétera). Con sus bases firmadas en el pasado, el conocimiento tradicional ambiental es tanto acumulativo cuanto dinámico, construido sobre la experiencia de las generaciones más recientes y adaptado a los cambios tecnológicos y socioeconómicos del presente.”

De ahí, la necesidad de la coexistencia entre la biodiversidad y la sociodiversidad.

Y, en último lugar, el concepto de biopiratería se define como sigue: Es la recolección de material biológico para la explotación industrial de sus componentes genéticos o moleculares, en desacuerdo con las normas vigentes. La biopiratería puede ser ilegal, cuando una ley la prohíbe, o simplemente inmoral cuando no hay norma formal que la controle. (...). (Hathaway, 2002, p. 95).

La biopiratería, por lo tanto, es el robo –o, más formalmente, la apropiación, por más impropia que sea– de materiales biológicos, genéticos y/o de los conocimientos comunitarios/tradicionales asociados a ellos en desacuerdo con las normas sociales, ambientales y culturales vigentes, y sin el consentimiento previo fundamentado de todas las partes interesadas.

El término biopiratería fue utilizado por primera vez en 1993 por la Organización no gubernamental RAFI³ con el objetivo de alertar sobre el hecho de que recursos biológicos y conocimientos indígenas estaban siendo recogidos y patentados, sin la debida autorización del gobierno brasileño, por empresas multinacionales e instituciones científicas. Pretendían también denunciar los abusos sufridos por las comunidades que durante siglos usaron estos recursos y generaron estos conocimientos, pero que no estaban participando de los lucros obtenidos con la comercialización de productos farmacéuticos y cosméticos creados a partir de sus ideas originales, lo que, además, impide la posibilidad del desarrollo sostenible de esas comunidades, por la degradación de su ambiente natural y por la vulgarización de su conocimiento tradicional.

Infelizmente, es muy difícil identificar y probar la biopiratería, debido a que los contratos no son públicos y muchos países no poseen reglas de acceso y división de beneficios, más aun, cuando la bioprospección ocurre de manera diferente de la prevista por la ley. Todo eso dificulta la verificación de las reclamaciones, inclusive cuando se solicita la concesión de patentes.

La biopiratería, conforme el Instituto Brasileño de Derecho del Comercio Internacional, de la Tecnología de la Información y Desarrollo –CIITED–, consiste en el acto de acceder o transferir recurso genético (animal o vegetal) y/o conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, sin la expresa autorización del Estado de donde fue extraído el recurso, o de la comunidad tradicional que desarrolló y mantuvo determinado conocimiento a lo largo de los tiempos. CIITED incluye, además, como una complementación de la biopiratería, la no repartición justa y equitativa

³ RAFI – Rural Advancement Foundation International–, actualmente ETC-GROUP –Action Group on Erosion, Technology and Concentration–.

–entre Estados, corporaciones y comunidades tradicionales– de los recursos advenidos de la explotación comercial o no comercial de los recursos y conocimientos transferidos (Mesquita, 2003, p.18).

A pesar del largo período de explotación y explotación de las comunidades tradicionales, un pequeño adelanto se obtuvo con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 13 de septiembre de 2007. Esa declaración reconoció que los pueblos indígenas tienen derecho al consentimiento libre, previo e informado, acompañando lo que ya determinaba la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La declaración de la ONU garantiza, también, el derecho de los pueblos indígenas a ser adecuadamente consultados antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas de cualquier naturaleza, incluso obras de infraestructura, minería o uso de recursos hídricos. Y, además, establece que los Estados nacionales deben reparar a los pueblos indígenas en relación con cualquier propiedad cultural, intelectual, religiosa o espiritual sustraída sin consentimiento previo informado o en violación de sus normas tradicionales.

Esas son cuestiones fundamentales para que se pueda comprender la problemática, dado que sin los conceptos no es posible establecer estrategias para la conservación y protección de las comunidades tradicionales y de la propia biodiversidad.

CASOS DE BIOPIRATERÍA EN AMÉRICA LATINA Y EN ÁFRICA

Los diarios *The Independent* de Londres y el argentino *Ecoportal* denuncian el enriquecimiento de muchas empresas multinacionales de biotecnología o farmacéuticas, que recorren el continente africano en búsqueda de productos lucrativos, sin proporcionar ninguna contraprestación a los países de origen. Esos datos fueron obtenidos a partir del estudio realizado por el Instituto Edmonds en colaboración con el Centro Africano de Biodiversidad.

Entre los productos patentados constan: plantas para los jardines de Europa, remedios naturales contra la impotencia y productos que sirven para decolorar pantalones *jeans*. Y entre las empresas nombradas figuran: SR Pharma, que posee la patente de una bacteria recolectada en Uganda que es utilizada para desarrollar un tratamiento contra enfermedades virales crónicas, incluso contra el SIDA⁴. Bayer,

⁴ “(...) But as detailed in a new report published by a US think-tank, Out of Africa: Mysteries of Access and Benefit Sharing, a British company, SR Pharma (formerly Stanford Rook Ltd), took the ‘rumours’ seriously. After intensive research, the company ended up isolating a unique bacterium,

que consiguió un tipo de bacteria en el lago Ruiru de Kenia, con la que desarrolló un remedio contra esa bacteria, patentado como *Precose* o *Glucobay*. Ese producto generó un lucro de 218 millones de euros, de los cuales Kenia no recibió un centavo. Genencor International utilizó microbios procedentes del Valle de Rift, también en Kenia, para desarrollar enzimas que son utilizadas en el proceso de decoloración de los pantalones *jeans*. Option Biotech patentó semillas originarias del Congo (*Aframomun stipitatum*), para desarrollar el medicamento contra la impotencia (Bioviagra). Y Sygenta se apropió de la planta *Impatiens usambarensis*, recolectada en los montes Usambara de Tanzania, para la producción de una planta de jardín. Sólo en 2004 obtuvo Sygenta 85 millones de euros con la venta de ese producto, de los cuales Tanzania tampoco recibió un centavo.

Otro caso interesante del continente africano es el del *hoddia*, un tipo de cacto utilizado por el pueblo San, habitante del desierto de Kalahari. Esa comunidad utiliza ese cacto hace varios siglos para combatir el hambre, en esa región de condiciones severas. En muchos lugares del mundo en que la comida, y particularmente comidas con grasas y con azúcares están disponibles, los occidentales comienzan a utilizarlo para suprimir el apetito. El pueblo africano continúa usando el *hoddia* para suprimir el hambre y mientras tanto, varios de los componentes activos de esa especie de cacto ya están en las manos de la compañía farmacéutica PhytoPharm (Mbaria, 2006).

El Instituto Edmonds, que promovió una de las investigaciones mencionadas, también elaboró un reportaje especial sobre el maní brasileño, que actualmente es utilizado por EE.UU. para combatir una plaga del tomate. Infelizmente, la adquisición en Porto Alegre de las muestras de maní brasileño ocurrió en 1952, momento en que aún no se pensaba en formas de protección y acceso a los recursos genéticos. Como el descubrimiento de la utilidad del maní brasileño para el combate del virus TSWV (*Tomato spotted wilt virus*) se dio en la década de 1980 en EE.UU., los estadounidenses pudieron garantizar, igualmente, un implemento de US\$200 millones para su economía y cero para la economía brasileña (Edmonds Institute, 2006, pp. 2-3).

Uno de los casos latinoamericanos más famosos es el de la ayahuasca, *Banisteriopsis caapi*, que es una planta utilizada en ceremonias y, en la salud, para diagnosticar y tratar enfermedades. Diversos pueblos amazónicos, incluso de Brasil, dicen usarla para

Microbacterium vaccae, that is now used effectively against chronic viral infections, including HIV. Needless to say, SR Pharma made millions of dollars in annual sales and, according to the report, never saw any reason for sharing a single shilling with those who came up with the 'rumour' (Mbaria, 2006).

encontrar espíritus y prever el futuro. Esa planta fue patentada por Loren Miller en Estados Unidos ante el US Patent and Trademark Office (USPTO). Miller obtuvo esta planta a partir de cultivos indígenas del Ecuador, y para la obtención de la patente alegó características físicas diferenciadas y una posible aplicación para el tratamiento del cáncer. Nunca fueron realizadas investigaciones por Miller ni por la empresa International Plant Medicine Corp (Wiser, s.f, pp. 182-183).

Otro caso es el de las plantas *cunani* y *tipir*. El *cunani* es una planta utilizada por el pueblo Wapixana para la pesca; las hojas de esa planta son mezcladas con mandioca, para formar una masa que se usa como anzuelo para atraer a los peces. Cuando ingieren la mezcla, los peces empiezan a saltar, lo que facilita su captura. El *tipir* o *biribiri* es utilizado, también por el pueblo Wapixana, para controlar hemorragias, disenterías y malaria. Tales conocimientos tradicionales, que involucran propiedades químicas y medicinales de dichas plantas, se volvieron objeto de patente requerida por el químico Conrad Gorinsk. Irónicamente, el pueblo indígena Wapixana corre el riesgo de tener que pagarle regalías a la industria farmacéutica multinacional para seguir pescando con el *cunani* y tratar a sus enfermos con el *tipir* (Santilli, 2002, p. 89).

Gracias a la biodiversidad amazónica, está también el caso de la secreción de la rana *Phyllomedusa bicolor*, o *Kampô*, que es utilizada por algunos de los pueblos de la floresta, como los Katukina, como un estimulante para aguzar los instintos de los cazadores y para tratar diversas indisposiciones como fiebre, diarrea o somnolencia. Debido a los estudios realizados, se sabe que esa secreción posee aproximadamente 200 moléculas con uso potencialmente comercial, de las cuales, por lo menos 80 ya tienen pedidos de patentes en oficinas del mundo entero, principalmente, en lo que atañe a su potencial antimicrobiano (Weis, 2006).

CONCLUSIÓN

Este es el contexto internacional en que se difunde la biopiratería. Es decir, la existencia de acuerdos internacionales y leyes nacionales que no reconocen la protección de los conocimientos de las colectividades, sino sólo de los individuos, asegurándoles el derecho a la explotación particular del invento durante un tiempo determinado. La reciente innovación de orden internacional de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas no es lo suficientemente fuerte como para anteponerse a los acuerdos comerciales internacionales que rigen el tema.

Eso acarrea la posibilidad de apropiación individual de los recursos y de los conocimientos producidos y desarrollados

colectivamente. Esa apropiación ocurre por terceros externos a la colectividad detenedora de los conocimientos sobre la biodiversidad, porque las poblaciones tradicionales (indígenas y locales) no están incluidas en las exigencias de la ley de la propiedad industrial. Esa legislación estimula la biopiratería, es decir, el tráfico de material genético y conocimiento tradicional sin la autorización de la comunidad involucrada y sin el consentimiento del respectivo Estado.

Por todo lo mencionado, es necesaria e imprescindible la elaboración de mecanismos capaces de garantizar la protección de la biodiversidad y de la sociodiversidad en América Latina y en África, dada la gran explotación a la cual están sometidas diariamente por la acción de empresas transnacionales las poblaciones tradicionales residentes en esos continentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAÚJO, Hemetes Reis. "O mercado, a floresta e a ciência do mundo industrial". (El mercado, la floresta y la ciencia del mundo industrial). En: ____ . *Tecnociência e Cultura: ensaios sobre o tempo presente*. (Tecnociencia y cultura: ensayos sobre el tiempo presente) São Paulo: Estação Liberdade, 1998.
- BENSUSAN, Nurit. "A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza". (La imposibilidad de ganar la apuesta y la destrucción de la naturaleza). En: BESUNSAN, Nurit (org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê*. (¿Sería mejor mandar calzar? Biodiversidad ¿Cómo? ¿Para qué? y ¿Por qué?) Brasília: Editora UNB: Instituto Socioambiental, 2002. p. 26.
- BRAVO, Elizabeth V. "Impacto de Convenio de Biodiversidad en el Ecuador". En: FLÓREZ, Margarita (org.). *Diversidad biológica y cultural. Retos y propuestas desde América Latina*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA-; Instituto de Gestión Ambiental -IGEA-; Grupo de Semillas; Fondo Mundial para la Naturaleza -WWF-, 1998.
- ECOPORTAL. "Bayer, Sygenta -Las multinacionales extraen recursos de África sin devolver los beneficios". Disponible en: <http://www.ecoport.net/content/view/full/56758>, acceso: 25 de abril de 2006.
- EDMONDS INTITUTE. "Out of Brazil: A Peanut Worth Billions (to the US)". Disponible en: <http://www.edmonds-institute.org/outofbrazil.pdf>, producido en marzo 2006. Acceso: 25 de abril de 2006.
- _____. *Out of Africa: Mysteries of Access and Benefit Sharing*. Washington: Edmonds Institute: The African Centre for Biosafety, 2006.
- HATHAWAY, David. A Biopirataria no Brasil. (La biopiratería en Brasil) En: BENSUSAN, Nurit (org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade, como, para que e por quê*. (¿Sería mejor mandar calzar? Biodiversidad ¿Cómo? ¿Para qué? y ¿Por qué?) Brasília: Editora Universidade de

- Brasília: Instituto Socioambiental, 2002, pp. 95-101.
- LAIRD, Sarah A.; NOEJOVICH, Flavia. "Building equitable research relationship with indigenous peoples and local communities: prior informed consent and research agreements". In: LAIRD, Sarah A. (org.). *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*. London: Earthscan Publication Ltda.: WWF: UNESCO: Royal Botanic Gardens Kew, [s.d].
- MBARIA, John. "Assault of the biopirates". Disponible en: <http://www.nation-media.com/estafrican/current/Magazine/magazine270220062.htm>, Nairobi, Kenya, 27 de febrero y 5 de marzo de 2006.
- MESQUITA, Andréa. "Biopirataria: Fauna e flora brasileiras ameaçadas pela ação de traficantes". (Biopiratería: Fauna y flora brasileñas amenazadas por la acción de traficantes) *Justilex*. Año II, n.º 15, marzo de 2003, pp. 12-19.
- NASSER, Rabih Ali. A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT (La liberalización del comercio internacional en las normas del GATT) – OMC. São Paulo: Ltr, 1999.
- NIJAR, Gurdial Singh. *In Defense of Indigenous Knowledge and Biodiversity: a conceptual framework and essential elements of a rights regime*. Penang/Malasya: Third World Network, 1995.
- OMC. *Con el comercio hacia el futuro*. Edición revisada. [S.L.], 2001.
- SANTILLI, Juliana. "A biodiversidade e as comunidades tradicionais". (La biodiversidad y las comunidades tradicionales) En: BENSUSAN, Nurit (org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade, como, para que e por quê. (¿Sería mejor mandar calzar? Biodiversidad ¿Cómo? ¿Para qué? y ¿Por qué?)* Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto Socioambiental, 2002, pp. 89-94.
- TACNHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. (La guerra de las patentes: el conflicto Brasil x EE.UU. sobre propiedad intelectual). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- WEIS, Bruno. "Kampô: povo Katukina faz alerta contra uso indevido da vacina do sapo". (Kampô: pueblo Katukina alerta contra el uso indebido da la vacuna del sapo). Notícias Socioambientais. Disponible en: www.socioambiental.org. Acceso: 27 de abril de 2006.
- WISER, Glenn. "The Ayahuasca patente case: indigenous peoples stand against misappropriation". In: LAIRD, Sarah A. (org.). *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*. London: Earthscan Publication Ltda.: WWF: UNESCO: Royal Botanic Garden Kew, [s.f.], pp. 182/183.

Reflexiones sobre un sistema judicial eficaz en una sociedad socioambientalmente responsable

CLAUDIA MARÍA BARBOSA*



El aparente consenso que existe en relación con el papel ejercido por el poder judicial en la construcción de una sociedad brasilera digna, justa y solidaria no resiste los cuestionamientos que sobre el mismo asunto han realizado tanto el Banco Mundial como organismos multilaterales, la ONU, y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. El artículo parte de determinadas concepciones sobre desarrollo y sostenibilidad, a partir de un enfoque crítico que los considera insuficientes, defendiendo, a su vez, la necesidad de la existencia de un poder judicial socioambientalmente responsable y sosteniendo que esta noción debería ser la guía de su función y de sus acciones. El artículo analiza, al mismo tiempo, las referencias legales de derecho público así como las referencias teóricas que fundamentan la sustentación y los parámetros constitucionales brasileros que impiden la construcción de una sociedad digna.

La construcción de un poder judicial socioambientalmente responsable considera las concepciones de derecho y de bienes socioambientales y defiende un nuevo paradigma de desarrollo, que debería promover no sólo la sustentación estrictamente ambiental sino también la social. En este sentido, propone la reformulación de los conceptos de propiedad y de libertad, disminuyendo su valor individual para concebir nuevos derechos colectivos, no susceptibles de valorización económica ni de apropiación por parte de un patrimonio individual. Defiende, asimismo, la obligación por parte del Estado y, en consecuencia, del poder judicial, de proteger los llamados bienes socioambientales, esenciales para la permanencia de la vida de todas las especies (biodiversidad) y de todas las culturas humanas (sociodiversidad).

* Pontificia Universidad Católica del Paraná – Brasil.

La Constitución brasilera acoge los bienes y derechos socioambientales y en este mismo sentido deberían comportarse los poderes públicos y particulares. Así, la actuación del poder judicial para la defensa y la protección de los derechos socioambientales dejaría de ser una cuestión política para transformarse en un deber de ese poder para con toda la sociedad brasilera; es, pues, en esta perspectiva que deberían inscribirse las preocupaciones con las reformas del poder judicial en Brasil.

Lamentablemente, las reformas realizadas actualmente son insuficientes para preparar al poder judicial para el Tercer Milenio. La sociedad socioambientalmente responsable exige la realización de reformas en el poder judicial, establecidas en un plano que contemple preocupaciones socioambientales, y que manifiesten por lo menos algunas de estas acciones: consideración de diferentes concepciones de justicia y búsqueda de justicia social; protección ambiental y preservación de los recursos naturales; efectividad de los derechos humanos; reconocimiento y protección de bienes no susceptibles de valor económico; énfasis en la protección de los derechos colectivos indivisibles; prioridad de la función social y pública de la propiedad en oposición al interés privado existente sobre ella; reconocimiento y afirmación del pluralismo jurídico; fortalecimiento de una democracia que rebase los valores básicos de la concepción representativa; defensa del juez activo, no tanto por el “activismo” en sí mismo, sino más bien por la obligación que tiene de inducir a la realización de políticas públicas “saludables” y de determinar la realización de políticas sociales; prioridad en el combate contra la corrupción y contra los crímenes protegidos por la impunidad de los grupos privilegiados, porque éstos ponen en riesgo la democracia y la base del Estado de derecho.

Palabras clave: desarrollo; sostenibilidad; responsabilidad socioambiental; poder judicial.



The supposed consensus that exists regarding the role fulfilled by the judicial branch in the construction of decent, just and caring Brazilian society does not resist the questionings on the same subject that the World Bank, UN and Governmental and Non-Governmental Organizations as multilateral agencies have made. From a critical approach that regards certain ideas on development and sustainability as inadequate, the article begins from those ideas arguing, as well, the need for a social/environmental responsible judicial branch, and also sustaining that this notion should guide both role and actions of the judicial branch. Likewise, the article analyzes legal references and theoretical references of public law that are based on the support, as well as analyzes the Brazilian constitutional parameters that prevent the construction of a decent society.

The ideas of social/environmental law and property are considered by the

construction of a social/environmental responsible judicial branch, upholding a new development paradigm, which should promote not only the strictly environmental support but also the social one. To that effect, the judicial branch suggests that property and freedom concepts are restated, diminishing its individual value in order to conceive new collective rights not capable of either economic appraisal or appropriation by individual heritage. In the same way, it is also uphold the State and, consequently, judicial branch obligation of protecting the so-called social/environmental property essential to extend all of the species (biodiversity) and the human cultures (social diversity) life. The Brazilian Constitution receives the social/environmental property and rights, fact that should be embraced by public and private organizations. Thus, the action coming from the judicial branch as for the defense and protection of social/environmental rights would not be a political issue in order to become a duty towards the entire Brazilian society; it is, then, the concerns about the judicial branch reforms should be focused under this perspective. Unfortunately, in order to prepare the judicial branch for the Third Millennium, the reforms are currently unsatisfactory. The social/environmental responsible society demands the accomplishment of reforms at judicial branch, established in a context that beholds social/environmental concerns, which show -at least- some of the following actions: Considering of different notions about justice itself and social justice searching; environmental protection and natural resources preservation; human rights effectiveness; recognition and protection of property not capable of economic appraisal; emphasis on the protection of collective indivisible rights; priority of the social and public function of property versus current private interest on it; recognition and affirmation of the judicial pluralism; strengthening of a democracy that goes beyond the basic values of representative notion; active judge defense not because of the "activism" as such, but rather because of the inherent obligation of leading to "healthful" public policies accomplishment, and so determining the social policies accomplishment; priority on fighting corruption and crimes of the privileged groups protected by impunity, since these threaten democracy and the basis of Rule of Law.

Key words: development; sustaintability; social and enviromental responsibility; judicial power.

INTRODUCCIÓN

El aparente consenso existente en torno a la necesidad de construcción de una sociedad brasilera digna, justa y solidaria no sobrevive a los diferentes abordajes sobre el tema efectuados por organismos multilaterales como el Banco Mundial, por organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y por organizaciones

no gubernamentales, como el Instituto Socioambiental (ISA) en Brasil, sin contar las investigaciones realizadas en universidades brasileras y extranjeras. Además de distintos objetivos, el asunto permite enfoques diversos e implica la definición de prioridades que difieren conforme parten de premisas políticas distintas y marcos teóricos diferentes, que tienen en común apenas la preferencia por un análisis transdisciplinar.

El presente estudio se fundamenta en los conceptos de desarrollo y sostenibilidad, los cuales aportarán algunos de los presupuestos teórico-políticos que posibilitan el abordaje de la propuesta de un sistema judicial sostenible, que delinee premisas que permitan enriquecer las discusiones en torno de una justicia preparada para contribuir a la consecución de una sociedad digna, capaz de enfrentar los desafíos impuestos por el Tercer Milenio que acaba de comenzar.

MARCOS JURÍDICOS DEL DESARROLLO Y DE LA SOSTENIBILIDAD

Derecho internacional público

La Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, hace referencia en su artículo 26 al desarrollo progresivo, vinculándolo “a la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”¹.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos² asegura a todos los pueblos el derecho al desarrollo económico, social y cultural, advirtiendo en su artículo 1º, ítem 2, que “en ningún caso podrá un pueblo ser privado de sus propios medios de subsistencia”; el mismo texto es repetido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³.

Aunque el Pacto de Costa Rica, ya citado, se haya integrado al orden jurídico en 1992, estableció apenas en 1998, por medio del Decreto Legislativo Nº 89, la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana

¹ La Convención Americana de Derechos Humanos se celebró en 1969, entró en vigor en 1978 y, en Brasil, pasó a integrar el orden jurídico a partir de 1992 por medio del Decreto Legislativo Nº 27, del 26 de mayo de 1992. El texto integral puede ser consultado en: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>

² El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos data de 1966 y fue ratificado por medio del Decreto 592, del 6 de julio de 1992. El texto integral puede ser consultado en: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>

³ El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales data de 1966 y fue ratificado por Brasil por medio del Decreto Legislativo Nº 226 del 12 de diciembre de 1991. El texto integral puede ser consultado en: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>

de Derechos del Hombre para los casos de violación de los derechos humanos, entre ellos, el derecho al desarrollo.

Iniciativas aisladas sobre la degradación ambiental pueden fecharse en los años sesenta, pero el marco del derecho público internacional sobre este tema es la Conferencia sobre el Medio Ambiente, promovida por la ONU en Estocolmo en 1972⁴. En este mismo año, Dennis Meadows (1973) e investigadores del “Club de Roma” publicaron el estudio denominado *Límites del crecimiento*, en el cual advertían sobre el hecho de que si continuaban manteniéndose los niveles de degradación ambiental hasta ese momento existentes, en 100 años el desarrollo humano se vería comprometido.

Un año después, el canadiense Maurice Strong lanzó el concepto de ecodesarrollo⁵ cuyos principios fueron formulados por Ignacy Sachs. Sachs (1986) indica seis caminos para el desarrollo: satisfacción de las necesidades básicas; solidaridad con las generaciones futuras; participación de la población involucrada; preservación de los recursos naturales y del medio ambiente; elaboración de un sistema social que garantice el empleo, la seguridad social y el respeto por otras culturas, y programas de educación.

Según apunta Taís Martins (2008), otra importante contribución para la comprensión de las relaciones entre desarrollo y medio ambiente fue establecida por la Declaración de Cocoyok, de las Naciones Unidas, la cual determinó que la pobreza era la causante de la explosión demográfica que generaba la destrucción de recursos naturales, y relacionó esa misma destrucción con el alto patrón de consumo de los países ricos. Este documento fue complementado por el Informe Dag-Hammarskjöld, en el que se afirma que las potencias coloniales concentraron las mejores tierras de las colonias en manos de una minoría, forzando así a la población pobre a usar otros suelos, y promoviendo la devastación ambiental. Común a ambos informes es la exigencia de transformaciones en las estructuras de propiedad del campo y el rechazo a ésta por parte de los gobiernos de los países industrializados.

En diciembre de 1986 se aprobó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁶ que en su artículo 1^o establece: “El derecho al desarrollo es

⁴ La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, fechada en 1972, puede ser accesada en la dirección <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>.

⁵ Maurice Strong era director ejecutivo de PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y en 1973 propuso el concepto de ecodesarrollo, después ampliado por Ignacy Sachs. Para saber más al respecto, ver International Institute for Sustainable Development (IISD): <<http://iisd1.iisd.ca/>>. Consultado el 26 de junio de 2008.

⁶ La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo fue aprobada por la Resolución Nº 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de diciembre de 1986.

un derecho humano inalienable, en virtud del cual toda persona y todos los pueblos están habilitados para participar del desarrollo económico, social, cultural y político, para contribuir al mismo y disfrutar de él, en el cual todos los derechos humanos y libertades fundamentales puedan ser plenamente realizados”. La misma noción fue confirmada en la Conferencia de Viena en 1993, cuando fue aprobada consensualmente.

Poco tiempo después, la ONU publicó el documento intitulado *Nuestro futuro común*, resultado de los trabajos desarrollados por la Comisión Mundial de la ONU sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED), presidida por Gro Harlem Brundtland y Mansour Khalid, el cual define: “[D]esarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las propias necesidades de las generaciones futuras”. En este concepto se exteriorizó por primera vez la concepción de riesgo.

En 1992 se realizó en Río de Janeiro la ECO-92.⁷ Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en la cual fue editada la Agenda 21⁸ que procura construir un consenso en la actuación de los Estados en su búsqueda del desarrollo sostenible.⁹ Ambos documentos resaltan la necesidad del tratamiento conjunto de los problemas de desarrollo socioeconómico y medio ambiente.

Un año después, en 1993, se realizó en Viena la segunda gran Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la cual reafirmó en su artículo 10 lo que ya había constado en la Declaración de Irán, de 1968: el derecho al desarrollo es un derecho humano fundamental e inalienable. El documento persa de 25 años antes iba más allá de esto porque determinaba en el párrafo 13: “[L]os derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización plena de los derechos civiles y políticos sin el gozo de los derechos económicos, sociales y culturales, es imposible”. (Silva Júnior, 2008).

En el Cairo, en el año 1994, la Conferencia Internacional sobre población y desarrollo reafirmó el derecho al desarrollo como un derecho

⁷ Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), realizada entre el 3 y el 14 de junio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil. El texto integral puede ser consultado en: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>

⁸ Agenda 21 es el principal documento producido en la ECO-92. Se trata de un programa de acción que viabiliza un nuevo patrón de desarrollo ambiental racional. Éste concilia métodos de protección ambiental, justicia social y eficiencia económica. El documento en mención está estructurado en cuatro secciones subdivididas en un total de 40 capítulos temáticos.

⁹ La Agenda 21 consagró sobre el tema dos principios: “Principio 3º El derecho al desarrollo debe ser ejercido de modo tal que permita que sean atendidas equitativamente las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Principio 4º Para alcanzar el desarrollo sostenible, la protección ambiental debe ser una de las partes integrantes del proceso de desarrollo, y no puede ser considerada aislada del mismo”.

inalienable. A esta reunión siguió la del año 1995 en Copenhague –Reunión de la Cúpula de Copenhague para el Desarrollo Social–, la cual reiteró el concepto de desarrollo sostenible, abarcando con una estrategia integrada el desarrollo económico, social, ambiental y cultural.

De allá para acá se consolidó, por lo menos desde el punto de vista de los documentos internacionales, la visión de desarrollo como un concepto que debe ser integrado a las cuestiones socioeconómicas y culturales de los pueblos.

Marcos constitucionales nacionales

La Constitución Brasileira consagró en su artículo 1º, inciso III, la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho; definió la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria como objetivo fundamental de la República (artículo 3º, I); determinó el contenido de lo dispuesto en el artículo 170, que establece que el orden económico debe asegurar a todos una existencia digna, estableciendo el bienestar y la justicia social como objetivos del orden social, conforme a lo dispuesto claramente en el artículo 193, *caput*, y determinó que “todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, imponiéndosele al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”. Ese es el tono constante en su artículo 225.

Todas las disposiciones imponen a la sociedad como un todo, y al poder público en particular, directrices que deben orientar sus acciones, de forma tal que se logre alcanzar dignidad, justicia social, protección y defensa del medio ambiente para la generación presente y también para las que vendrán. Son principios que, a la luz de la moderna teoría constitucional, poseen juridicidad e imperatividad, aunque a veces sean relativizados por técnicas interpretativas como la reserva de lo posible y la ponderación.

También la Carta Magna estableció el ejecutivo, el legislativo y el judicial como poderes de la Unión (artículo 2º), atribuyó al Supremo Tribunal Federal la esencial guarda de la Constitución (artículo 102) y a los demás órganos del poder judicial les determinó el respeto a la Constitución, ejercido en los límites de las respectivas competencias constitucionalmente establecidas, incumbiéndoles de esta forma la tarea de concretarla.

Por lo expuesto, se observa que el desarrollo en su acepción más amplia, así como la dignidad humana, son objetivos prioritarios de la sociedad brasileira, y en esta condición deben ser perseguidos por las acciones gubernamentales, por la sociedad civil, y también por el poder judicial, a quien le cabe velar por el respeto y, consecuentemente, por la

observación de las normas constitucionales. Luchar por ellos no es, o no debería ser, una opción política, sino una obligación constitucional. Es en este contexto que el papel del sistema de justicia y del poder judicial específicamente, se torna esencial en la realización del llamado Estado democrático de derecho.

INDICADORES DE DESARROLLO Y SOSTENIBILIDAD

El concepto de desarrollo encuentra eco en la sociedad a partir de la obra de Rostow¹⁰ que “recuperando el darwinismo social, se basa en la idea de sucesión evolutiva de estadios, donde, tal cual como en la naturaleza, las sociedades humanas evolucionarían de formas inferiores a superiores. En esta hipótesis, se parte de un modelo de sociedad rudimentario que culmina en el modelo de civilización occidental industrializada de consumo, considerada única y universal” (Layarargues, 1997, p. 1).

Hasta los años setenta crecimiento y desarrollo eran generalmente entendidos como términos correlativos. Mas, desde segunda la mitad de la década de los setenta se inició, como puede percibirse a partir de los diferentes documentos internacionales, la construcción de un concepto más amplio de desarrollo que tiene en cuenta no sólo los índices económicos sino otras variables sociales, como el nivel educativo, la tasa de natalidad y mortalidad infantil y la confianza en las instituciones públicas, entre otras. De esta acción se partió para una concepción de desarrollo sostenible como un proceso multidisciplinar integrado: económico, social, ambiental y cultural.

Aunque muchas veces las diferencias sociales y económicas entre países en diferentes estadios de desarrollo sean fácilmente perceptibles, medirlas no es una tarea fácil. La falta de indicadores confiables puede dificultar o impedir la verificación del efectivo cumplimiento de los objetivos de la sociedad brasilera en la actuación individual o conjunta de sus actores, públicos o privados.

Para superar esa dificultad se escogen variables, se crean patrones y se construyen índices, por medio de los cuales se pueden establecer comparaciones seguras entre distintos países. La proposición y construcción de esos índices, pese a todo, se derivan de opciones políticas, que quedan camufladas bajo los resultados estadísticos y fríos, frecuentemente presentados como absolutos por los indicadores utilizados.

Es en este proceso que la complejidad socioeconómica de diferentes países desaparece, presentándose en su lugar los resultados

¹⁰ Rostow, W.W. *Etapas do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Zahar. 1971.

individuales de su Producto Interno Bruto (PIB), índice que expresa económicamente la suma de todos los bienes y servicios finales producidos en una determinada región, durante un período determinado, y usado frecuentemente como una medida de bienestar material, razón por la cual se acostumbra apuntar políticamente sus cifras como índice de crecimiento de un país. En cuanto índice económico es, resáltese, inapropiado para expresar las condiciones sociales en que vive un determinado pueblo. A pesar de ello, continúa siendo utilizado para evaluar el grado de desarrollo de un país, reduciendo este concepto a una perspectiva económica, distante de la concepción integral definida por la ONU.

Las limitaciones de este parámetro vienen pidiendo su sustitución por índices más completos, en busca de una fórmula que sea capaz de traducir la realidad socioeconómica de un país en números, considerando variables más amplias que superen las restricciones del análisis meramente económico. Con esta finalidad fueron propuestos el IDH (Índice de Desarrollo Humano); el coeficiente de Gini; el IBES (Índice de Bienestar Social Económico Sostenible o Index of Sustainable Welfare –ISEW–), propuesto por Herman Daly y John Cobb para medir una medida de bienestar agregado, donde el flujo de productos y servicios provenientes de todas las fuentes, y no sólo del conjunto de actividades que delimitan la frontera de producción, se muestra relevante para el bienestar económico de una nación; y la versión más actual de éste, denominada IPG (Índice de Progreso Genuino), por el momento es utilizada en pequeña escala.

Un importante indicador que se presta para calcular la desigualdad en la distribución de la renta es el coeficiente de Gini, creado en 1912 por el italiano Conrado Gini. Éste consiste en un número entre 0 y 1, donde 0 corresponde a la completa igualdad de la renta (todos tienen la misma) y 1 corresponde a la completa desigualdad (una persona tiene toda la renta, y las demás no tienen nada). El índice de Gini es el coeficiente expresado en puntos porcentuales, y es igual al coeficiente multiplicado por 100.

La ONU, consciente de las deficiencias del análisis basado en el PIB, pasó a adoptar el IDH, Índice de Desarrollo Humano, desarrollado por Mahbub ul Haq¹¹ con la colaboración de Amartya

¹¹ Mahbul ul Haq nació en 1934 y falleció en 1998. Fue un influyente y renombrado economista paquistaní, uno de los que desarrolló la Teoría del Desarrollo Humano. Formuló junto con Amartya Sen el Índice de Desarrollo Humano (IDH), uno de los más influyentes índices, que ha sido usado por la ONU desde los años noventa para medir el grado de desarrollo humano de un país. Disponible en <http://hdr.undp.org>

Sen¹², premio Nobel de economía. El IDH propugna por un concepto de desarrollo humano resultante de la combinación de tres dimensiones: longevidad, educación y renta, medido en PIB per cápita y expresado en dólares –PPC (paridad del poder de compra)–.

Esos indicadores tienen en común el hecho de tener en cuenta para su composición variables sociales y económicas que, combinadas de manera peculiar por cada indicador, buscan traducir objetivamente la realidad socioeconómica de un país, como también su grado de desarrollo, de forma tal que permiten análisis comparativos “seguros”. Cada indicador refleja una concepción específica de desarrollo que debería estar en consonancia con la noción de desarrollo sostenible, mas eso no ocurre por diversas razones: en primer lugar, el concepto es abierto y no hay una fórmula mágica que pueda expresarlo; en segundo lugar, la complejidad social es difícil de ser expresada en índices numéricos; por último, las variables que componen un índice expresan una concepción predeterminada de desarrollo que puede enmascarar determinados resultados positivos y fortalecer otros negativos, contaminando el resultado final.

De hecho, aunque más abarcentes que el PIB, los otros índices ya citados, además del propio IDH utilizado por la ONU, son parámetros todavía incapaces de captar los movimientos en torno de lo que el informe Brauntland definió como desarrollo sostenible, porque son inaplicables para medir el grado de protección ambiental y preservación de los recursos naturales no renovables, requisitos implícitos en el concepto que trata sobre la necesidad de preservar el futuro de ésta y de las próximas generaciones; incapaces de expresar el costo social de la pobreza; e ineficientes para definir políticas públicas volcadas a la realización de las directrices constitucionales brasileras de una sociedad libre, justa y solidaria.

NUEVOS PARADIGMAS PARA LA SOSTENIBILIDAD

Basados en diferentes combinaciones de los aspectos económico, social, ambiental y cultural, presupuestos del concepto de desarrollo sostenible, hay diferentes movimientos que desde los años setenta propugnan por una transformación social asentada sobre paradigmas no dominantes, que tienen en común el hecho de ser contrarios a la

¹² Amartya Sen es un economista hindú nacido en 1933, ganador del premio Nobel de economía de 1998 por su contribución a la teoría de la decisión y del *welfare state*. Su mayor contribución es mostrar que el desarrollo de un país está esencialmente ligado a las oportunidades que éste ofrece a la población para hacer elecciones y ejercer su ciudadanía. Y eso incluye no sólo la garantía de los derechos sociales básicos, como salud y educación, sino también seguridad, libertad, habitabilidad y cultura.

noción todavía hegemónica de desarrollo asociado directamente al crecimiento económico y al aumento del consumo. Aunque no esté disponible un parámetro numérico aceptado en escala amplia para indicar el proceso desarrollista buscado por esos movimientos, todos se oponen al crecimiento económico como patrón de desarrollo, recusan la concepción de desarrollo social expresada por el IDH y buscan la sostenibilidad. Análisis sociales más recientes enfatizan también la tecnología y la información como elementos que tienen el potencial de cambiar la sociedad moderna.

En este campo se puede incluir el ecodesarrollo (Sachs, 1986), la ecología profunda¹³ (Naess) y el socio ambientalismo¹⁴ (Souza Filho, 2002), los cuales dividen la tentativa de explicar los movimientos de la sociedad en el siglo XXI con la llamada modernidad reflexiva (Giddens, Beck, Lash, 1997), la sociedad de riesgo (Beck, 1992), posmodernidad (Santos, 2005), modernidad líquida (Bauman, 2001), entre otros.

Desarrollo sostenible y sostenibilidad pueden ser conceptos análogos, mas no son sinónimos. El desarrollo sostenible fue traducido de forma simple y brillante en el informe coordinado por Gro Bruntland¹⁵ como aquel “que atiende a las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la posibilidad de las generaciones futuras de atender sus propias necesidades”. Es un concepto bastante amplio y abierto que ha sido muy utilizado en las acciones volcadas a la necesidad de la protección ambiental y la preservación de los recursos naturales. La sostenibilidad adjetiva, cualifica el concepto que en este contexto asumirá diferentes fases conforme a la definición que se adopte.

Sachs, buscando explicar el ecodesarrollo, describe cinco dimensiones para la sostenibilidad: social, económica, ecológica, espacial y cultural. Cada una de esas dimensiones contiene acciones que se vuelcan a la realización del bienestar de los pueblos. La combinación de esas dimensiones permite explicar varios movimientos que buscan comprender “nuestro tiempo” y construir el “tiempo futuro”.

El socioambientalismo surgió en Brasil, aproximadamente en la década de los ochenta, a partir de las articulaciones políticas entre los movimientos sociales y ambientalistas, hechas posibles debido al proceso de democratización del país en el inicio de aquella década. Según relata Juliana Santilli,

¹³ Para entender más sobre ecología profunda, ver <http://www.deepecology.org/movement.htm>

¹⁴ Para entender más sobre socioambientalismo, ver SANTILLI, Juliana (2005).

¹⁵ El informe Bruntland es el documento intitulado *Nuestro futuro común*, publicado en 1987 y coordinado por la entonces primer ministra de Noruega, Gro Harlem Brundland, que presidió la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU.

se desarrolló con base en la concepción de que, en un país pobre y con tantas desigualdades sociales, un nuevo paradigma de desarrollo debe promover no sólo la sostenibilidad estrictamente ambiental –o sea, la sostenibilidad de especies, ecosistemas y procesos ecológicos– sino también la sostenibilidad social, o sea, debe contribuir también a la reducción de la pobreza y de las desigualdades sociales y promover valores como justicia social y equidad. Además de ello, el nuevo paradigma de desarrollo, preconizado por el socio ambientalismo, debe promover y valorizar la diversidad cultural y la consolidación del proceso democrático en el país, con amplia participación social en la gestión ambiental (Santilli, 2005, p. 34).

Y sigue afirmando que

el socioambientalismo nació, por lo tanto, basado en el presupuesto de que las políticas públicas ambientales sólo tendrían eficacia social y sostenibilidad política si incluyesen a las comunidades locales y promoviesen una repartición socialmente justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales (2005, p. 35).

Este movimiento busca conciliar las dimensiones de sostenibilidad de las que habla Sachs, defendiendo la necesidad de construir un modelo de desarrollo que preserve los recursos naturales, proteja el medio ambiente, garantice la diversidad cultural, asegure los derechos de las llamadas minorías, promueva y distribuya justicia social, posibilite condiciones de vida digna, promueva valores democráticos y fortalezca la ciudadanía.

Paradójicamente, el modelo propugnado parece ser al mismo tiempo ideal y, por tanto, inalcanzable, y universal, pero no es ni una cosa ni la otra. El desarrollo socioambiental tiene objetivos interconectados, de manera que la realización de uno facilita el alcance de otro, y así sucesivamente. Esos objetivos demandan metas y acciones que la sociedad debe buscar, definiéndose en esa búsqueda prioridades, como sucede con cualquier proyecto de acción volcado a un objetivo específico.

Tampoco corresponde a un valor universal porque invierte, cuando es necesario, la lógica económica que guía los modelos de desarrollo hegemónicos, priorizando las dimensiones ecológica y social, necesarias para la preservación de la vida digna, lo que implica el reconocimiento de dos prioridades: preservación de los recursos naturales, sin los cuales la vida sería limitada, y realización de la dignidad humana, vista desde una perspectiva más amplia que supere la noción tradicional de dignidad como un atributo individual.

El término “socioambiental” no está consagrado en la Constitución; sin embargo, la previsión constitucional de construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, fundada en la dignidad humana

y sustentada en la preservación ambiental, permite inequívocamente vislumbrarlo. La tutela de los derechos socioambientales, al contrario, tiene un claro refugio constitucional expresado en la obligatoriedad del poder público de proteger el patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 23), la cultura y sus manifestaciones (art. 215), el medio ambiente (art. 225) y la organización social indígena (art. 231), entre otros. Esa tutela se vuelca a la protección de los llamados bienes socioambientales, definidos por Carlos Marés de Souza Filho como

todos aquellos que adquieren esencialidad para el mantenimiento de la vida de todas las especies (biodiversidad) y de todas las culturas humanas (sociodiversidad). Así, los bienes ambientales pueden ser naturales o culturales, o podemos decir mejor, la razón de la preservación ha de ser predominantemente natural o cultural si tiene como finalidad la bio o la sociodiversidad, o ambas, en una interacción necesaria entre el ser humano y el ambiente en que vive (2002, p. 38).

Para la comprensión exacta de lo que son los derechos socioambientales, advierte Souza Filho, es necesario partir del concepto de derechos colectivos, inscrito en la Constitución. Entre tanto, para la comprensión de los derechos colectivos, la lectura de la Constitución no es suficiente, es necesario entenderlos cotejándolos con el derecho individual, porque la Constitución reconoció la existencia de derechos colectivos al lado de los individuales, esto es, no los excluyó ni abolió. De la misma manera, desde el punto de vista jurídico, esto es una ruptura con la modernidad que apenas concebía derechos individuales, material o inmaterialmente apropiables y un patrimonio individual económicamente valorable. Los derechos colectivos, contrariando este fundamento de la modernidad, no son valorables económicamente ni pueden ser asimilados a un patrimonio individual.

DIRECTRICES PARA UN SISTEMA JUDICIAL EFICAZ EN UNA SOCIEDAD SOCIOAMBIENTALMENTE DESARROLLADA

La percepción de ineficacia estructural del sistema jurídico no es una exclusividad brasilera, y son varios los factores apuntados: culturales, económicos, sociales, jurídicos, entre otros. La novedad en Brasil la constituyen las propuestas para transformar esa realidad, algunas de las cuales aún están en discusión, mientras otras ya fueron aprobadas, implantadas o están en fase de implantación. Común a esas reformas es el propósito aparente de cambiar el sistema judicial para tornarlo más ágil, transparente, democrático, justo, “moderno”. Una modernidad, a veces tardía, en épocas de posmodernidad, pero igualmente bienvenida.

Ya suman decenas los cambios en el sistema judicial brasileiro, entre ellos aquellos determinados por la Enmienda Constitucional N 45; varias alteraciones en la legislación procesal buscan principalmente acelerar la justicia, y algunas iniciativas volcadas a la modernización de la gestión de órganos del poder judicial. Las discusiones sobre las transformaciones en el sistema judicial son complejas, afectan a todos, involucran varios órganos, múltiples y diversos intereses, e implican definiciones acerca del papel de cada poder en la realización del Estado democrático de derecho. Que ocurran, depende de alguna legitimación social y exige un determinado consenso entre los miembros de los tres poderes, normalmente sólo alcanzado en torno a ideas generales como eficiencia, modernización, democratización, etc.

El poder judicial en Brasil aún carece de una planeación propia que lo contextualice, esclarezca su foco, objetivos y metas por ser alcanzadas. Al contrario, lo que se verifica son iniciativas, más o menos fundamentadas, partiendo de los poderes del Estado, de la sociedad civil organizada o de grupos que defienden intereses específicos para la actuación del sistema judicial. La falta de una acción coordinada hace que se pierda energía, tiempo, dinero y esperanza en la solución de problemas que puedan fortalecer a la justicia ante la sociedad brasileira. La falta de planeación, pese a todo, no significa necesariamente incapacidad para pensarlo, pudiendo reflejar la ausencia de un consenso mínimo en torno a los cambios o el desinterés en modificar determinado estado de cosas. Sea como fuera, la ausencia de planeación y metas y la indefinición en cuanto a las acciones a corto, mediano y largo plazo contribuyen al mantenimiento del *statu quo* y dificultan la construcción de una justicia socioambientalmente responsable, tanto más cuanto que ni siquiera discute las premisas sobre las cuales ella misma estaría asentada.

Si por un lado existe indefinición, por otro la propia Constitución ya fijó los objetivos y metas para la sociedad brasileira, y esos son los puntos que deben guiar la planeación y las acciones para la efectiva reforma del sistema judicial. Por determinación constitucional, Brasil es un Estado democrático, fundado en la dignidad de la persona humana, que objetiva la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, en un ambiente ecológicamente equilibrado, preservado para las presentes y futuras generaciones. La concreción de este modelo debe orientar el comportamiento del poder público y de los particulares. No es otro el rumbo apuntado por Marcio Santilli cuando afirma:

el socioambientalismo es una invención brasileira, sin paralelo en el ambientalismo internacional, que indica precisamente el rumbo para integrar políticas sectoriales, sus perspectivas y actores, en un proyecto de Brasil que tenga su cara y pueda, por ello mismo, ser políticamente sustentado (Santilli, 2008).

En ese contexto, la actuación del poder judicial en la defensa y protección de los derechos socioambientales deja de ser sólo una cuestión política para convertirse en un deber de este poder con toda la sociedad brasilera, y es en este marco que debe inscribirse la preocupación por las reformas del sistema judicial en Brasil.

La concreción de los derechos socioambientales no depende exclusivamente de la buena voluntad, sino de la planeación integrada volcada a su realización y de opciones claras para las cuales la Constitución presenta una base legal. La tarea es más difícil porque la concreción de los derechos socioambientales contraría la lógica jurídica dominante en el delineamiento de los conflictos de esta naturaleza. Veamos:

La sociedad aún cree que desarrollo y crecimiento económico tienen la misma raíz, mientras que el socioambientalismo desvincula los dos conceptos, relacionando el desarrollo con la distribución de las riquezas y la realización de la justicia social.

Los conflictos jurídicos son únicamente tratados por el derecho y su solución está basada en una lógica patrimonial. Los derechos socioambientales no son apropiados a un patrimonio individual porque son bienes que aprovecha toda la sociedad y tampoco pueden ser valorados económicamente.

Los bienes socioambientales pueden ser materiales o inmateriales, tangibles o intangibles, en tanto la dogmática tradicional protege bienes materiales tangibles, siendo aún bastante rara la protección de bienes inmateriales, pero de igual manera en esos casos la respuesta jurídica depende de una valoración económica.

El socioambientalismo sostiene que la función socioambiental de la propiedad debe condicionarla, al contrario de la dogmática tradicional que todavía considera la propiedad como un derecho privado restringible por su función social.

La Constitución reconoce la tutela de derechos difusos, colectivos o individuales, pero restringe la legitimidad para la acción en la protección de los bienes socioambientales, así como rechaza la posibilidad de convertir a la naturaleza misma en sujeto de derechos, propuesta que viene siendo discutida por primera vez en la Constituyente ecuatoriana.

Propuestas para un sistema judicial sostenible

El socioambientalismo presupone la ruptura de un paradigma de desarrollo, hegemónico en las sociedades occidentales modernas, y propugna por un nuevo modelo más próximo al que se viene

denominando desarrollo sostenible, aunque ambos partan de premisas distintas: el desarrollo sostenible cree que es posible mantener el patrón de crecimiento y distribuirlo a los países más pobres, los cuales tendrían un piso de consumo material que les garantizaría progresivamente el alcance de la ciudadanía; el socioambientalismo, al contrario, propone una ruptura con el modelo que asocia desarrollo a crecimiento y considera que la sociedad socioambientalmente responsable depende de que se establezcan otras relaciones fuera del patrón de consumo vigente que garanticen la protección de la naturaleza, el mantenimiento y recuperación de los recursos naturales y la revisión del concepto de propiedad.

En este contexto, la sociedad socioambientalmente responsable impone reformas al poder judicial definidas por una planeación que contempla preocupaciones socioambientales, para que se pueda avanzar hacia su concreción. Estas propuestas están en consonancia con una o varias de las dimensiones del ecodesarrollo, conforme a lo defendido por Ignacy Sachs, y consisten en lo siguiente:

- a) planeación de corto, mediano y largo plazos, fijación de objetivos, establecimiento de metas, definición de acciones y evaluación continua de su cumplimiento, en consonancia con las propuestas socioambientales;
- b) prioridad en la realización de políticas públicas, las cuales condicionen los intereses privados;
- c) atención a diferentes conceptos de justicia y búsqueda de la justicia social;
- d) protección ambiental y preservación de los recursos naturales;
- e) reconocimiento y tutela de bienes no valorables económicamente;
- f) énfasis en la protección de derechos colectivos indivisibles;
- g) prioridad de la función social y pública de la propiedad cuando ésta sea opuesta al interés privado existente sobre ella;
- h) reconocimiento del pluralismo jurídico;
- i) fortalecimiento de una democracia que trascienda los valores básicos de la representatividad y de las reglas de la mayoría;
- j) defensa del juez activo, no por el activismo en sí, sino, sobre todo, por la obligación que tiene de obligar a la realización de políticas públicas “saludables” y de determinar la realización de políticas sociales, en detrimento de la atención de intereses individuales;
- k) prioridad en el combate a la corrupción y a los crímenes de cuello blanco porque estos destruyen la democracia y la base del Estado de derecho.

Estos son los parámetros que deben orientar una reforma del poder judicial, capaces de hacerlo apto para enfrentar los desafíos de una sociedad socioambientalmente responsable y solidaria. Su desarrollo e implementación dependen de las condiciones políticas, sociales y económicas en cada Estado; pero esas directrices deben ser mantenidas como forma de alcanzar un sistema judicial apropiado para enfrentar los desafíos impuestos por la sociedad ahora pulsante.

CONSIDERACIONES FINALES

La noción hegemónica de desarrollo vinculado al factor del crecimiento económico viene siendo cuestionada por el llamado desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible reúne prioritariamente las dimensiones social y económica de la sostenibilidad, aunque no excluye las demás dimensiones. El socioambientalismo presupone la sostenibilidad y propugna un nuevo modo de organización social que cuestiona algunos de los postulados del desarrollo sostenible, especialmente el patrón de consumo, la forma de protección y titularidad de los recursos naturales y la noción de propiedad, en sus diferentes aspectos.

La determinación constitucional de búsqueda de una sociedad digna, justa y solidaria impone al poder público el deber de realizar políticas públicas y acciones volcadas a su concreción. El sistema jurídico tiene un importante papel que cumplir para hacer efectivo este nuevo modelo de sociedad; sin embargo, para que pueda asumir ese papel debe priorizar en su reforma mecanismos que tengan en cuenta por lo menos algunos de los siguientes aspectos: consideraciones de diferentes concepciones de justicia y búsqueda de la justicia social; protección ambiental y preservación de los recursos naturales; efectividad de los derechos humanos; reconocimiento y protección de bienes no susceptibles de valor económico; énfasis en la protección de los derechos colectivos indivisibles; prioridad a la función social y pública de la propiedad cuando ésta se oponga al interés privado existente sobre ella; reconocimiento y afirmación del pluralismo jurídico; fortalecimiento de una democracia que trascienda los valores básicos de la concepción representativa; defensa del juez activo, no por el activismo en sí mismo, sino por la obligación que tiene de exigir la realización de políticas públicas saludables y de determinar la realización de políticas sociales; prioridad en el combate contra la corrupción y los crímenes protegidos por la impunidad de los grupos privilegiados, porque estos colocan en riesgo la democracia y el Estado de derecho. Estas son las condiciones para que el poder judicial asuma el protagonismo que la sociedad brasilera le exige en la consecución de una sociedad más solidaria, digna y justa.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BECK, Ulrich. *Risk society: Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.
- CAVALCANTI, Clóvis (org). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Cortez Editora, 1995.
- CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanzola. "Socioambientalismo e justiça ambiental como paradigma para o sistema jurídico-ambiental: estratégia de proteção da sóciobiodiversidade no tratamento dos conflitos jurídico-ambientais". In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 40, 30/04/2007 [Internet]. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1736. (Consultado el 26 de junio de 2008).
- DEEP ECOLOGY. <http://www.deepecology.org/movement.htm>
- GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Almanaque Brasil Socioambiental*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- LAYRARGUES, Philippe Pomier. "Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito". In: *Proposta*. Rio de Janeiro: FASE, nº 71, p. 5- 10, 1997.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "Introdução ao Direito Socioambiental". Em LIMA, André (Org.). *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- MARTINS, Taís. "O conceito de desenvolvimento sustentável e seu contexto histórico: algumas considerações". Jus Navigandi, Teresina, año 8, n. 382, 24 jul. 2004. En: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5490>. (Consultado el 26 de junio de 2008).
- MEADOWS, Dennis L.; MEADOWS, Donella H.; RANDERS, J. & BEHRENS, William W. *Limites do crescimento - um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1973.
- SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

- SANTILLI, Márcio. “Transversalidade” na corda bamba. Disponible en: <http://www.socioambiental.org/esp/novogov/index.shtm>. (Consultado el 26 de junio de 2008).
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10 ed. São Paulo, Cortez, 2005.
- SILVA JÚNIOR, Ivanaldo Soares da. “Do desenvolvimento humano ao desenvolvimento sustentável: análise dos conteúdos jurídicos e filosóficos dos conceitos do direito ao desenvolvimento e do direito do desenvolvimento”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2493>. (Consultado el 26 de junio de 2008).
- WCED, *Our Common Future*. World Commission on Environment and Development, Oxford: Oxford, University Press, 1987.

Derecho a ser pueblo

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO*



Los Estados latinoamericanos se constituyeron en el inicio del siglo XIX, adoptando los principios de la modernidad, bajo el ideario de la Revolución Francesa, sin resolver los problemas con las poblaciones preexistentes a la ocupación europea. El presente trabajo estudia la situación de esta difícil relación entre Estado moderno y poblaciones indígenas, tomando como base la situación brasileña. De hecho, a finales del siglo XX, las constituciones de América Latina, no sólo la brasileña, pasaron a reconocer a los indígenas el derecho de ser pueblo.

Palabras clave: Estado moderno; derechos indígenas; pueblo; propiedad de la tierra.



Adopting the principles of modernity related to the French Revolution imagery, and without solving the problems with the preexisting populations to the European occupation, the Latin American States were constituted early in the XIXth century. The present study examines the status of this difficult relation between modern State and indigenous populations, based on the Brazilian situation. In fact, at the end of XXth century, the constitutions of Latin America -not only the Brazilian constitution- recognized the natives the right of being a people.

Key words: modern State; indigenous rights; people; property of land.

* Carlos Frederico Marés de Souza Filho es Profesor de Derecho Socioambiental del Programa de Maestría y Doctorado de la PUC-PR. Doctor en Derecho del Estado, fue Secretario de Cultura de Curitiba, Procurador General del Estado de Paraná, Presidente de la FUNAI (Fundación Nacional del Indio), Procurador General del INCRA (Instituto de Colonización y Reforma Agraria) y Presidente del BRDE (Banco Regional de Desarrollo del Extremo Sur). Actualmente es Procurador General del Estado de Paraná. Miembro del Consejo Director del ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos) – Bogotá y del ISA (Instituto Socio-ambiental) – San Pablo. Miembro del Consejo del Patrimonio Histórico y Artístico de Paraná.

INTRODUCCIÓN

Dos conceptos filosóficos han sido elevados por la modernidad a la categoría de derechos básicos: la igualdad y la libertad. Como conceptos, ambos son lo suficientemente vagos para unificar el discurso y, al mismo tiempo, servir de crítica al antiguo régimen que estaba enmarcado por la desigualdad y por la falta de libertad, especialmente en la producción de riqueza excedente para que la sociedad pudiese proveer las necesidades de sus miembros. Desde el final de la Edad Media, las sociedades europeas comenzaron a organizarse para aplaudir al hombre libre al mismo tiempo que lo obligaban a contratarse en un trabajo. Este aplauso y obligación están claros en la llamada ley de “sesmarías” de 1375, en Portugal, en la cual D. Fernando exigía que toda tierra fuese trabajada y que todo hombre libre trabajase (Rau, 1982). El trabajo productivo que es aquel que genera excedente para sí y, principalmente, para otro, sería aquello que haría a los hombres iguales.

Las constituciones del inicio del siglo XIX –que organizaron los Estados europeos (y latinoamericanos)– definieron la libertad y la igualdad como derechos estructurantes del Estado; al lado de ellos, la propiedad y la seguridad.

Es fácil entender que si todos son iguales y libres, cada uno es soberano de su voluntad. Esta discusión de la soberanía de la voluntad individual fue un hervidero teológico-jurídico de gran repercusión para la construcción de la modernidad. En esta discusión no estaban en juego sólo la servidumbre y el vasallaje, sino el propio pecado y las gracias divinas, sustituidos por el libre arbitrio, el purgatorio y otros “nuevos” conceptos religiosos. Está claro que para que hubiese de hecho igualdad y libertad, cada una de las decisiones de cada quien tendría que fundarse en la razón y no en la superstición, el miedo o la emoción. En este caldo preciso de lógica deductiva y racionalista, el individuo sobresale de la colectividad y se torna señor absoluto de sus actos y voluntades, solamente limitado por los actos y voluntades del soberano más próximo: el otro individuo, conforme a un acuerdo previo. A esta limitación de la voluntad propia ante el colectivo y el vecino, la modernidad la denominó *contrato social* y, poco a poco, adquirió el nombre de *ley*. Quedó aún, para las relaciones individuales, el contrato individual, especialmente el contrato por el cual un hombre entrega el producto de su trabajo (su propiedad) a otro (Locke, 1994).

Libertad e igualdad, ancladas en el racionalismo filosófico, generaron la necesidad de una sociedad contractual, esto es, jurídica, estructurada en leyes. Así, el contrato es un encuentro de voluntades libres que disponen sobre los bienes de su propiedad (transformados por su acción), por lo que, al lado de la libertad y la igualdad, el sistema anexo

es la propiedad. Tal vez lo más correcto sería decir que para construir el concepto de propiedad moderna fueron indispensables los de libertad e igualdad. De cualquier forma, estas tres expresiones, que entran de diferentes modos en el sistema jurídico nacido en la modernidad, están fundamentadas en el individualismo y en el racionalismo, lo cual explica la búsqueda casi enfermiza de una razón pura del derecho y de las leyes y, consecuentemente, del contrato.

La modernidad, por lo tanto, elevó estos tres principios a la categoría de derechos y, cuando el nombre de constitución fue dado al contrato social, fue cuestión de inscribirlos en ella por encima de cualquier otra prioridad. En los textos constitucionales de la modernidad, el Estado es creado para proteger los derechos de libertad, igualdad y propiedad, agregando a ellos la seguridad, que no es nada más que la certeza de que los tres primeros serán garantizados por el poder de policía del propio Estado¹.

El corolario de la aplicación de estos tres derechos en la vida de las sociedades es la razón individualista: si todos son iguales, cada uno debe ser soberano en sí; si todos son libres, la voluntad colectiva solamente puede ser la suma de la voluntad de cada uno; si todos pueden ser propietarios, cada uno tiene su propiedad exclusiva, lo que significa, con la exclusión de todos los otros. El corolario de este corolario dice algo respecto a las cosas: las cosas también tienen que ser individualizadas, es decir, conocidas, delimitadas, demarcadas, para que cada uno sepa lo que es suyo y cada otro sepa de lo que está excluido. Con esto queda delimitado el contrato, sus sujetos y su objeto.

En un mundo donde existen apenas individuos y no colectivos, donde las relaciones son siempre contractuales, es decir, expresión libre de la voluntad en la búsqueda de intereses racionales y están marcadas por obligaciones y derechos de igual grandeza, los pueblos que se relacionan movidos por la emoción y la lectura de los fenómenos naturales, que muy lejos de contraer una obligación previa por el contrato acreditan que tienen la obligación de la dádiva, evidentemente no pueden subsistir. En este mismo mundo de cosas concretas y delimitadas, de bienes, de mercaderías, los animales sueltos, al contrario de los hombres libres, no tienen ningún uso ni utilidad, las plantas que no se dejan domesticar tampoco y aun menos los minerales sin valor de cambio. Todos habrían de ser considerados inútiles y nocivos. Así, en el Estado moderno no tienen utilidad teórica ni práctica

¹ Es particularmente interesante leer la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, artículos 1º y 2º, y la *Constitución del año I* (1793): "El gobierno existe para garantizar al hombre el gozo de sus derechos naturales e imprescriptibles. Esos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad" (arts. 1º y 2º).

las sociedades, pueblos y poblaciones colectivas (tradicionales) ni la naturaleza.

LA PRECOZ MODERNIDAD DE AMÉRICA LATINA

Mientras Europa, en los trescientos años de creación de la teoría y de la práctica de la modernidad, estaba bajo fuerte influencia y comando de la naciente burguesía y del capital cada vez más acumulado en los centros urbanos, América Latina vivía la pesadilla colonial. Los pueblos de América estaban siendo expoliados, despojados, robados, saqueados, exactamente para sustentar la acumulación capitalista de Europa. No se vivía en este continente ninguno de los preceptos o ejes teóricos de la modernidad; la mayoría de la población continuaba viviendo integrada a la naturaleza y utilizando su conocimiento para suplir sus necesidades, y el trabajo no tenía más valor que el ocio ni la propiedad requería ser estrictamente regulada. Los nuevos ocupantes o invasores, los europeos, tampoco aplicaban los principios de la modernidad, ya que la base de la producción era esclava: el trabajo libre prácticamente no existía y la sociedad estaba lejos de preocuparse por la satisfacción de las necesidades de todos. Había entonces una profunda, aunque negada, diversidad cultural. Traídos en los sótanos de navíos negreros directamente del África, los esclavos aumentaron aun más esa diversidad. Todos estos pueblos, originarios o traídos a la fuerza, estaban muy lejos de pensar en un contrato social para constituir lo que vendría a llamarse Estado nacional.

A pesar de eso, en el mismo momento en que en Europa se constituían Estados nacionales burgueses, América Latina, aún en bases típicamente coloniales, la copiaba. Los Estados nacionales latinoamericanos se constituyeron con el contrato social para algunos, es decir, la elite blanca y rica. Esto significó que las viejas estructuras coloniales se mantuvieron, como por ejemplo, la dificultad de acceso a la tierra para quien efectivamente la trabajaba. La tierra era medio de producción y reproducción del capital, no espacio de trabajo y vida para quien producía por cuenta propia, una aplicación más del consecuente ideario de Wakefield². Los indios no podían tener derechos, ni tampoco los esclavos que habían huido, ni los ex esclavos, ni los hombres libres pobres, todos estaban convocados por las leyes y por la tiranía para ser “trabajadores libres” a sueldo. Los que aceptaban estarían bajo la protección de las “dulces, justas y humanas” leyes del reino, como

² Edward Wakefield, economista inglés, defendía la teoría del precio suficiente, que consistía en atribuir un valor a las tierras públicas suficientemente elevado para desestimular a los más pobres a comprarlas, y así obligarlos a vender su fuerza de trabajo a la agricultura establecida.

decía D. Juan. Para los otros, la “barbarie”: ni igualdad, ni libertad, ni seguridad ni mucho menos propiedad. Además, sin propiedad, ¿para qué servirían los otros derechos? Exactamente por eso es que las tierras de los indígenas, que no eran propiedades, estaban disponibles para que el Estado las vendiese a “precio suficiente y justo”.

Las promesas de la modernidad de libertad e igualdad para todos ya estaban distorsionadas en Europa en el inicio del siglo XIX. Y para distorsionarlas no fue necesaria una nueva teoría, sino apenas leyes. La primera y más importante traición fue justamente en relación con la tierra. En la teoría fundadora no había necesidad de que la tierra fuese objeto del derecho individual de propiedad. La tierra, para Locke, era abundante y cada uno podría tomarla para producir. La propiedad era fruto del trabajo, por lo que se establecía sobre los frutos de la tierra mediados por el trabajo. El contrato legitimaría la transferencia de la propiedad del productor al contratante. El derecho a la tierra existiría apenas y en tanto hubiese uso productivo. Poco tiempo después de que Locke formulara la teoría de la propiedad legítima como el resultado de un contrato entre hombres libres que producen las cosas con el trabajo, tanto en Inglaterra como en Portugal, los que acumulaban el resultado del trabajo libre contratado comenzaron a titularse propietarios de las tierras con la autorización del Estado. Cercaron tierras comunes y las “mejoraron”, es decir, expulsaron la naturaleza y a todos los seres vivos inútiles, incluyendo a los seres humanos que no fuesen individuos trabajadores bajo contrato en Europa, o bajo servidumbre en América. Poco a poco, esta posesión de la tierra que producía propiedad de los frutos pasó a ser también propiedad, aunque no produjese. La tierra podía generar renta independientemente de la inversión de capital, además de ser garantía para los capitales financieros. Para eso era necesario que fuese propiedad absoluta (es decir, absolutamente disponible). Los capitales financieros no tenían tierra para producir sino para especular, y especulación no es trabajo. La tierra se transformo en propiedad privada sin teoría, apenas con la ley y con la fuerza del Estado constituido.

Así, el Código Civil Napoleónico, sin teoría y sin alarde, trata la propiedad inmobiliaria como si fuese el principio más natural de la modernidad. En general, no sólo divide la propiedad en mueble e inmueble, como si fuesen categorías preexistentes e incuestionables, sino que también presenta la mueble casi como una excepción. La modernidad fue traicionada por la ley.

Pero eso fue apenas el comienzo. La decantada libertad inventada en el siglo XVIII (Starobinsk, 1994) no haría a los hombres felices como imaginaba Voltaire, sino que, al contrario, establecería el

imperio del hambre y la miseria en condiciones aun más terribles que en los tiempos de los reyes. Si eso sucedía en la patria de la invención, más triste todavía es ver lo ocurrido en el continente similar, América Latina. De cualquier forma, de los cuatro derechos, la igualdad y la libertad pasaron a existir como presunciones de los contratos, mientras la propiedad se convertía en el centro organizador del sistema, y la seguridad en su condición.

Aquí en América Latina, como el pacto ya era sólo de las elites, se mantuvo apenas aquello que era de su interés, profundizándose la realidad de una policía fuerte y una propiedad cada vez más absoluta.

Los Estados nacionales latinoamericanos omitieron a los pueblos indígenas que vivían en sus territorios, desde que surgieron y fueron constituidos jurídicamente. De hecho, las constituciones, datadas al inicio del siglo XIX y formuladas a la imagen y semejanza de las europeas, reconocieron apenas al individuo como titular de derechos. En esa visión todo lo que fuese colectivo y plural debería ser reducido a lo individual, y todos los derechos deberían tener como legitimación un contrato entre hombres libres. Esto quiere decir que los pueblos, comunidades, organizaciones y grupos sociales diferentes dejaron de ser considerados en nombre del individuo y su libertad, con la idea de que el reconocimiento del colectivo restringiría la libertad individual.

A pesar de la unidad entre derecho individual y libertad, prácticamente todos los sistemas jurídicos latinoamericanos nacientes proclamaron el derecho individual, aunque admitieron el trabajo esclavo. Así fue como los derechos individuales de propiedad fueron consagrados sacrificando todos los otros. Fue tan claro ese sacrificio que la tierra no pudo ser más colectiva, comunitaria o controlada por el pueblo: sólo pudo ser propiedad privada. La libertad quedó condicionada a lo individual: solamente había libertad de organización bajo el principio de la propiedad individual. Aunque clara, esta regla no era explícita. La ley apenas estableció principios generales, mas con su silencio no cambió las prácticas sociales de interés para el capital, al contrario, las reforzó: el silencio sobre el trabajo esclavo mantuvo la esclavitud a pesar del absurdo jurídico; el silencio sobre los pueblos indígenas no cohibió la matanza y ocupación de sus tierras. En definitiva, como la ley no decía “queda prohibida la esclavitud”, pudieron los señores mantener sus esclavos; como la ley no decía “los indios tienen derecho a la tierra que habitan”, pudieron aquellos ocupar sus tierras y matar sus tradiciones.

Dentro de este elocuente silencio –no habiendo norma jurídica que regulase ni el contrato de trabajo esclavo (contrato imposible, puesto que presupone partes libres para firmarlo) ni los derechos colectivos de los pueblos indígenas (también imposible por ser contradictorios con los

individuales)– había derecho. Y este derecho de unos y de otros quedaba al arbitrio de los tribunales que, influenciados por las elites locales, ora era reconocido, ora negado.

En Brasil se creó por costumbre el derecho de manumisión –libertad a través del pago del precio del esclavo por el propio esclavo–, que fue muchas veces reconocido por los tribunales. Se trataba del derecho del esclavo a comprar su propia libertad con los ahorros reunidos (Cunha, 1986, pp. 123-144). A pesar del absurdo jurídico, algunas normas no pudieron silenciar esa convivencia aparentemente imposible, inclusive las sociedades de negros libertos en general tenían entre sus objetivos juntar fondos para comprar la libertad de esclavos, muchas veces utilizando el derecho a la manumisión.

Es fácil entender que en este sistema jurídico preocupado por los contratos y los patrimonios individuales, los intereses y derechos colectivos no tuvieran ninguna importancia. De ahí que no sólo la libertad de los trabajadores africanos y de sus descendientes, sino también la vida y organización de los indios les fuera indiferente. Más que eso, todos aquellos que no estuviesen integrados al sistema económico por un contrato, fuera de trabajo (trabajador libre), fuera de compra y venta (propietario de tierra o de otros bienes de producción) estaban desasistidos por la ley.

El sistema era aún más cruel que eso. No se trataba de desasistencia, sino de negación de la existencia. De hecho, el sistema consideraba que los indios, esclavos, caboclos (colectores, pescadores, campesinos con tierras sin títulos) deberían integrar, individualmente, el sistema: los indios, dejar de ser indios; los esclavos, adquirir su libertad y cada uno hacerse trabajador asalariado; los caboclos, declarar sus posesiones al Estado y convertirse así en propietarios o empleados de los nuevos propietarios. Si ninguna de esas opciones fuese posible o deseable –nótese que en todas existía el presupuesto de que la economía los habría de absorber como trabajadores libres–, este contingente humano fuera del sistema sufriría la represión por el crimen de sedición. Las múltiples guerras campesinas del continente no son más que el reflejo de esto; las masacres indígenas –etnocidios realizados a cabalidad– y la caza implacable de los esclavos que huían era apenas la rutina del cumplimiento de la ley. En Brasil dos guerras campesinas de larga duración son ejemplares: Canudos (1896-7)³ y Contestado (1912-16)⁴,

3 Sobre la Guerra de Canudos existe extensa bibliografía, pero se destaca el libro *Os sertões* de Euclides da Cunha (1902).

4 La llamada Guerra de Contestado se dio en el oeste de Santa Catarina y sur del Paraná. Son innumerables los libros que relatan esta guerra campesina de larga duración.

al lado de muchas otras que siembran de sangre el campo brasileiro hasta el día de hoy.

Así fue que la proclamación de la independencia, generadora de la libertad y de la igualdad, significó de forma muy precoz la esclavitud de los trabajadores africanos y la omisión de los derechos de los pueblos indígenas, pues América Latina se constituyó en Estados nacionales prácticamente al mismo tiempo que Europa lo hacía, allá tratando de organizar el sistema capitalista, aquí tratando de hacer que el sistema colonial no se desmoronase.

LA INVISIBILIDAD JURÍDICA DE LOS INDÍGENAS

En esta lógica del individuo, los pueblos indígenas se volvieron invisibles (Souza Filho, 1999). Esta invisibilidad solamente sería evitada en dos hipótesis: cuando eran reconocidos como enemigos, entonces se les declaraba la guerra y era legitimada la matanza, o cuando el individuo se reconocía como cristiano y trabajador libre, dejando de ser indio. Para eso era necesario olvidarse de la lengua, abjurar las creencias, renunciar a la dádiva y aceptar el contrato. ¡Transformarse en un ciudadano solamente!

La modernidad, especialmente la del siglo XIX, negó la existencia de los pueblos indígenas. Y antes de eso ya había descartado que los indígenas tuviesen cualquier derecho sobre sus tierras, actuando como si América hubiera estado desocupada. La América española fue repartida entre titulares de dominio. “Repartimiento” fue el nombre usado por el llamado derecho de Indias para las concesiones de tierras. Los españoles, dependiendo del virreinato específico, concedían tierras a las poblaciones indígenas ya fuera por medio del reconocimiento de poblaciones o por contratos que a veces llamaban *tratados*. El simple hecho de que la concesión haya sido establecida bajo las reglas del contrato, determina que era unilateral; esto quiere decir que se fundaba en la lógica del individualismo, sin respetar la organización colectiva de los pueblos, generando una especie de vasallaje o subordinación tributaria o, en la mejor de las hipótesis, en la búsqueda de la integración como individuo. Independientemente de la hipótesis, los Estados nacionales en América Latina no reconocieron los tratados y contratos de la Colonia y adoptaron una política integracionista, mediante la cual el indio debería hacerse campesino. Cualquier reconocimiento de la situación grupal era provisorio hasta el día de la integración, como ocurrió en Brasil hasta 1988.

LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL SIGLO XX

La esclavitud fue finalmente abolida en las Américas durante el siglo XIX, no sin guerras y, algunas veces, mediante el pago

de indemnización pecuniaria por parte del Estado nacional a los “propietarios” de esclavos. Brasil fue el último en hacerlo, en 1888. A pesar de esto, ningún derecho fue atribuido a los afrodescendientes, salvo el de libertad y el de igualdad. Como ninguna propiedad se sumó a ellos, los recién declarados hombres libres disponían apenas de su fuerza de trabajo para sobrevivir, esto es, su libertad consistía en la posibilidad de firmar o no un contrato de trabajo y su igualdad en que el contrato sería cobrado sin perdón. Ningún derecho colectivo les fue atribuido, ni siquiera a las tierras en que vivían colectivamente después de haber huido, ni a las creencias, religiones o culturas. El siglo XX recibió a los ex esclavos como hombres libres, ciudadanos despojados de cualquier propiedad, nada más; cada uno debía encontrar su felicidad como y si pudiese.

Diferente fue la situación de los pueblos indígenas. En el siglo XIX fueron pocos los reconocimientos, que no iban más allá de la libertad e igualdad si optaban por dejar de ser indios, y la posibilidad que les ofrecía la Corona, que quería reservarles tierras desocupadas para que se mantuvieran agrupados, en tanto no optasen por ser sólo ciudadanos. A lo largo del siglo XX fue dándose el reconocimiento de algunos derechos colectivos, siempre de una forma muy sufrida y disputada; siempre después de que los pueblos hubieran ya perdido gran parte de su territorio y de sus tradiciones. Solamente al final de los años ochenta, después de que América Latina, especialmente del Sur, pasara por largos períodos de dictaduras militares, las nuevas constituciones incluyeron entre los derechos fundamentales derechos colectivos, entre ellos los de los indígenas, como veremos a continuación.

Este reconocimiento gradual fue dándose al mismo tiempo que se producían grandes violaciones, que en la mayoría de los casos no tenían ninguna posibilidad de reversión. Apenas para citar como ejemplo, el pueblo Xetá, que vivía en un fértil altiplano de florestas húmedas en el oeste del estado de Paraná-Brasil, cerca de la frontera con el Paraguay, fue diezmado en la década de los sesenta del siglo XX, siendo prácticamente imposible la reversión de la pérdida cultural y territorial; fue un etnocidio. El pueblo Guaraní, por otro lado, en contacto con la cultura cristiana y europea desde el siglo XVIII, consiguió sobrevivir a duras penas y hoy lucha en busca de algunos territorios para mantener su densa y fuerte cultura.

De hecho, la más constante reivindicación indígena siempre fue el respeto a sus tierras. Durante todo el período colonial, España y Portugal tuvieron una política de tierra desocupada o tierra conquistada. Así, en todo el continente fue aplicado el derecho de conquista en nombre de los reinos respectivos. En algunas situaciones, sea por reconocimiento,

sea por intereses políticos, los Reinos reconocieron tierras para algunos pueblos, siempre de modo provisorio, hasta que cada indio, de forma individual, se integrase en la vida nacional, como ya fue dicho.

Las concesiones de tierras a los indios, en Brasil, comenzaron a darse a partir del siglo XX después de la promulgación de la ley que reconocía algunos derechos y los comparaba con los trabajadores nacionales. La concesión de estas tierras era provisorio. Aunque no estuviese dicho en las leyes, las autoridades imaginaban que estas tierras serían retomadas por el Estado para una nueva distribución, luego de que el pueblo se desintegrara como tal y los individuos pasaran a reivindicar tierras como campesinos. Esa reivindicación campesina podría o no ser atendida, dependiendo del interés del gobierno local, que en general prefería dar tierras a productores capitalistas. Esta situación se dio con los indios Pataxó Hã Hã Hãe del sur del estado de Bahía. Este pueblo recibió del Gobierno Federal en las primeras décadas del siglo XX una extensión de tierras que fue debidamente medida y demarcada y oficialmente concedida. El pueblo Pataxó Hã Hã Hãe fue retirado en la década del sesenta por el Servicio de Protección al Indio de sus tierras y llevado prisionero al interior del estado de Minas Gerais, a una hacienda prisión llamada irónicamente *Hacienda Guaraní*. Violentamente desocupadas, las fértiles tierras de los Pataxó Hã Hã Hãe fueron entregadas por parte del Gobierno del estado de Bahía a hacendados productores de cacao como tierras estatales. Pasada la dictadura militar, los Pataxó Hã Hã Hãe volvieron a sus tierras y reconquistaron un pequeño pedazo que correspondería a algo así como a la vigésima parte del todo⁵.

En relación con los derechos culturales, es fácil observar que hasta 1926 la cuestión indígena quedó ligada a la Iglesia y a la acción misionera y, por lo tanto, no había duda en cuanto al objeto de la acción del Estado: asimilarlos para la religión y cultura oficiales. El decreto 5.484, del 27 de junio de 1926, abolió el carácter religioso y misionero del trabajo con las poblaciones indígenas, aunque no hubo ninguna prohibición para que cualquier iglesia actuara libremente. La concepción de unicidad de la cultura brasilera se mantuvo, mientras el objetivo de la acción del Estado continuó siendo la integración de los pueblos en la sociedad nacional para que dejaran de ser pueblo y adquirieran la individualidad ciudadana.

Hasta 1973, la ley brasilera apenas consideraba al indio individualmente. La Ley 6.001/73 –Estatuto del Indio– introdujo el

⁵ Tramita junto al Supremo Tribunal Federal acción declaratoria que debe reconocer la legitimidad de aquella tierra indígena. La acción ya tiene casi 20 años y hace cerca de 10 está pronta para ser juzgada por los Ministros del STF, en Brasilia.

concepto de comunidad indígena o grupo tribal diciendo que “es un conjunto de familias o comunidades indias que, viviendo en estado de completo aislamiento en relación a los otros sectores de la comunidad nacional, pueden tener contactos intermitentes o permanentes, sin por ello estar en ella integrados” (art. 3 , II). Al introducir el concepto, la ley les aseguró derechos.

De cualquier forma, la palabra *pueblo* no es utilizada en la legislación, aunque lentamente la doctrina comienza a admitirla como el término técnicamente más adecuado. La ley, por otro lado, prefiere denominarlos grupos tribales o comunidades, muchas veces usando los términos como sinónimos. Las comunidades indígenas, así llamadas por la Ley 6.001/73, pasaron a tener titularidad de derechos de propiedad de bienes muebles e inmuebles. La propia Ley establece que las comunidades son titulares de los derechos sobre el patrimonio indígena (art. 40), compuesto de diversidad de bienes y derechos. Además de ello, el Estatuto atribuye legitimidad a los grupos tribales o comunidades indígenas para entablar juicios en la defensa de sus derechos (art. 37).

Quien visita una aldea yanomami o conoce la historia del liderazgo de Kroukenoum en Madre Maria⁶, dudaría en recurrir a cualquier norma del derecho brasileiro se viere allí violados sus derechos. Lo que rige esas comunidades es la norma interna, es el derecho que aquel pueblo escogió, respeta y practica. Si hubiera conflicto, decidiría la autoridad política, el hechicero o el consejo de ancianos.

Es claro que la certeza de que las leyes nacionales no se aplican puede ser avalada si el visitante estuviese en la aldea de la isla de La Cotinga, prácticamente periferia pobre del Paranaguá. Sin embargo, es incuestionable que los pueblos indígenas del Brasil mantienen una jurisdicción propia como sistema de juzgamiento y decisión, según reglas conocidas y respetadas por el grupo.

La ley brasileira, empero, no lo reconoce como tal; esta es una verdad olvidada, omitida, indeseada. El Estatuto del Indio dice que deberían ser respetados los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas en las relaciones de familia, en el orden de sucesión, en el régimen de propiedad y en los actos y negocios realizados entre indios, “salvo si optasen por la aplicación del derecho común” (art. 6°). Mas no hay respuesta sobre quién aplica esta norma subsidiaria: ¿será el juez federal de la seccional correspondiente?, o ¿el simple pedido para que un juez “común” juzgue será suficiente para reconocer la opción que se aparte de la norma subsidiaria?

⁶ Kroukenoum es la autoridad política y espiritual del pueblo Gavião, los parkategê del sur de Pará. Madre Maria es la tierra indígena que ocupan a las márgenes del río Tocantins.

Este artículo 6° parece estar poseído de una inseparable vocación al desuso. Las relaciones de familia, el orden de sucesión, el régimen de propiedad y los negocios jurídicos conforman un derecho propio que existe y es respetado o clandestino –y el pueblo se rige por él– o no existe y no habrá ley que lo haga subsistir.

El Estatuto del Indio hace la salvedad de la posibilidad de aplicación de sanciones penales (toleradas, dice la ley), que podrían serlo por las autoridades indígenas, siempre y cuando no revistan carácter cruel o infamante (art. 57). Este dispositivo es una invitación a la reflexión con varios objetos. ¿Qué significa jurídicamente tolerada? ¿A qué principios responde la separación civil y penal? ¿Qué son penas de carácter cruel o infamante?

La respuesta a estas cuestiones surge clara y cristalina como el agua del riacho que corre en los bosques de nuestra imaginación. Este dispositivo revela una carga de intolerancia y autorreferencia cultural sin límites.

La aparentemente sofisticada separación entre lo civil y lo penal como ramas del derecho, solamente tiene sentido en una sociedad que divide lo público de lo privado, que se levanta sobre pilares del individualismo y del contractualismo. Una organización social, por el contrario, no acumula excedentes ni se divide en público y privado, porque todos los lugares son plaza y jardín, no puede tener esta división. La violación de la norma pública o la *displícencia* contractual tiene el mismo peso de repugnancia para una sociedad colectiva y habrá de diferir de pueblo en pueblo en grados e intensidad.

En la misma línea de enfoque cultural se debe plantear la pregunta acerca de lo que quiere decir *penas crueles e infames*. ¿Puede haber mayor crueldad e infamia que destruir los sitios donde viven los espíritus de los antepasados? Es lo que se hizo en la construcción de la represa de Tucuruí y se hace con la extracción clandestina de oro y casiterita en las montañas yanomami. Los españoles relataron la infamia y crueldad de los pueblos de América Central y México porque realizaban en la época sacrificios humanos a sus dioses. Ellos mismos se olvidaron que en sus “civilizadas” ciudades se quemaban personas vivas por discordar de la fe. Quién sería cruel: ¿el que sacrificaba al enemigo por respeto a su dios o quien escogía al mejor de sus hijos para ofrecerlo? Ninguna persona sensata respondería hoy de manera diferente: ambos. Y tampoco ninguna persona culta condenaría *a priori* a la sociedad española y a la azteca en aquel momento histórico porque cometían lo que nos parece hoy una grosera infamia. Estas reflexiones nos llevan a sentir que el diálogo entre culturas tiene que estar recubierto por la aceptación y el respeto.

Más aun, el Estatuto utiliza el verbo *tolerar*, significando que más que indeseable, es soportable. En verdad, y por más contradictorio que parezca, es el verbo de la intolerancia.

La novedad brasilera del siglo XX está en las Constituciones. Todas (1934, 1937, 1946, 1967 y 1969) hicieron referencias a los indios, siempre utilizando la denominación de *silvícolas*. Con excepción de la de 1937, las otras definen la competencia de la Unión para legislar sobre la “incorporación de los silvícolas a la comunidad nacional”. Todas garantizan a los indígenas la posesión de las tierras donde se encuentran “permanentemente localizados”, en general, agregando que la garantía se dará con la condición de no transferirla. Las Constituciones de 1967 y 1969, para dejar aun más claro el carácter provisorio de este derecho, lo incluyen en las disposiciones transitorias. La forma como se da la garantía de las tierras, los dispositivos que atribuyen competencia para legislar sobre el proceso de asimilación y las leyes reglamentarias dejan claro que el ideario asimilacionista del siglo XIX está presente hasta el advenimiento de la Constitución de 1988: ¡los indios debían dejar de ser indios!

Aunque se puede decir que hay un avance en la protección de los derechos indígenas a lo largo del siglo XX, es claro que la Constitución de 1988 rompe el paradigma de la asimilación, inclusión o provisoriedad de la condición de indígena y, en consecuencia, de las tierras por ellos ocupadas. A partir de 1988 queda establecida una nueva relación del Estado nacional con los pueblos indígenas habitantes de su territorio. Está claro que la generosidad de integrar a los individuos que así lo deseen a la vida nacional se mantuvo en toda su plenitud; mas integrándose o no, el Estado nacional reconoce el derecho de continuar siendo indio, colectivamente entendido, de continuar siendo grupo diferenciado, sociedad externamente organizada, cumpliendo un antiguo lema indígena ecuatoriano: “*Puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy*”. Queda rota, pues, la provisionalidad que rigió toda la política indigenista de los quinientos años de contacto (Souza Filho, 1998).

LOS INDIOS EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEIRA DE 1988

La Constitución brasilera de 1988 fue la primera en América Latina en admitir que los pueblos indígenas tienen derecho a ser un grupo diferenciado en la sociedad nacional, estableciendo con mucha propiedad y talento sus derechos sociales y territoriales. Con ello admitió la existencia de un país multicultural y pluriétnico, aunque esta amplitud reconoce apenas a los pueblos indígenas, dejando a todos los

otros, quilombolas, gitanos, riverenses, extrativistas en general, fuera del derecho a la diversidad.

Reconocer una organización social diferente de aquella estructurada en la propia Constitución y de aquellas que las leyes infraconstitucionales llaman *sociedades* (empresariales, comerciales, civiles o cooperativas) no es materia simple ni de poco alcance. Hasta 1988, las organizaciones sociales reconocidas y protegidas por el sistema jurídico eran solamente las cubiertas por el manto de la personalidad individual. Es verdad que la profundización del orden democrático ya había reconocido a los partidos políticos y a los sindicatos como instancias de representación intermediaria; sin embargo, los partidos y los sindicatos, por más libertad que puedan llegar a tener, están subordinados a un orden legal que les es externo y que define sus competencias, instancias y límites. La organización social indígena está muy lejos de eso, porque lo que está reconocido es su derecho de mantener su orden legal interno.

La Constitución de 1988 reconoce como legítimo el orden que lo desconoce, ya que se funda en los llamados usos, costumbres y tradiciones. Este orden puede ser descrito por un científico, sociólogo o antropólogo, o relatado por un miembro de la comunidad, pero está fuera del alcance de la ley y de sus límites, es un orden social propio y diferente del orden jurídico estatal organizado por la Constitución. Es decir, que la Constitución de 1988 reconoce pueblos socialmente organizados fuera del paradigma de la modernidad –y en esto fue seguida por varias constituciones latinoamericanas–. Aquí reside una gran diferencia, un divisor de aguas, una ruptura con el pasado.

Al reconocer la organización social de los pueblos indígenas fuera del paradigma de la modernidad, la Constitución no creó una categoría genérica, es decir, no se trata de una organización social de todos los indios del Brasil, sino que cada pueblo que mantenga su organización social es, como tal, reconocido. Los datos demográficos sobre poblaciones indígenas en Brasil no son precisos, pero la FUNAI (Fundación Nacional del Indio), el ISA (Instituto Socioambiental) y el CIMI (Consejo Indigenista Misionero) consideran un número aproximado de 220 pueblos, 180 lenguas y una población entre 350 y 600 mil personas⁷. Ya el IBGE (Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística) recensó en el año 2000 cerca de un millón de personas indígenas. Esta diferencia se da porque que el nuevo censo es hecho por declaración y abarca a

⁷ El ISA haciendo referencia a los años 2000-2005, afirma que son 225 pueblos en 580 áreas, con aproximadamente 180 millones de hectáreas y una población de 600 mil indios (Instituto Socioambiental, 2006).

indios no agrupados o moradores individuales de las ciudades. Todavía hay en Brasil alrededor de 3 a 5 mil indios llamados *aislados*, esto es, sin ningún tipo de contacto y de los cuales apenas se siente o intuye su existencia, no sabiéndose cuál lengua hablan o a qué cultura pertenecen, todo lo cual significa que el dispositivo constitucional reconoce cada una de esas sociedades y el derecho subjetivo colectivo de cada grupo de reivindicarla.

Para completar el reconocimiento de la organización social, la Constitución no puede dejar de reconocer igualmente las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones. Estos cuatro ítems componen lo que se llama *cultura*, siempre y cuando se entienda por costumbres y tradiciones no sólo las normas de convivencia, las relaciones matrimoniales, el sistema punitivo interno, la jerarquía y las divisiones, inclusive las clánicas, sino también la gastronomía y el arte. Los derechos culturales indígenas acaban por tener varias consecuencias jurídicas apuntadas o reguladas directamente por la Constitución. Por un lado, son derechos de cada pueblo indígena al uso de la cultura y su protección; las lenguas indígenas están referidas en el artículo 210, § 2º, al garantizarse el aprendizaje en la lengua materna y por medio de procesos propios. Por otro lado, es derecho de todos los brasileros la profunda diversidad cultural existente, comprendiendo en ella las culturas indígenas, conforme está expresado en el artículo 215 y referido en el 216. De ahí que el deber del Estado es preservar esta multiplicidad de culturas no sólo por ser un derecho de los indios y de cada comunidad, sino un derecho de todos.

El reconocimiento de la organización social y las costumbres, lenguas y tradiciones significa un conjunto de derechos ligados a la misma, tales como la solución de conflictos internos, la gestión de los asuntos indígenas y todo aquello que está en la esencia de las comunidades, cual es proveer las necesidades materiales e inmateriales de sus miembros. Aunque la Constitución utilice genéricamente el término *creencia*, lo que está protegido jurídicamente es la religión de cada pueblo indígena, en toda su complejidad y ritualidad. El derecho al ejercicio de la propia religión algunas veces puede chocar con la cultura dominante e incluso con la norma jurídica estatal. En los casos en que esto ocurra, es imperioso entender este precepto constitucional como un elogio a la libertad religiosa y, por tanto, inhibidor de cualquier sanción legal a la conducta tradicional. Hacen parte de estos derechos la preservación y el uso de la cultura, inclusive de los llamados conocimientos tradicionales, y los inherentes a la autogestión de sus territorios.

El reconocimiento de la organización social y cultural de los pueblos indígenas es el centro del cambio de paradigmas establecido

por la Constitución de 1988, porque lo que está dispuesto contraría el orden anterior que tenía un carácter provisorio hasta que se diese la integración en la comunidad nacional. Esta disposición no trata de integrar, ni de restringir, ni de compeler; lo que significa es que las organizaciones sociales indígenas pueden y deben, para preservar la cultura, mantenerse vigentes para las presentes y futuras generaciones, en tanto que esté claro que el proceso de desarrollo y los caminos para el futuro son asuntos internos de cada pueblo, que es lo que fundamenta su derecho a tener una organización social propia.

Por otro lado, si bien es cierto que las disposiciones constitucionales anteriores a 1988 atribuían a la propiedad sobre las tierras indígenas un inocultable contenido provisorio, es verdad también que definían claramente el destino o afectación de esas tierras: en tanto fuesen tierras indígenas, estarían afectadas por la propiedad permanente y el usufructo exclusivo de las poblaciones ocupantes. Constitucional o infraconstitucionalmente definida como federal y pública, la propiedad de la tierra estaba, desde 1934, afectada por la población que la ocupase. La Constitución de 1988, en el § 2º del artículo 231, preserva el mismo destino constitucional anterior, mejorándolo, justamente porque ahora no tiene carácter provisorio.

La Constitución de 1988 reitera los términos de propiedad permanente y usufructo exclusivo. Por eso, es necesario verificar lo que significa propiedad indígena, quedando claro que no se confunde con la propiedad civil del recetario privado, porque ésta es individual y material, en tanto que la indígena es colectiva y ejercida según usos, costumbres y tradiciones del pueblo, tal como lo establece la Ley de 1973 (Estatuto del Indio⁸): “*Art. 23. Se considera propiedad del indio o silvícola la ocupación efectiva de la tierra donde habita o ejerce actividad indispensable para su subsistencia o económicamente útil, de acuerdo con los usos, costumbres y tradiciones tribales*”. En la expresión de 1973, la propiedad aún se caracterizaba como individual, ya en 1988 es considerada colectiva y aproximada a la ocupación, esto es, que cuando se cumple cualquiera de los cuatro requisitos de ocupación del § 1º, hay propiedad indígena. De ahí su característica de permanente, aun cuando parte de ella se mantenga inactiva para reproducirse ecológicamente, según los usos, costumbres y tradiciones. Esto explica también la expresión *usufructo exclusivo*. Por tal no se puede entender la restricción del acto de trueque, venta o donación de frutos y productos de las riquezas del área, sino al contrario, se trata del derecho de la comunidad a no usar determinada área sea para regeneración, sea por motivos sagrados u otro cualquiera.

⁸ Ley 6.001, del 19 de diciembre de 1973.

Esto quiere decir que lo que se hace o no se hace con el área es asunto de la comunidad, que deliberará exclusivamente sobre ello. Las riquezas explotables y comercializables del suelo, de los ríos y de los lagos podrán ser utilizadas por los indios para pastoreo o para terceros no indios, siempre con la supervisión del Estado brasileiro que tiene la obligación de preservar no sólo la cultura sino los bienes indígenas.

Esta cuestión resulta más clara cuando se analiza el § 3º de este artículo que trata de la explotación de los recursos hídricos, la investigación y la labra de las riquezas minerales. En estos casos, en los cuales los indios no pueden hacerlo con sus propios recursos y esfuerzos, es necesaria una autorización del Congreso Nacional, que tenga en cuenta a las comunidades afectadas, las cuales deben participar del resultado de la labra. Hay que ponderar que esta autorización solamente es posible cuando no viola el encabezamiento del artículo ni los demás párrafos. No es posible, y sería inconstitucional, que una ley reglamentara la posibilidad de violar los derechos sobre las tierras, o sobre la propiedad permanente, o sobre el usufructo exclusivo o, lo que quizá sea aun más grave, la organización social y cultural indígena. Por lo tanto, el límite de la explotación hídrica o mineral es la preservación de los derechos indígenas a la tierra, a la sociedad y a la cultura.

Esta tutela a cargo del Estado, y que se equipara en tenor jurídico a la establecida sobre el patrimonio cultural (arts. 215 y 216) y al medio ambiente (art. 225), substituye a la antigua tutela establecida en el Estatuto del Indio, que tenía un carácter civil y paternalista; tiene carácter público, dado que así como tiene que conservar el medio ambiente y el patrimonio cultural, debe conservar también la organización social, la cultura y las tierras indígenas. Además de ello tiene un cuño colectivo, precisamente porque determina como sujeto del derecho una colectividad, sea difusa o indeterminada, o claramente determinada, como en el caso indígena.

Exactamente por eso estas tierras son inalienables e indisponibles, además de que los derechos sobre ellas son imprescriptibles, de acuerdo con los términos del § 4º. Este dispositivo refuerza el derecho que tienen los indígenas a no usar sus tierras.

Esta tutela colectiva crea muchas veces contradicciones, como en el caso recurrente de las tierras indígenas sobrepuestas a las unidades de conservación, especialmente a los parques nacionales. En los parques nacionales hay una fuerte restricción a la presencia humana y reiteradas veces poblaciones indígenas los usan, o reivindican su uso, como tierra tradicional. Ambas tutelas son constitucionalmente garantizadas, una en el artículo 225, § 1º, III y otra en el 231 y §§. Ocurre que el derecho garantizado a los indios es, por ser originario, anterior a cualquier acto

legislativo o administrativo, debiendo aquél ser entonces garantizado en oposición a la preservación ambiental. Entre tanto, como la preservación del ambiente no es incompatible con el uso indígena, la tutela de ambos es posible desde que el Estado dé condiciones materiales para que los indios no necesiten vivir fuera de sus usos, costumbres y tradiciones o cree unidades de conservación compatibles con la vida indígena. La creación de parques nacionales en área indígena con las características que hoy les da la ley⁹ no es posible, siendo nulo el acto que los crea.

La veda del § 7º se refiere al uso de tierras indígenas por mineros, lo que ha sido un real problema. Lo dispuesto en el artículo 174, §§ 3º y 4º es un incentivo a la actividad minera que debe no sólo ser desestimada sino prohibida en tierra indígena, de ahí su no aplicación.

En relación con los indígenas, hay que distinguir dos derechos diferentes. Uno que pertenece a toda la humanidad y otro que pertenece a cada pueblo. El primero puede ser llamado derecho a la sociodiversidad, que es el derecho de todos a la existencia y manutención de los diversos pueblos y sus culturas. Este derecho se revela como una obligación, porque obliga a cada pueblo y a cada Estado al respeto por el otro, ganando instancias internacionales, pero estando también presente en las constituciones nacionales, cada vez más explícitas al respecto, como sucede en las constituciones latinoamericanas. Este es un derecho a la alteridad y tiene estrecha relación con el derecho a la biodiversidad, no sólo porque las culturas dependen del ambiente, sino más bien en razón de los conocimientos tradicionales, inherentes a la diversidad social.

En tanto hay otro derecho, también colectivo, que es el derecho que tienen como sujeto los propios pueblos a su existencia, que no pertenece a todos, sino apenas a cada pueblo en particular. Claro que estos también son derechos colectivos, porque no son la mera suma de derechos subjetivos individuales, pertenecen a un grupo sin pertenecer a nadie en especial y cada uno está obligado a promover su defensa, lo cual beneficia a todos. Este derecho es indivisible entre sus titulares; una eventual división del objeto hará que todos los titulares del todo continúen titulares de las partes, y no son susceptibles de alienación, son imprescriptibles, inempeñables e intransferibles.

En el sistema de la Constitución brasilera de 1988, estos derechos se explicitan en tres dimensiones: los territoriales, los de organización social y los de cultura, íntimamente vinculados, de tal modo que, en general, la violación a una de las dimensiones es una violación a las otras.

⁹ Ley 9.985/2000.

Esto explica la casi rudeza de los §§ 5º y 6º del artículo 231¹⁰: el primero referente a la remoción de los grupos indígenas, el segundo al uso de las tierras y a la riqueza existente en el territorio.

Lo dispuesto en el § 5º, que veda la remoción de grupos indígenas, tiene un precedente legal en el Estatuto del Indio, pero lo modifica en su raíz. No se puede olvidar que en el régimen del Estatuto de 1973, la indianidad era provisoria, de ahí que lo que estaba establecido eran los criterios de remoción e intervención, no su veda. En el § 5º, la posibilidad de remoción es tratada en dos hipótesis, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo a la población o en interés de la soberanía del país. En el primer caso, lo que está siendo garantizado, además de los derechos individuales, son los derechos colectivos de la humanidad a mantener viva una cultura y un pueblo y también el derecho del propio pueblo a mantener su existencia respecto de eventuales daños momentáneos. En el segundo caso, la Constitución está valorando la soberanía nacional por encima de los derechos referidos, dado que al perder la soberanía dejaría de proteger estos mismos derechos. Es claro que la amenaza a la soberanía aquí debe ser real y concreta, debe ser una amenaza de invasión, guerra o ataque de otra potencia. Esta situación tiene sentido si recordamos que hay una gran cantidad de pueblos indígenas cuyas tierras se sitúan a lo largo de las fronteras de Brasil con sus vecinos y, en algunos casos, el pueblo indígena convive en la frontera siendo parte habitante de un país y del otro. Hay casos aún en que el pueblo no sabe de la existencia de la frontera y trata igualmente a los dos Estados nacionales. Por lo tanto, son estas situaciones las que se tienen en cuenta, siempre dependiendo del *referéndum* del Congreso Nacional. Esto quiere decir que para que haya una remoción, el poder público tiene el deber de motivar su acto por una de las dos razones excepcionales establecidas en la Constitución, demostrando la actualidad, posibilidad y realidad de la amenaza.

No es muy diferente a la situación del § 6º, que tiene la misma raíz jurídica, a saber, la protección de los derechos colectivos múltiples. Todo acto que tenga por objeto la ocupación, dominio o posesión de las

¹⁰ § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

tierras indígenas o la explotación de sus riquezas naturales es nulo, extinto y no produce efectos. Todo acto que viole los derechos originarios sobre la tierra, la propiedad permanente o el usufructo exclusivo es tenido por inexistente. Esta disposición ya estaba consignada en las constituciones de 1967 y 1969. Lo que se extingue, en realidad, son los efectos jurídicos, además de la declaración de nulidad. Es como si el acto nunca hubiese existido. Aunque parezca redundante, el dispositivo se trata de una cuidadosa excepción al sistema jurídico, porque además de declarar nulo y extinto el acto y sus efectos jurídicos, agrega que de esa nulidad y extinción no se generan derechos a la indemnización, salvo resarcimientos derivados de la ocupación de buena fe. El cuidado era necesario teniendo en cuenta la profundidad de la nulidad que excluye hasta las mismas indemnizaciones o acciones contra la Unión. Exactamente por eso, este dispositivo no necesita comentarios y viene siendo aplicado en la práctica.

Ya la enmienda introducida en el mismo § 6º en relación con la explotación de las riquezas o de la propiedad permanente y del usufructo exclusivo necesita una profundización cuidadosa. Es que luego de declarar la nulidad, extinción e inexistencia de efectos jurídicos de forma tan categórica, la disposición reserva la posibilidad de validar el acto cuando exista un interés público relevante, según la ley complementaria. La excepción aún no se aplica porque no se ha promulgado una ley de tal naturaleza. Entre tanto, la discusión se da en torno a la determinación de cuál podría ser el interés relevante que ameritara resguardar la nulidad expresada.

Hay dos cuestiones que deben ser analizadas acerca del relevante interés público establecido en el § 6º: 1) el objeto de los actos resguardados; 2) el contenido del interés público. Parece claro que no se trató de resguardar los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la propiedad de las tierras indígenas, porque estos actos implicarían la remoción, y la remoción está tratada en el párrafo anterior; por tanto la nulidad, extinción e ineficacia jurídica de los actos cuyo objeto sea la tierra, tiene carácter absoluto, resguardado por lo dispuesto en el § 5º. El objeto de la salvedad, por tanto, recae únicamente en la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en las tierras indígenas. Nótese que tampoco trata este párrafo de la explotación de los minerales, del subsuelo y de los recursos hídricos en sí, tratados en el § 3º. Por lo tanto, la discusión se limita a actos que puedan interferir en el usufructo exclusivo tratado en el § 2º. Dentro de este límite, la segunda cuestión de análisis se refiere al contenido del interés público, que debe tener tal relevancia que justifique la excepción. La palabra *relevante* no está adicionada al texto

sino para dar énfasis al carácter de impostergable e insustituible del acto. Es decir, que el acto tiene que ser de interés directo de la Unión, no de un Estado o de emprendimientos particulares; tiene que ser urgente e impostergable para que no perezca el interés público, esto es, el juicio de oportunidad de la práctica del acto lesionador no debe dejar opciones para quien lo practica; además de ello, el otro bien, protegido por el interés público para el cual se practicará el acto, tiene que tener por lo menos igual protección constitucional que el usufructo exclusivo; finalmente, debe estar comprobado que el interés público, al cual el acto atendería, perecería si no fuese practicado en aquel lugar, vale decir, la tierra indígena. Es muy difícil imaginar una situación en que estos cuatro elementos se combinen: interés directo de la Unión, carácter impostergable de su práctica, protección constitucional de la explotación y exclusividad de lugar. La Constitución de 1988 contempla un bien de igual relevancia –el equilibrio ambiental (art. 225)– y, tal vez, se pueda agregar la solución de conflictos sociales: la protección de estos dos bienes podría justificar el resguardo, desde que los otros tres elementos estuviesen presentes. Por esta dificultad, hasta hoy –casi veinte años después de su promulgación– la disposición no fue reglamentada por ley complementaria y tampoco ha hecho falta, lo que demuestra que la situación fáctica pensada en la norma aún no se ha concretado.

CONCLUSIÓN

Siendo así, los usos, costumbres y tradiciones indígenas son reconocidos como verdaderos derechos no sólo en Brasil sino en toda América Latina. La sociedad y los Estados del continente, que se constituyeron en tan profunda diversidad social, siempre omitida por la historia oficial pero viva en la realidad de las comunidades, se están organizando en la tolerancia y en el sueño de los constituyentes de 1988 de que cada pueblo construya en paz su futuro, sabiendo que el Estado tiene por misión y finalidad su protección.

La libertad y la igualdad, los dos derechos mezquinados de la modernidad, encuentran brillo y razón de ser, cuando se garantiza una vida según su elección a los que no optaron por la lógica del lucro y del contrato. Algunas veces estas elecciones parecen, a los ojos de las civilizaciones urbanas, extrañas, exóticas, inadecuadas, pero basta despojarnos de los preconceptos y mirar la historia conocida del mundo para saber que los pueblos no siempre escogen el camino correcto. Empero, siempre que otro pueblo quiso mostrarle el buen camino, el encuentro acabó en guerra de exterminio, en masacre o esclavitud.

En nombre de la libertad y de la igualdad, proclamadas hace quinientos años, llegó el momento de que la civilización aprenda a

conjugar el verbo tolerar de manera coherente con el sustantivo tolerancia y de practicar la humildad propia de quien respeta la libertad ajena y se considera igual a los otros; de no imponer, independientemente de las condiciones, una forma de vida y un conjunto de principios que, por ser éticos, hablan respecto a un tiempo y una sociedad dada. Como en la naturaleza conviven las diferentes especies, es justo exigir que entre los racionales no sólo sea posible la convivencia de diferencias, sino que, justamente por haber diferencias, se amplíe la idea y la práctica de la solidaridad.

BIBLIOGRAFÍA

- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropología do Brasil: mito, história, etnicidade*. São Paulo : Brasiliense/Edusp, 1986.
- DA CUNHA, Euclides. *Os sertões: Campanha de Canudos*. São Paulo, Ateliê Editorial, 1902.
- INSTITUTO Socioambiental. *Povos indígenas no Brasil: 2000-2005*. São Paulo: ISA. 2006.
- LADEIRA, Maria Inês. *Espaço geográfico Guarany-Mbya: significado, constituição e uso*. Maringá: EDUEM; São Paulo: Edusp, 2008.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona: Altaya, 1994.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "Os direitos invisíveis" en: Oliveira, Francisco & Paoli, Maria Celia. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. São Paulo : Vozes/Fapesp. 1999, pp. 307-334.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá. 1998.
- RAU, Virgínia. *As sesmarias medievais portuguesas*. Lisboa: Presença. 1982.
- STAROBINSK, Jean. *A invenção da liberdade*. São Paulo : UNESP, 1994.

El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social

ANTÔNIO CARLOS EFING*



El reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor es un factor imprescindible para garantizar relaciones contractuales justas y equánimes, precisamente porque es un instrumento que busca neutralizar las desigualdades sufridas en el mercado, que se producen por el simple hecho de que el consumidor se enfrenta a la otra parte del contrato –el productor–, como la parte más frágil. Solamente el derecho puede corregir la disparidad de fuerzas enfrentadas por las personas naturales y/o jurídicas, cuando de la celebración de cualquier negocio jurídico se trate.

La preocupación por el consumidor obedece a la búsqueda de un equilibrio entre la atención a los intereses económicos y la atención a los intereses sociales. Es necesario que el consumidor tenga la oportunidad de contratar en igualdad de condiciones para alcanzar materialmente la justicia contractual, en la que la dignidad de la persona humana sea reconocida como principio fundamental del Estado democrático de derecho, permitiendo un mayor acceso a los bienes y productos ofrecidos en el mercado y garantizando, así, el bienestar social.

La consolidación de la República Federativa de Brasil encuentra su fundamento en una sociedad libre, justa y solidaria, características consagradas en la Constitución de 1988. En tal sentido, era necesario que también la norma fundamental reconociera la importancia de la intervención del Estado en la regulación de las relaciones contractuales. En ese marco surgió en

* Maestro y Doctor por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, profesor titular de la Pontificia Universidade Católica do Paraná donde imparte clases en pregrado, especialización, maestría y doctorado; profesor de la Escola da Magistratura do Estado do Paraná y del Rio de Janeiro; profesor de la Escola Superior de Advocacia do Estado de Santa Catarina y del Paraná; miembro del Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Paraná indicado por la OAB/PR; miembro del Conselho Científico do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor); abogado militante em Curitiba – PR, socio de la Marins, Bertoldi, Efing e Rocha Advogados e Consultores Associados.

Brasil, en 1990, el Código de Defensa del Consumidor como norma de interés social con naturaleza de ley, por medio del cual se explicita la adopción del concepto de vulnerabilidad como orientador de las relaciones jurídicas de consumo. No obstante, aunque el Código de Defensa del Consumidor representa un proceso de maduración del derecho brasileiro, es necesario, además del ordenamiento jurídico protector, establecer políticas que garanticen a todos los ciudadanos las mismas condiciones y oportunidades de consumo, por ejemplo, la creación de asociaciones y entidades de protección colectiva del consumidor.

El reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor realiza la intervención del Estado en la protección de la parte más débil y desprotegida, intervención que se convierte en un factor de transformación social en la medida en que permite un crecimiento más sostenible y ecuánime del país, modelando permanentemente una sociedad que se muestre atenta a los derechos sociales y colectivos que demandan atención especial por tratarse del interés de todos.

Palabras clave: Derecho contractual; consumidor; vulnerabilidad; Código de Defensa del Consumidor Brasileiro; Estado de derecho.



Recognizing the vulnerability of the consumer is a an essential factor to guarantee fair and impartial contractual relations, just because it is an instrument that seeks to neutralize the disparities undergone in the market and produced by the fact that the consumer faces the other contract party -the producer-, as the most fragile party. Only the law can amend the disparity of forces faced by the natural and/or legal entity when it comes to the conclusion of any legal transaction.

The concern for consumer is due to search balancing attention to economic interests as well as attention to social interests. It is necessary that the consumer has the opportunity to contract on equal terms, in order to achieve contractual justice in which human dignity is recognized as a fundamental principle of democratic Rule of Law, allowing a major access to goods and products offered on market, and guaranteeing, thus social welfare.

The Federative Republic of Brazil cement bases on free, fair and caring society; characteristics enshrined in 1988 Constitution. In that regard, it was necessary that also fundamental rule recognized the importance of the intervention of the State in the contractual relations regulation. In that framework emerged in Brazil in 1990, the Consumer Protection Code as a social interest rule with law type; the adoption of vulnerability concept as a guiding of legal consumer relations is thereby explicit. However, while the Consumer Protection Code represents a maturing process of Brazilian law, it does requires in addition to protective legal system, to establish policies that

guarantee all citizens the same consumption conditions and opportunities, for example, creating associations and organizations of collective protection of the consumer.

Recognizing the vulnerability of the consumer enhances the intervention of the State by protecting the weakest and defenseless part; such intervention turns into a factor of social transformation insofar as it allows a more sustainable and impartial development of the country, permanently shaping a society that is alert to social and collective rights that require special attention, because it refers to general interest.

Key words: contract right; consumer; vulnerability; Brazilian Consumer Protection Code; Rule of Law.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la vulnerabilidad en las relaciones jurídicas de consumo representa de manera práctica la superación de las desigualdades (económicas, sociales, culturales, etc.) inherentes a todos los negocios jurídicos.

Por mucho tiempo, y en especial a partir de la revolución industrial, se pensó que la libertad de contratar aliada a la igualdad formal de las partes contrayentes generaría una contratación justa.

Ocurre que la adopción de la premisa según la cual en toda relación jurídica una de las partes siempre se encontrará en situación de desventaja en relación con la otra, muestra la maduración del derecho y su aproximación a la realidad.

En el modelo social moderno, con la masificación contractual y la utilización de los contratos de adhesión, se formó la nueva égida contractual sin permitir que hubiera amplia discusión de cláusulas y desprestigiando innumerables veces los derechos y garantías asegurados a los contrayentes. Tal situación –sin la debida intervención jurídica– tiende a propiciar que la parte más frágil (vulnerable) de la relación contractual no satisfaga plenamente sus intereses, lo que genera su frustración, al dejar de realizarse los objetivos deseados con el contrato. Así, la sociedad posiblemente sufrirá las consecuencias de este proceso, ya que la convivencia social moderna depende de la armonización de los intereses de las personas.

El presente estudio pretende analizar cómo el reconocimiento de esta premisa de la vulnerabilidad puede ser factor de transformación social.

BASE JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS FRÁGIL

Las sociedades modernas organizadas dependen de los reglamentos jurídicos que les den sustentación y legitimidad y mantengan sus instituciones por encima de los intereses privados y en atención de los intereses públicos o colectivos.

Solamente el derecho podrá corregir –o por lo menos aspirar a esta corrección– la disparidad de fuerzas enfrentadas por las personas naturales y/o jurídicas, cuando de la celebración de cualquier negocio jurídico se trate, por ejemplo de un contrato.

Determinado periodo de la historia del derecho (Estado liberal) mostró que, sin una actuación afirmativa del poder público, no se pueden corregir años de distorsiones sociales, económicas, culturales, etc. Las máximas de la Revolución Francesa de igualdad, libertad y fraternidad se habían mostrado insuficientes para generar justicia social. Carlos Alberto Bittar, sobre el asunto, discurre:

Esa desigualdad no encuentra en los sistemas jurídicos derivados del liberalismo una respuesta eficiente para la solución de problemas que surgen de las crisis de relación y de lesiones varias que sufren los consumidores, pues los códigos se estructuran con base en una noción de paridad, de origen abstracto, entre las partes. Se habían tejido, bajo el eje patrimonial, con fulcro en los principios del respeto a la propiedad privada y de la identificación de la figura del contrato como un instrumento para la circulación jurídica de bienes y de servicios, con los límites puestos en su reglamento y bajo la visión de la iniciativa privada como factor de propulsión de la economía (Bittar, 1991, pp. 2-3).

Como la dinámica social moderna está inmersa en las relaciones contractuales y como no podemos dejar de reconocer que vivimos en una sociedad de consumo¹, la búsqueda de la realización de las expectativas de las personas en el campo contractual representa la propia razón de ser del contrato en los tiempos actuales.

Mediante el reconocimiento por parte del sistema jurídico de la vulnerabilidad o fragilidad vista en sus distintos aspectos –jurídico, económico, social, cultural, financiero, etc.– se pueden buscar las correcciones de estas desigualdades, otorgándose tratamiento distinto a los desiguales en proporción a la intensidad de las mismas.

¹ Lo que se diferencia en mucho del concepto de una sociedad consumista. El consumismo “[!] leva a una disputa entre la superproducción de un mercado cíclicamente saturado por objetos obsoletos y a la inducción de necesidades alienantes que crean una demanda ficticia por objetos nuevos, destinados, a su vez, a una rápida obsolescencia” (De Masi, 1999, p. 9).

La desigualdad o desequilibrio es inherente a algunas relaciones jurídicas como las comprendidas en el ámbito del derecho del trabajo, del derecho de previsión social, del derecho del consumidor, del tributario, etc.

Además, la Constitución Federal brasileña de 1988 estableció que:

La república Federativa de Brasil se determina en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

[...]

Párrafo único. La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, buscando la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

En América Latina vivimos una situación bien peculiar: aun existiendo el Mercosur, los países signatarios poseen legislaciones diferentes sobre el consumo. Sin embargo, también se practica en este caso la protección del vulnerable, tal como apunta Beyla Esther Fellous:

El consumidor, la parte más vulnerable tratándose de un litigio nacional, será aun más vulnerable si se trata de un litigio transfronterizo. De hecho, la ignorancia de sus derechos y de toda la complejidad del derecho internacional privado frente a un litigio de bajo valor económico, podrá llevarlo a renunciar a sus derechos, razón por la cual es necesario reconocer los medios de solución colectivos, para que el consumidor no se desanime a actuar en asuntos de poco valor (Fellous, 2003, p. 141).

Se debe pensar en la tutela del consumidor de forma transnacional, pues la propia revolución tecnológica y el acceso a la Internet nos dan la libertad de contratar con cualesquiera países del mundo, de un modo que no podemos soslayar la importancia que deriva de las leyes de protección de las relaciones contractuales.

Por tales razones, se impone el seguimiento de la evolución de los sistemas jurídicos individualistas y patrimonialistas hacia un sistema de protección colectiva de las personas.

LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA VULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR EN BRASIL

El tratamiento constitucional asegurado al consumidor brasileño, como derecho y garantía fundamental y como principio del orden económico, se fundamentó en la búsqueda de la efectiva transformación social, pues, con ocasión de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, era necesario un cambio en el tratamiento destinado a las personas, como forma de privilegiar su dignidad.

Hay que entender que la consolidación de la República Federativa de Brasil encuentra su fundamento en una sociedad libre,

justa y solidaria, a fin de garantizar su desarrollo, como podemos inferir ya del preámbulo de la Constitución Federal de 1988:

Nosotros representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social (...).

El modelo capitalista repercutió en la masificación contractual, dejando el polo más débil de esta relación jurídica sin ningún tipo de protección. En ese contexto se confirma perfectamente el entendimiento de Rizzatto Nunes sobre el momento histórico vivido, cuando explica que:

Ese modelo de producción industrial, que es el de la sociedad capitalista contemporánea, presupone la planificación estratégica unilateral del proveedor, del fabricante, del productor, del prestador de servicio, etc., pues, esa planificación unilateral tenía que venir acompañado de un modelo contractual. Y este acabó por tener las mismas características de la producción. Además, ya en el comienzo del siglo XX, el contrato era planeado al igual que la producción (Nunes, 2005, p. 4).

La preocupación por el consumidor surge porque se busca un equilibrio entre la atención a los intereses económicos y los sociales. Era necesario que el consumidor tuviera la oportunidad de contratar en igualdad de condiciones para alcanzar materialmente la justicia contractual, al ser reconocida la dignidad de la persona humana como principio fundamental del Estado democrático de derecho, permitiendo aun mayor acceso a los bienes y productos ofrecidos en el mercado y garantizando, así, el bienestar social.

Surge con este nuevo modelo contractual, incluso en el marco del modelo capitalista, una protección capaz de defender al consumidor contra las acciones del mercado. Quedó consignado en la Constitución Federal brasileña, en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias –ADCT–, en el artículo 48, que: “El Congreso Nacional, dentro de los ciento veinte días siguientes a la promulgación de la Constitución, elaborará un código de defensa del consumidor”.

En el marco de todo este contexto surge en Brasil, en 1990, el Código de Defensa del Consumidor como norma de interés social con naturaleza de ley, es decir, norma que posee carácter de obligatoriedad, que es inderogable y está destinada a preservar la seguridad de las relaciones jurídicas, atendiendo al interés social. Así, tutelando al consumidor, se pretendió atender mínimamente sus intereses y necesidades básicas.

El Código de Defensa del Consumidor Brasileño (CDC) cumple ese objetivo, pues se trata de un consumidor que, traduciendo la historia

brasileña, sufre de diversas carencias, entre otras de la de una instrucción adecuada para protegerse autónomamente en la sociedad de consumo, repleta de productos industrializados, manuales de instrucciones, bulas, publicidad, etc.

Percibió el legislador que la consolidación del Estado democrático de derecho encontraba su base en los medios con los que se proveyera la atención de las garantías fundamentales. Así, afirmamos que la Ley de protección del consumidor es un instrumento capaz de buscar la atención de tales garantías, toda vez que, además de asumir la totalidad de los principios constitucionales, concede al consumidor la capacidad de contratar en igualdad de condiciones, con lo cual el Estado otorga una protección especial a la parte más frágil: el consumidor.

Las relaciones de consumo, como es obvio, precedieron a la tutela constitucional. Es en razón del desarrollo de un nuevo modelo de sociedad que se mostró la necesidad de que el Estado actuara de forma intervencionista, dando atención diferenciada a las relaciones de consumo.

Ada Pellegrini Grinover y Antonio Herman de Vasconcellos Benjamim, tratando del modelo capitalista y la creciente preocupación con la defensa de los individuos, aducen:

No es difícil explicar tan gran dimensión para un fenómeno jurídico totalmente desconocido en el siglo pasado y en buena parte de este. El hombre del siglo XX vive en función de un modelo nuevo de asociación, la sociedad de consumo, caracterizada por un número creciente de productos y servicios, por el dominio del crédito y del marketing, así como por las dificultades de acceso a la justicia. Son esos los aspectos que marcaron el nacimiento y desarrollo del derecho del consumidor, como asignatura jurídica autónoma (Benjamim, 2005, p. 6).

De esa manera, la defensa del consumidor es derecho y garantía fundamental, de acuerdo con lo que dispone el texto constitucional brasileño en el artículo 5º, XXXII², y es reconocida como principio del orden económico, como podemos observar en lo dispuesto por el artículo 170, inciso V:

Art. 170. El orden económico fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por objetivo asegurar a todos existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios:

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

[...]

V – defensa del consumidor.

La importancia de tal reconocimiento remonta el entendimiento expresado por Nunes, según el cual:

Las normas constitucionales, además de ocupar el ápice de la “pirámide jurídica”, se caracterizan por la imperatividad de sus determinaciones, que obligan no tanto a las personas físicas, jurídicas, de derecho público o de derecho privado, como el propio Estado.

Lo que se está buscando resaltar es que la Carta Magna expresa un conjunto de normas supremas, que demandan incondicional observancia, incluyendo al legislador infraconstitucional. No es por otro motivo que se dice que la Constitución es la ley fundamental del Estado (Nunes, 2005, p.8).

A partir de ello, tenemos la exacta noción del interés y deber del Estado en favorecer al ciudadano e igualmente propiciar el desarrollo nacional sostenible, erradicando la pobreza e intentando mejorar las condiciones de vida de los brasileños.

EL RECONOCIMIENTO DE LA VULNERABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

Con la edición, en 1990, del Código de Defensa del Consumidor Brasileño, se explicita la adopción del concepto de vulnerabilidad como orientador de las relaciones jurídicas de consumo. Cláudia Lima Marques al tratar la importancia que tiene la vulnerabilidad como parámetro para tales relaciones, sostiene que:

Podríamos afirmar, así, que la vulnerabilidad es más un estado de la persona, un estado inherente de riesgo o una señal de confrontación excesiva de intereses identificado en el mercado (así Rippert, *Allá règle morale*, p.153), es una situación permanente o provisional, individual o colectiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), que debilita, enflaquece al sujeto de derechos, desequilibrando la relación. La vulnerabilidad no es, pues, el fundamento de las reglas de protección del sujeto más débil, es sólo la “explicación” de estas reglas o de la actuación del legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 328), es la técnica para aplicarlas bien, es la noción instrumental que guía e ilumina la aplicación de estas normas protectoras y reequilibradoras, al buscar el fundamento de la igualdad y de la justicia equitativa (Marques, 2006, p. 144).

La vulnerabilidad de todos y cualquier consumidor, entendida como principio básico, produce una protección jurídica diferenciada en relación con el abastecimiento de productos y la prestación de servicios. De ahí, que es deber del Estado la tutela efectiva del consumidor, para que éste tenga acceso a las evoluciones propiciadas por la tecnología y se alcance, finalmente, su inclusión social. En lo que concierne a los

principios de la relación de consumo, Nelson Nery Junior dice que es por respeto al principio constitucional a la isonomía que debe dar un tratamiento diferenciado a los consumidores:

El Código contiene varios instrumentos destinados a la finalidad de colocar al consumidor en posición de igualdad con el proveedor, a fin de que se alcance efectivamente la igualdad real de que trata el capítulo del art. 5º de la CF. La regla general se encuentra en el art. 4º, I, CDC que reconoce el consumidor como la parte vulnerable en la relación de consumo (Nery Junior, 1992, pp. 54-55).

Por lo tanto, el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en Brasil representa un instrumento apto para que primen el acceso a la justicia y la atención del consumidor frente al mercado.

La efectividad en el CDC está presente, justamente, en los instrumentos que validan la atención al consumidor, tanto por la inversión de la carga de la prueba en el proceso civil, cuanto por las acciones gubernamentales, e, incluso, por la adopción de principios como la buena fe, la seguridad, etc. Carlos Alberto Bittar corrobora lo expuesto, señalando que:

Del análisis de esos elementos se puede observar que, básicamente, en la delineación del Código fue asentada la tutela del consumidor bajo tríplice control: el del Estado, el del consumidor y de sus entidades de representación y el del propio proveedor, previendo acciones de orden privado y también público para la garantía y la concreción de sus derechos. (Bittar, 1991, pp. 29-30).

Dispone el Código de Defensa del Consumidor Brasileño, en su art. 4º, cuando trata de la “Política Nacional de Relaciones de Consumo”, que:

Art.4º - La política nacional de relaciones de consumo tiene por objeto la atención de las necesidades de los consumidores, el respeto de su dignidad, salud y seguridad, la protección de sus intereses económicos, la mejoría de su calidad de vida, tanto como la fluidez y armonía de las relaciones de consumo, atendiendo los siguientes principios.

I – Reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en mercado de consumo [;]

José Geraldo Brito Filomeno explica la importancia del concepto de vulnerabilidad:

En el ámbito de la tutela especial del consumidor, efectivamente, es él, sin duda, la parte más débil y vulnerable, si se tuviera en cuenta que los que determinan qué producir, cómo producir y para quién producir no se refieren a la fijación de sus márgenes de lucro (Filomeno, 1999, p. 55).

La vulnerabilidad tiene por fundamento el principio de la igualdad, es lo que da la debida sustentación a la defensa del consumidor. Así Paulo Valério Dal Pai Moraes conceptúa que:

Vulnerabilidad es, entonces, el principio por el cual el sistema jurídico positivo brasileño reconoce la calidad de aquel o de aquellos sujetos más débiles en la relación de consumo, teniendo en vista la posibilidad de que puedan ser ofendidos o lesionados, sea en su integridad física o psíquica o en el ámbito económico, por parte de sujetos más poderosos de la misma relación (Moraes, 1999, p. 96).

Por otro lado, hay que decir que no se puede confundir la vulnerabilidad con la hiposuficiencia, pues:

En cuanto a la hiposuficiencia (el otro requisito alternativo a la verosimilitud para también determinar la inversión de la carga de la prueba en el CDC), ésta no puede ser confundida con la vulnerabilidad, que es marca de todos los consumidores (personas físicas y jurídicas). La hiposuficiencia debe ser valorada caso a caso, mediante la confrontación de las condiciones económicas, técnicas, culturales, financieras, etc., del consumidor y del proveedor en determinada relación jurídica³.

La inversión de la carga de la prueba es instrumento que, a la par de la necesidad de tutela del Código de Defensa del Consumidor, es de extrema importancia, pero la hiposuficiencia y la vulnerabilidad son medios diferentes de tutela. Judith Martins Costa esclarece:

Uno y otro concepto denotan realidades jurídicas distintas, con consecuencias jurídicas también distintas. No todo consumidor es hiposuficiente. El relleno valorativo de la hiposuficiencia –que se puede medir por grados– se ha de hacer, en los casos concretos, por el juez, con base en las ‘reglas ordinarias de experiencia’, y en su soporte fáctico se encuentran, comúnmente, elementos de naturaleza socioeconómica... Su aplicación depende de la discrecionalidad judicial y su consecuencia jurídica inmediata en el proceso civil es la de la inversión del *onus probandi* para la facilitación de sus derechos a la defensa. Todo consumidor, sea considerado hiposuficiente o no, es, al contrario, vulnerable en el mercado de consumo. Aquí no hay valoración del ‘grado’ de vulnerabilidad individual, porque la ley presume que, en este mercado, cualquier consumidor, sea él hiper o hiposuficiente desde el punto de vista socio-económico, es vulnerable técnicamente: en su soporte fáctico está el desequilibrio técnico entre el consumidor y el fabricante en lo que se relaciona con la información difundida sobre el producto o servicio (Martins Costa, 1993, p. 222).

Se ve que la necesidad de reconocer la vulnerabilidad del consumidor surge de su condición frente al mercado de consumo. El consumidor es dependiente de los productos y servicios en los cuales se funda la satisfacción de todas sus necesidades para vivir, esto es, alimentación, vivienda, salud, etc., todos los cuales están condicionados a las acciones imperiosas de los proveedores.

³ Como ya tuvimos oportunidad de abordar en la obra *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo* (2004, p. 115).

Se destaca que el consumidor, además de intentar suplir sus necesidades, es instigado diariamente a consumir a través del llamamiento que el marketing ejerce sobre su vida. La manipulación de la ganas del consumidor por la publicidad y por otros sistemas de comercialización, ataca su libertad y, por lo tanto, merece reglamentación y control jurídico. Flora Margarida Clock Schier pondera que:

Toda esa competencia, sin embargo, hace con que el consumidor, en ocasiones, se deje engañar por la presentación del producto, a tal punto que la inversión en la presentación del producto es tal que todos se vuelven similares a los ojos del consumidor. Las promesas hechas, en las campañas publicitarias, hacen que los productos, en sí, se presenten al consumidor sin diferenciación alguna en cuanto a su eficiencia, haciendo que todos los productos, de cierta forma, sean "iguales", de tal suerte que las marcas ya no los diferencian más (Schier, 2006, p.63).

No se puede olvidar que la vulnerabilidad se configura por el simple hecho de que el ciudadano se encuentra en la posición de consumidor, independiente de su grado cultural, económico, político, jurídico, etc. Antonio Herman de Vasconcellos Benjamim explica: *"Rasgo universal de todos los consumidores, ricos o pobres, educadores o ignorantes, crédulos o espabilados (...) la vulnerabilidad del consumidor justifica la existencia del código"*. (Benjamim, 2005, p.300).

La revolución tecnológica, que toma contornos inimaginables, ejerce, a diario, influencia sobre las relaciones contractuales. Se tienen, por ejemplo, los contratos celebrados en el mundo virtual, el acceso a la cuenta bancaria sin salir de casa, las compras vía Internet y todo lo demás que viene siendo añadido a nuestra realidad. Importante destacar el pensamiento de Flora Margarida Clock Schier:

En el decurso del avance tecnológico y del conocimiento, la sociedad también busca una nueva posición, busca adaptarse a esos nuevos rumbos que le son impuestos. A despecho de eso, se cita, especialmente, la sociedad de consumo. En tal sociedad, por encontrarse con una variedad incontable de productos de marcas diversas que se presentan en constante competencia, cada uno de estos productos busca un espacio en el mercado. (...) Espacio éste que, en especial, exige del productor o del fabricante mayor calidad de los productos (Schier, 2006, p. 63).

Aunque el acceso a estos medios tecnológicos sea más fácil teniendo en cuenta el coste financiero para su adquisición, esto no significa que todos los consumidores estemos en capacidad de usufructuar todos los productos o servicios ofrecidos. Bien sea por falta de información o como resultado de la llamada exclusión digital, tal situación remonta a otro problema relacionado con sostenibilidad e inclusión social, pues es imprescindible que este consumidor pueda intentar realizar sus intereses de forma natural y dignamente amparado por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor es factor imprescindible para una relación contractual justa y ecuánime, precisamente por ser instrumento que busca neutralizar las desigualdades sufridas en el mercado, intentando rescatar principios como la dignidad y la equidad.

LOS OBJETIVOS DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL

La necesidad de información y educación de los consumidores es deber no sólo del Estado, sino igualmente de los proveedores (parte privilegiada de la sociedad de consumo). Pese a que la defensa del consumidor es un derecho fundamental del ciudadano, se debe tener en cuenta que el consumidor común brasileño, como regla, carece de instrucción, o bien no está capacitado para cuestionar o reivindicar sus derechos.

Aunque algunos datos ya muestran una sensible mejora del grado de educación social, la defensa del consumidor brasileño se muestra más eficiente en el plano colectivo que individual; de ahí la razón de que se fomente la creación de las asociaciones y entidades de protección colectiva del consumidor.

Además de un ordenamiento jurídico protector, es necesario el establecimiento de políticas que garanticen a todos los ciudadanos las mismas condiciones y oportunidades de consumo.

La Política Nacional de las Relaciones de Consumo es justamente la acción gubernamental en el sentido de poner en marcha los objetivos instaurados en el Estado brasileño. Olga Maria do Val, citando a Bourgoignie, afirma que una política efectiva debe abordar cuatro aspectos:

I) identificación de la persona del consumidor a partir de su participación socioeconómica en el desarrollo, y las particulares condiciones en las cuales él ejerce y asume su papel; II) justificaciones para la adopción de esa política, mediante consideraciones de orden económico, de carácter social y de naturaleza política; III) objetivos y contenido de esa política, que debe atender integralmente las necesidades que surgen, tales como educación, información, protección y acceso del consumidor a la justicia; IV) elaboración de leyes que posibiliten la efectiva protección del consumidor, de tal manera que el derecho del consumidor, al lado de otros subsistemas (derecho civil, comercial, penal, administrativo etc.), sea autónomo y comporte características propias (Val, 1994, p. 69).

¿Cómo se puede esperar que haya sostenibilidad social (equidad en la distribución de rentas y bienes) si vivimos al margen de las posibilidades de acceso a ellos?

No se puede querer alcanzar la inclusión social, sin antes derrumbar las barreras que nos vuelven efectivamente diferentes, tales como los índices de pobreza y analfabetismo, que, por cierto, están íntimamente relacionados. Paulo Valério Dal Pai Moraes trae un importante comentario respecto del derecho en relación con la realidad vital, diciendo que:

Por último, debe el derecho estar en continua sintonía con la realidad vivida, realizando un intercambio recíproco con las informaciones advenidas de los hechos de la realidad social, a fin de que se pueda evolucionar y para que pueda mantenerse como un sistema adecuado a la satisfacción de las necesidades modernas. De ahí se extrae la quinta función, que es la del cuidado y mejora del derecho, que solamente puede acontecer si se realiza el examen crítico de la vida jurídica (Moraes, 1999, p.48).

La vulnerabilidad es de suma importancia para reconozcamos de forma sistémica la dificultad del consumidor brasileño para entender sus derechos; igualmente es una forma de reivindicar su dignidad frente a las relaciones contractuales y a las imposiciones del mercado. Como ya afirmaba Ruy Barbosa: *“La Democracia no es exactamente el régimen político que se caracteriza por la plena igualdad de todos ante la ley, pero sí por el tratamiento desigual de los desiguales”* (Filomeno, 1999, p. 54).

Solamente con la premisa adoptada de que el ciudadano en la condición de consumidor necesita de amparo y protección especial del Estado, reconociendo su vulnerabilidad frente a los productos y servicios puestos en el mercado de consumo, incluyendo su amplia exposición a los sistemas de *marketing*, es que se pueden generar factores de reequilibrio de estas relaciones jurídicas.

Henry Ford, responsable por la producción en serie, dijo cierta vez *“El consumidor es el eslabón más débil de la economía; y ninguna corriente puede ser más fuerte que su eslabón más débil”* (Filomeno, 1999).

De esta forma, la protección de la “parte más débil” apunta también al propio mantenimiento de la “corriente” (mercado), razón por la cual la atención dada al consumidor es factor de conservación de la propia estructura económica de producción y consumo.

De esta manera, aún si las razones jurídicas de reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor no fueren suficientemente persuasivas, no se puede alejar la idea de que la protección del consumidor es también factor de equilibrio y sostenibilidad económica y social.

CONCLUSIÓN

El Código de Defensa del Consumidor en Brasil refleja las necesidades del consumidor brasileño. El reconocimiento de la vulnerabilidad es sólo una de las varias formas de atención real de estas necesidades.

Intentamos demostrar que por medio de los instrumentos que el Estado utiliza para defender al consumidor se está alcanzando el objetivo de la Constitución Federal de 1988.

Esta misma Constitución plantea el desarrollo e integración económica, política y social de los pueblos de América Latina, que, sin embargo, como sabemos, poseen legislaciones distintas para la atención del consumidor.

Expusimos que el tratamiento de este asunto es de vital importancia, pues debido al comercio electrónico se intensifican las relaciones comerciales entre estos países y se acentúa la problemática que se plantea alrededor de este tipo de comercio, con lo cual se hace necesario saber cuál es la protección que exigirá la contratación.

Entendemos que el Código de Defensa del Consumidor debe ser efectivamente atendido no sólo por el poder judicial como forma de prestigiar el acceso a la justicia, sino que se debe empezar por el proveedor que ha de atender de manera correcta lo dispuesto en la Constitución, o, como en el caso de algunos países de América Latina, en leyes infraconstitucionales de protección al consumidor.

La elección de gobiernos de izquierda en América Latina demuestra la intención de las personas de tener un Estado inclinado a las cuestiones sociales. El Estado debe tender de forma intervencionista a la protección de la parte más débil y vulnerable, partiendo del reconocimiento de dicha vulnerabilidad del ciudadano, lo cual constituye un importante factor de transformación social.

No podemos vislumbrar una manera viable de consagrar el Estado democrático de derecho sin pensar en los instrumentos que permiten su institución. Asimismo, vemos que en Brasil son fundamentos de la República Federativa la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, y el desarrollo y erradicación de la pobreza, entre otros. Esto muestra, en consecuencia, la necesidad de un desarrollo sostenible en todos los países de América Latina, que resguarde los derechos individuales y colectivos y permita la integración económica, social y cultural. Los instrumentos deben presentarse adecuados y efectivos a las realidades de este países. Se debe decir que la defensa del consumidor en América Latina es reciente; en Brasil la promulgación de legislación específica sobre el tema data de 1990, constituyéndose realmente en

el propulsor de la misma para países vecinos, los cuales utilizaron el modelo aquí implementado para el lanzamiento de legislaciones sobre las relaciones de consumo, cuyo propósito es atender materialmente las necesidades del consumidor.

La vulnerabilidad del consumidor en la legislación brasileña se mostró, así, adecuada, en la medida en que existen diferencias materiales en la relación de consumo entre el contratante y el contrayente. De hecho, percibimos la vulnerabilidad como un instrumento para que el consumidor tenga acceso a informaciones claras y necesarias sobre los productos y servicios ofrecidos.

Por lo tanto, el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor realza la intervención del Estado en la protección de la parte más débil y desprotegida, intervención que se convierte en un factor de transformación social en la medida en que permite un crecimiento más sostenible y ecuaníme del país, modelando permanentemente una sociedad que se muestra atenta a los derechos sociales y colectivos que demandan atención especial por tratarse del interés de todos.

BIBLIOGRAFÍA

- BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho*. Trad. Eugênia Deheizelin, São Paulo: Esfera, 1999.
- EFING, Carlos Antônio. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, Curitiba: Juruá, 2004.
- FELLOUS, Bella Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Europeia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS COSTA, Judith. "A Guerra do Vestibular e a Distinção entre Publicidade Enganosa e Clandestina" en *Revista Direito do Consumidor* – vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese,

1999.

NERY JUNIOR, Nelson. "Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor" en *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

VAL, Olga Maria do. *Revista Direito do Consumidor 11*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

El papel del derecho en el cambio material y simbólico del paisaje colombiano (1850-1930)

GERMÁN PALACIO*



En Colombia, durante el siglo XIX, después de las guerras de Independencia, la propiedad privada de la tierra era localizada y precaria. El país era un archipiélago de regiones controladas desde tiempos coloniales por una población criolla que con el paso del tiempo sufrió un intenso proceso de mestizaje. La apropiación privada de la tierra en tal archipiélago estaba sujeta a restricciones en su compraventa, que se aplicaban a los resguardos indígenas, a la propiedad eclesiástica y a otras tierras públicas. Muchos de estos fundos estaban rodeados de un mar de tierra sin propietario privado. Una de las tareas de los reformadores liberales de mediados de siglo era consolidar un régimen legal que garantizara un sistema de apropiación privada de la tierra, que permitiera y estimulara su comercialización.

Después de la recuperación de las guerras civiles, los nuevos tiempos estuvieron marcados por el referente del mercado internacional y el libre comercio. Las elites empezaron a percibir un mundo ávido de productos tropicales y ensoñaron un país con vocación exportadora, no de aquellos productos provenientes de las tierras frías –papa, trigo o cebada, por ejemplo–, sino de los tropicales de tierra templada y caliente –algodón, tabaco, quina, tagua, café, caucho y otros–, de modo que este interés implicó un movimiento de personas y capital que tendió a transformar el paisaje del país.

En este complejo proceso, el derecho tendría un papel importante que desempeñar, contribuyendo a darle estructura a esa entramada dinámica a través de tres mecanismos principales: i) la elaboración de un sistema legal, que se consagró en el Código Civil, el cual basaba su racionalidad en la primacía de los derechos individuales sobre los derechos sociales; ii) la abolición de las restricciones a la mercantilización de la tierra, y iii) la distribución de las tierras públicas conocidas como baldíos entre propietarios privados.

* Profesor Titular Universidad Nacional de Colombia, Sede Amazonia-Leticia.

Palabras clave: derecho civil; propiedad de la tierra; liberalización; Código Civil; derecho a la propiedad.



In Colombia, during the XIXth century, after Independence wars, the private ownership of land was located and precarious. The country was a mass of controlled areas since colonial times by a native population which, over time, went through an intense process of racial mixture. The private appropriation of land in this mass was subject to restrictions on its sale and purchase, applied to the indigenous reservation, to the church property and other public lands. Many of these countryside properties were surrounded by a land sea with no private owner at all. One task of mid-century liberal reformers was to strengthen a legal regime that guaranteed a system of private appropriation of land, allowing and promoting its commercialization.

After recovery from civil war, new times were characterized by the international market model and the free trade. The elite perceived a world eager for tropical products and fantasized an export-oriented country focused not on those cold-weather products –i.e., potato, wheat or barley-, but on those tropical/warm-weather products –i.e., cotton, tobacco, cinchona bark, ivory-nut palm, coffee, rubber and others–, so that interest implied a movement of people and money, which tended to change the landscape of the country.

In this complex process, law would have an important role to carry out, helping to structure that intricate dynamic through three main mechanisms: i) developing a legal system, enshrined in the Civil Code, which based its rationalization on the priority of individual rights over social rights; ii) the abolition of restrictions to land commodification, and iii) the distribution of public lands known as vacant lots among private owners.

Key words: civil law; ownership of land; liberalization; Civil Code; right to property.

INTRODUCCIÓN

En 1893, cuando un diestro baquiano preguntó a Santiago Pérez Triana y a su comitiva lo que motivaba su extenso viaje desde Bogotá al Atlántico, cruzando los Llanos Orientales, Pérez y sus amigos respondieron que estaban pensando comprar tierra. Los viajeros, miembros distinguidos del Partido Liberal, en realidad estaban huyendo de las autoridades conservadoras, e intentaban alcanzar Europa desde la boca del Orinoco. Aunque Pérez notó la sonrisa escéptica del baquiano, solamente unas pocas semanas después comprendió las razones de este descreimiento cuando el trochero mencionó que “comprar tierras en los Llanos es como arar en el mar” (Pérez Triana, 1992, p. 48). En esa

época, y en buena parte del siglo siguiente, en los Llanos Orientales, la tierra era medida de conformidad con una vieja usanza: la duración de un tabaco. En aquellas dilatadas regiones del oriente colombiano, en realidad, lo significativo y valioso no eran tanto los bienes raíces, sino el ganado que pastaba en las planicies (Pérez Triana, 1992, p. 48).

Lo que ocurría en Colombia durante el siglo XIX, después de las guerras de Independencia, era que la propiedad privada de la tierra era localizada y precaria. El país era un archipiélago de regiones controladas desde tiempos coloniales por una población criolla que con el paso del tiempo sufrió un intenso proceso de mestizaje. La apropiación privada de la tierra en tal archipiélago estaba sujeta a restricciones en su compraventa. Estas restricciones se aplicaban a los resguardos indígenas, a la propiedad eclesiástica y a otras tierras públicas, tales como ejidos y dehesas, o a tierras privadas por razones de mayorazgos. Muchos de estos fundos estaban rodeados de un mar de tierra sin propietario privado. Una de las tareas de los reformadores liberales de mediados de siglo era consolidar un régimen legal que garantizara un sistema de apropiación privada de la tierra, que permitiera y estimulara su comercialización¹.

Pasado el período de recuperación de los estragos causados por las guerras civiles –destrucción productiva, recambio de elites y colapso institucional–, los nuevos tiempos fueron marcados por el referente del mercado internacional hegemónico por la idea del libre comercio. Las elites empezaron a percibir un mundo ávido de productos tropicales y ensoñaron un país con vocación exportadora, no de aquellos productos provenientes de las tierras frías –papa, trigo o cebada, por ejemplo–, sino de los tropicales de tierra templada y caliente –algodón, tabaco, quina, tagua, café, caucho y otros–, de modo que este interés implicó un movimiento de personas y capital que tendió a transformar el paisaje del país. Esta dinámica dio lugar a un proceso de domesticación del paisaje con un desplazamiento poblacional que se experimentó como una especie de “fiebre de tierra caliente” (Palacio, 2007”).

En este complejo proceso, el derecho tendría un papel importante que desempeñar, contribuyendo a darle estructura a esa

¹ La idea de que varios, o al menos dos sistemas legales, operan al mismo tiempo en el mismo territorio ha sido desarrollada en las tres últimas décadas. Esta perspectiva desafía el punto de vista de que sólo existe un sistema legal y es el definido por el Estado. Algunos de estos conceptos pueden ser encontrados en literatura creciente. Menciono sólo como ilustración la obra *Pluralismo Jurídico* de Germán Palacio (1993), y *Towards a New Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, de Boaventura de Souza Santos (2002). Otras dos revistas que ilustran esta temática son *El Otro derecho* y *Bayón Law* publicadas por ILSA. Para el papel simbólico del derecho, ver *La eficacia simbólica del derecho*, de Mauricio García (1994).

entramada dinámica a través de tres mecanismos principales: i) la elaboración de un sistema legal, que se consagró en el Código Civil, el cual basaba su racionalidad en la primacía de los derechos individuales sobre los derechos sociales; ii) la abolición de las restricciones a la mercantilización de la tierra, y iii) la distribución de las tierras públicas conocidas como baldíos entre propietarios privados. Se trataba de una tarea compleja. La solución institucional a varios de estos problemas fue sólo posible cuando el Código Civil, considerado parte integral de la Constitución (Ortega Torres, 1955), sancionó la propiedad privada como un derecho absoluto.

Ese proceso de entronización del Código Civil dentro del entramado jurídico-político fue un fenómeno supranacional. En la escala hispanoamericana, España, Chile, Argentina junto con Colombia y los demás países latinoamericanos, incluido Brasil, se plegaron a lo que se llegó a llamar la “tradición del derecho civil”, sumándose al movimiento codificador francés y adecuando la Constitución nacional a esta filosofía (Merriam, 1969). Con respecto a la propiedad privada, desde un punto de vista económico-social, no había diferencias sustanciales entre esa tradición civil y la que se asocia al *Common Law* anglosajón (derecho común). En el sentido técnico jurídico, no obstante, sí existía una notable diferencia. El proceso codificador revolucionaba el derecho positivo de tal modo que la dispersión, la casuística y los fueros (basados en estatus personales o concesiones históricas de la Corona a ciertos grupos) tendieron a ser suprimidos o subordinados bajo el derecho positivo, es decir, el derecho del Estado.

Desde la promulgación del Código Civil, el derecho fue considerado universal, general e impersonal, tal como lo defendió la tradición racionalista. Este derecho estatal no pretendía crear, sino reconocer los derechos individuales, particularmente, los derechos de propiedad, como en la filosofía del derecho natural. No se trataba de una interpretación positivista, sino iusnaturalista del derecho positivo. Esta perspectiva encajaba bien con la ideología liberal, ya que el individuo y el derecho de propiedad, se entendía así, precedían al Estado.

Había un problema práctico, sin embargo, que debería ser resuelto: la inseguridad legal que era otra de las razones por las cuales la propiedad era precaria. Las guerras de Independencia abolieron sólo aspectos de la legislación colonial. De hecho, desde 1850 fue clara la necesidad de cambiar la legislación española –particularmente las Leyes de Indias– de corte casuístico y fundada en estatus personales, la cual había sobrevivido a la Independencia, se caracterizaba por compilaciones heterogéneas y estaba plagada de excepciones. Ese sistema español generaba problemas varios e inseguridad legal: primero, sobre si una ley

específica existía y estaba o no vigente; sin los sistemas informatizados de fines del siglo XX, realmente era un quebradero de cabeza tener certeza sobre este aspecto de la ley. Segundo, el orden jerárquico de prevalencia legal debería ser clarificado, ya que la pirámide jurídica –con la Constitución en lo más alto de la jerarquía y leyes y normas de distinto nivel descendiendo en orden de prelación– era confusa. Tercero, la necesidad de salvaguardar los derechos adquiridos se volvió imperativo para garantizar el derecho de propiedad: los derechos de propiedad eran frecuentemente desconocidos, particularmente, en casos de confiscación por razones políticas en una época plena de guerras civiles. Los hacendados colombianos trataron de prevenir la violación de derechos de propiedad a través de sociedades con extranjeros, de modo que, en casos de eventuales confiscaciones, los derechos adquiridos fueran protegidos, ya que los bandos victoriosos procuraban granjearse la aceptación de gobiernos extranjeros. Pero ésta sólo podía ser una solución transitoria.

En lo que sigue, el lector encontrará la génesis y desarrollo de esas innovaciones legales. El Código Civil implicó la abolición de las regulaciones en competencia con él, tales como el derecho español, heredado de la era colonial o los sistemas consuetudinarios indígenas. Igualmente, tenía otra aspiración expansiva en el largo plazo: el Código Civil debería acabar regulando las relaciones jurídicas de tierras que, hasta ese entonces eran baldías, pero que con el paso del tiempo, tenían la vocación de ser distribuidas en manos privadas.

Estos cambios legales ayudaron a una reapropiación de las tierras ya controladas desde épocas coloniales; también a la transformación del paisaje de algunas de las áreas de frontera, particularmente, de las tierras templadas andinas de la Cordillera Central y Oriental y de las tierras calientes, apropiadas parcialmente en la región del Tolima Grande o de la costa Caribe desde épocas coloniales. En este caso, la transformación jurídica fue acompañada en la segunda parte del siglo XIX por una innovación tecnológica clave para el control de los ganados: el alambre de púas (Posada-Carbó, 1996, pp. 76-78; Yepes, 2001).

En contraste con los desarrollos anteriormente descritos, en la práctica, la mayor parte del país no estaba sujeta al Código Civil, a pesar de que éste establecía que su aplicación estaba prevista para el conjunto del territorio nacional. El país vivía más bien una especie de “ley del monte” diversa, de conformidad con las características ecosistémicas, productivas, sociales y de poder de la región en cuestión.

A juzgar por el caso colombiano, esta difundida “anormalidad” ha contribuido a dar pie a difundir la opinión de que la distancia entre

las normas y la realidad en América Latina es monstruosamente grande, dando lugar a un absurdo formalismo legal. Esta opinión tiene algo de cierto, pero tratada de manera superficial genera incompreensión sobre el proceso de imposición –permanentemente desafiado–, al menos en el caso colombiano, del poder el Estado nación y del derecho estatal.

Desde la óptica del formalismo legal han sido formuladas hipótesis sofisticadas para explicar esta situación. Para el caso venezolano, Rogelio Pérez Perdomo ha postulado que el formalismo legal en Venezuela durante el siglo XIX tuvo tres funciones centrales: política, como máscara e instrumento de caudillos; simbólica, como una herramienta de relaciones exteriores, para proyectar una imagen de nación civilizada, y, finalmente, como un instrumento ideológico, para autoproyectar a las élites como agentes de progreso (Pérez Perdomo, 1978, p. 99). Concuero con la contribución de Pérez en términos generales, pero difiero de su planteamiento en dos aspectos y trabajo sobre otros dos que él no cubre.

Primero que todo, Pérez enfatiza en exceso la careta ideológica del derecho, subvalorando la faceta de su ejecución y cumplimiento. En contraposición, aquí se argumenta que en algunas áreas el derecho sí se cumplía, tanto en términos de la búsqueda de privatización y comercialización de la tierra, como en términos de seguridad legal. Lo que constituye relativamente un fracaso, puede verse también como un éxito relativo. En segundo lugar, mientras que Pérez no hace distinciones socioespaciales sobre este formalismo legal, este texto se concentra en áreas no urbanas, dejando de lado las áreas urbanas o las zonas rurales aledañas a éstas –su *hinterland*–, en las cuales era en esa época más fácil y expedita la ejecución del derecho que en las áreas rurales. Tercero, el proyecto legal del siglo XIX no “olvidaba” aspectos de ejecución material o efectiva, tópico que Pérez no incluye en su investigación (Pérez Perdomo, 1978, pp.12-14).

En resumen, aquí se argumenta que las innovaciones legales, en su dimensión retórica o ideológica produjeron transformación simbólica del paisaje, pero que una transformación material del mismo –que sí existió, propiciada por el derecho– fue restringida. De un lado, el proceso político y socioeconómico del país en su conjunto fue reforzado por una normatividad legal, por ejemplo, en la zona andina y en partes de la costa Caribe, la cual generó cambios materiales de paisaje, impulsando un importante proceso señorial o hacendario. Las innovaciones jurídicas sólo lograron una parte de lo que se propusieron porque estas haciendas, muchas de ellas convertidas en latifundios, fueron explotadas sólo parcialmente, dejando extensas regiones incultas. A lo anterior se debe agregar que las regiones más allá de la frontera de la

expansión colonizadora, tales como la Amazonia, la Orinoquia el Chocó biogeográfico, el Magdalena Medio, la región montañosa de Perijá, la semidesierta península de la Guajira y otros micro ecosistemas, no fueron fundamentalmente transformadas ni drásticamente cambiadas por la imposición del Código Civil. El ideal de un territorio colocado en manos de propietarios privados simplemente no funcionó, y la transformación drástica del paisaje por la lógica comercial sobre la tierra arraigó sólo parcialmente en la realidad (Palacio, 2007, p. 13).

Durante el período que cubre este estudio hubo un proyecto de captura y organización jurídica de la naturaleza, que apuntaba a sentar las bases de la transformación material del paisaje. El derecho contribuyó a este cambio en un complejo proceso de transformación del biodiverso archipiélago ecológico colombiano. Con el propósito de comprender el desarrollo de este proceso, conviene presentar los más relevantes antecedentes legales para tener cabal entendimiento de las transformaciones materiales y simbólicas que ocurrieron en este período.

ANTECEDENTES

Sin tener la pretensión de hacer una revisión completa del derecho que precedió a la promulgación del Código Civil, es indispensable señalar cuatro aspectos esenciales de ese derecho: la subordinación de la esfera privada a la pública; la noción de “justo título”; la distinción entre “cosas” y “bienes”, y la filosofía de la naturaleza implícita en el derecho español.

Varios autores han notado que la dualidad del derecho público-privado del derecho francés moderno, del cual se deriva el Código Civil colombiano, es opuesta al derecho español, en general, y a las Leyes de Indias, en particular, las cuales no admiten esta separación (Nieto Arteta, 1987, p. 61; Capdequi, 1959, p. 27). Así, en el derecho español había una continuidad en el derecho público que subordinaba el derecho privado. Ots Capdequi afirma que: “toda la doctrina jurídica promulgada por el estado español estaba inspirada en el principio de que el ejercicio de la propiedad privada de la tierra en las Indias tenía una función social” (1959, p. 165). Esta función social era entendida como un interés económico de promover el crecimiento demográfico y el incremento del valor de la tierra a través de la agricultura, junto con el interés fiscal de aumentar el número de tributarios (Capdequi, 1959, p. 165).

El predominio del derecho público en el derecho español no nos debería inducir a creer que las normas del derecho público fueron aplicadas de una manera coherente y sistemática en las colonias hispanoamericanas. Como ha sido documentado, en buena medida la

empresa colonizadora fue dejada a la iniciativa privada de aventureros y a una parte de la sociedad española que carecía de privilegios en su tierra nativa. Por esta razón, Ots Capdequí expresa su escepticismo sobre la eficiencia de las normas, debido a las “trágicas sorpresas que una indomable y dura naturaleza reservaron a los exploradores y a las dificultades imprevistas en España asociadas al cultivo de la tierra” (1959, p. 165).

El problema, en realidad, no era solamente la naturaleza indomable de América, sino una expresión del conflictivo proceso de subordinación y explotación de los pueblos indígenas y también el control del proceso de apropiación de tierras y poblaciones por parte de los conquistadores y colonizadores. Además, es bien conocido que los administradores coloniales se orientaron por el principio de que “la ley se acata pero no se cumple”. En vez de entender esto como un vacío entre las normas en los libros y las normas en la práctica, John Leddy Phelan (1960) ha mostrado un lado creativo de este aparente vacío, en el sentido de que se trata de la “flexibilidad” del sistema bajo las condiciones específicas de largas distancias y dificultades de comunicación entre las colonias y la metrópolis. Mostraré más adelante que el Código Civil previó algunos mecanismos jurídicos para garantizar la ejecución de las leyes.

El proceso de expropiación de los nativos estuvo cruzado por fieras discusiones legales desde comienzos de la dominación española. Por ejemplo, dado que toda la propiedad implica dos elementos –justo título y buena fe–, es ilustrativo revisar el tema del “justo título” a la llegada de españoles y portugueses a América (Seed, 1995; Padgen, 1995). El “justo título” tiene una gran importancia, en tanto que el sistema de justicia estatal examina las características de los títulos sobre la tierra para proteger el derecho de propiedad contra reclamaciones sin sustento. Un primer intento de justificar la dominación española se construyó sobre la idea de atribuirle a América el carácter de *res nullius*, lo que la hubiera convertido en cosa sin dueño, que, en consecuencia, podía ser apropiada por quien la descubriera, encontrara u ocupara (Konetzke, 1972, p. 21). Sin embargo, dado que América estaba poblada y no desocupada, se ensayó otro tipo de justificaciones.

Ots Capdequí, quien para este propósito cita a Silvio Zabala (1935, pp. 190-192), se refiere a dos olas argumentativas en relación con el “justo título”. En la primera onda, el justo título se fundó en la reducción de la población nativa a la categoría de bárbaro, infiel, pecador o vicioso. Bajo estas condiciones, se podía aducir o adelantar una “guerra justa” cuando se encontrara resistencia indígena. En la otra versión, siguiendo la idea del Ostiense, eminente jurista del siglo XIII, los poderes temporales y espirituales estaban atados a la figura de Cristo, de quien

el Pontífice era representante en la Tierra. A finales del siglo XV, el Papa Alejandro Sexto, mediante una Bula, partió entre españoles y portugueses lo que se llamaba América y supuso, en consecuencia, que el “justo título” derivaba no de una guerra justa, sino de su autoridad para conceder dominio a España y Portugal con base en la interpretación del Ostiense.

En el segundo ciclo, la autoridad temporal del Papa sobre los “infieles” fue revisada y cuestionada su supuesta jurisdicción universal como emperador. El jesuita Francisco de Vitoria, recuperando una vieja doctrina atribuida a Santo Tomás de Aquino, sustentaba que los indios eran legítimos señores de sus tierras. Otras razones, en consecuencia, deberían ser buscadas para justificar los títulos, por ejemplo, predicar y propagar la religión cristiana, la comunicación social y natural, la tiranía de los señores de los indios, la elección voluntaria y verdadera de los bárbaros, la alianza entre indios y españoles, o la incapacidad de los indios para autogobernarse (Capdequi, 1959). El debate entre De Las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda está marcado por estas opiniones contradictorias con respecto a los indígenas. Lo cierto es que con la imposición de la dominación española, todos los justos títulos debieron emanar directa o indirectamente del rey (Capdequi, 1959, p. 151). El justo título sobre la tierra dependió entonces del Estado.

Más tarde, esta misma noción iluminaría el régimen legal sobre las tierras incultas. De esta manera, las que se llamaron “gracias”, “mercedes reales”, “reducciones” o “corregimientos” llegarían a ser la fuente de propiedad de las tierras indígenas, todas emanadas de la autoridad del Imperio. Las “distribuciones” son títulos originales de descubrimiento y poblamiento. Más tarde, con el avance de la colonización, las “composiciones” –que implicaban enmiendas para títulos defectuosos– fueron empleadas cuando los justos títulos fueron debatibles y las compraventas empezaron a ser más comunes, sólo después de 1680. Los alcaldes también distribuyeron tierras, pero esta distribución era legalmente cuestionable, y la recomendación imperial a finales del siglo XVIII era que nunca se hicieran sin la autorización del Virrey respectivo. Los alcaldes practicaron “composiciones colectivas” para legitimar situaciones de hecho (Capdequi, 1959, p. 153).

De conformidad con Ots Capdequi, la “prescripción” –modo de adquirir el dominio o propiedad por posesión material permanente e ininterrumpida– tenía un alcance muy reducido e implicaba posesión por cuarenta años, lo que hoy sería considerado un tiempo largo. Esto era válido hasta 1754, cuando una provisión real exigió hacer composiciones cuando se carecía del justo título. Si bien el pensamiento legal imperial proveniente de los códigos justinianos consagró la idea de la propiedad privada como derecho absoluto, de modo que el derecho español conocía

esta figura, ella operaba bajo la preeminencia de la autoridad imperial.

La clasificación de las “cosas” en el derecho imperial prenapoleónico de Alfonso X El Sabio, establecido en *Las Siete Partidas*, es fascinante y difiere de la lógica racionalista dualista del Código Civil. La clasificación dualista del Código Civil distingue entre cosas de un lado y “sujetos” o “personas” de otro. *Las Partidas* distinguen entre cinco tipos de cosas, pero advierte que “cosas” es todo aquello que sin ser persona o acción puede proveer algún *confort* al hombre. Ellas son:

1. Comunes a las bestias y todas las otras criaturas que viven, para poder usar de ellas también como a los hombres. Dentro de esta especie se comprenden: el aire, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas.
2. Otras que pertenecen sólo a los hombres (de uso comunal).
3. Las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes que pueden usar sus moradores mas no los moradores de otros lugares.
4. La propiedad privada de persona, ciudad, colegio o universidad.
5. Cosas sagradas, religiosas y santas (Capdequi, 1959, p. 153).

Finalmente, para redondear, deberíamos revisar la filosofía medieval cristiana que fundamentaba al derecho español, uno de cuyos más grandes exponentes fue Santo Tomás de Aquino. Este sacerdote dominico formuló los principios universales de toda ciencia. Santo Tomás, como todo el pensamiento medieval, sostenía la preeminencia del origen no humano –sino divino– del derecho. No obstante, uno de sus mayores esfuerzos fue acoplar y armonizar el derecho humano al divino. El derecho es más que una serie de reglas que regulan la conducta humana; es una emanación de la razón divina que regula las relaciones entre todas las criaturas animadas e inanimadas, animales y humanas. Las leyes humanas son sólo un aspecto del orden global cósmico.

Varios puntos deben ser subrayados: a pesar del triunfante antropocentrismo del Renacimiento, nunca fue eliminada por completo la conexión entre los humanos y las fuerzas cósmicas de la creación divina, es decir, entre los humanos y las cosas. Tal vez el maniqueísmo y el espíritu platónico, recogidos por San Agustín, habían devaluado el cuerpo, lo material y lo sensitivo. Se trataba más de una excepción que de una regla. Mientras el derecho natural tomista acogía a la totalidad del cosmos, el derecho natural que emergió durante el siglo XVII se enfocaba no en el cosmos, sino en la naturaleza humana. Así, con el paso del tiempo y, definitivamente, con la Revolución Francesa y la Independencia de Estados Unidos, el derecho natural se convirtió en derecho de la naturaleza humana o los derechos humanos.

La división dualista del derecho natural fue analizada en el estudio sistemático de Eric Wolf (1960). En consecuencia, este autor se interroga sobre si la naturaleza en este derecho es el “cosmos” o el “hombre”. El derecho natural de Santo Tomás fue subvertido por un derecho natural no justificado en Dios, sino en la naturaleza humana. Esto quiere decir que se basa en la razón humana, la cual permitió la distinción jurídica tajante entre seres humanos y naturaleza, lo que, a su turno, se convirtió en el derecho humano a gobernar y transformar la naturaleza.

Con estos elementos de referencia, podemos ahora revisar el derecho del proyecto liberal que apuntaba a la transformación de las relaciones ambientales dominantes y, consecuentemente, del entorno tropical biodiverso y fragmentado colombiano. Antes de avanzar al siguiente escalón, es necesario responder una pregunta que el lector eventualmente podría haberse hecho: ¿Por qué es relevante este rodeo marchando atrás hacia el derecho español y su influencia medieval? La respuesta es: porque la expansión hacia las tierras calientes y bajas, como son las de la Amazonia, por ejemplo, implicó una suerte de nueva “conquista”, en una región donde la gente fue considerada “salvaje” y esclavizada, tal como ocurrió en los albores de la dominación ibérica en América. La ilegalidad de la esclavitud para ese momento no previno una práctica funcional a la economía extractiva que imperó en la Amazonia con la explotación del caucho. Ella tuvo, sin embargo, una justificación cultural apoyada en un viejo debate legal.

EL DEBATE EN LA TRANSICIÓN: DETERMINISMO GEOGRÁFICO Y POSITIVISMO UTILITARIO

Bernardo O'Higgins, supremo gobernador de Chile, había recomendado desde la década de 1820 que su país debía adoptar los cinco volúmenes del Código Civil francés. Esta iniciativa no fue exitosa, porque algunos consideraban que ello implicaba ignorancia histórica y social de las condiciones existentes de este país recién creado. Más tarde, esta iniciativa tendría éxito en las manos del venezolano Andrés Bello, un intelectual que dejó una huella profunda en los países que recién emergían de las cenizas de las guerras de Independencia. Sus ideas, sin embargo, fueron controversiales.

Pongamos un caso significativo: Simón Bolívar fue educado por Bello. Sin embargo, y al igual que muchos otros héroes hispanoamericanos, había leído al Barón de Montesquieu y compartía los argumentos teóricos antagónicos a Bello y O'Higgins. En el Manifiesto de Cartagena de 1812, Bolívar se opuso a lo que llamó “repúblicas aéreas”, las cuales

imitaban instituciones foráneas y se apropiaban de legislación de otros países sin tener en cuenta características en términos de historia, geografía y cultura. Bolívar compartía con Montesquieu su determinismo ambiental, si bien, tal vez, no era completamente consciente de todas sus implicaciones, las cuales colocaban en condición de inferioridad a los países que estaban localizados en el trópico, según esta visión, no podrían estar habilitados para desarrollar verdaderas civilizaciones avanzadas. En todo caso, el debate sobre la necesidad de construir un derecho que se adecuara a la América equinoccial y sus características étnicas e históricas, de un lado, o la adaptación de otros ejemplos, como los avances legales de Francia, por otro, tenía ya trayectoria.

Esto fue lo que Bolívar le dijo a sus futuros compatriotas de la Gran Colombia en el Congreso de Angostura en 1819:

¿No dice el Espíritu de las Leyes que éstas deben ser propias para el pueblo que se hacen? ¿Que es una gran casualidad que las de una Nación puedan convenir a otra? ¿Que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos? ¿Referirse al grado de libertad que la Constitución puede sufrir, a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales? He aquí el código que debemos consultar y no el de Washington (Bolívar, 1986, p. 102).

El derecho natural fue una ideología compartida por los precursores de la Independencia (Jaramillo Uribe, 1996, p. 159). Sin embargo, el positivismo legal, esto es, la idea de que el derecho es norma escrita sancionada por el Estado, sin consideraciones por fundamento trascendental, era difundida por Francisco de Paula Santander, el patriota más conspicuo de la Nueva Granada. Santander proclamaba las enseñanzas de Jeremy Bentham. Esta fue la visión de filosofía política que primero se enseñó después de la Independencia en las universidades de la Nueva Granada, aunque por un corto período (Jaramillo Uribe, 1996, p. 179). Para los positivistas de la época, el derecho era una emanación de los órganos estatales. La norma legal (*lex*) apuntaba a suplantar la justicia (*ius*), que fue tan significativa durante la Edad Media. Se trataba de un derecho racionalista, opuesto a la casuística española, la cual era acusada de estar impregnada de consideraciones morales que la convertían en un derecho irracional, desde un punto de vista positivista.

Las enseñanzas del utilitarista Betham tenían, sin embargo, muchos enemigos y no lograron imponerse ni en términos de un proyecto de construcción de un derecho basado en los rigores de las ciencias naturales, ni en términos de la filosofía utilitaria. En consecuencia, la legislación no fue fundada en las ideas santanderistas derivadas de

Bentham de que el Estado y el derecho están justificados en términos de su capacidad de generar el mayor placer para el mayor número de gente y que debe evitar el sufrimiento, tal como lo pregona el utilitarismo. Desde un punto de vista ambiental, la separación radical en el Código Civil entre sujeto y objeto no daba lugar a la consideración de los derechos de los animales, sino de los de sus propietarios. Por el contrario, desde la perspectiva utilitaria, se podría considerar el asunto de los derechos de los animales en términos de entidades que pueden experimentar sufrimiento (Ferri, 1995). En cualquier caso, los animales como tal no fueron un asunto central en la discusión legal, sino la tierra. El nuevo derecho tenía que enfocarse en el asunto central de mitad de siglo y más allá, es decir, en el tema de la propiedad de la tierra rural.

LA MOVILIZACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Siguiendo a Karl Polanyi (1989), el proceso de abstracción y aislamiento de la tierra y el trabajo como mercancías empezó en la península itálica e Inglaterra durante el siglo XV y corrió durante un largo proceso que contrasta con el mismo fenómeno en América, donde fue bastante más corto y acelerado. Es importante tener en cuenta que antes de ser materialmente abstraída como mercancía o construida como una cosa inanimada, deprivada de su connotación subjetiva y considerada como un factor de producción, la tierra estaba entrelazada con elementos rituales, religiosos, culturales y de poder (ver Ez Alcantud y González de Molina, 1992; Fals Borda, 1979; Friede, 1976, p. 30). Ello no se reduce a una característica histórica de Europa. Toda la etnografía producida a escala mundial lo sabe y está saturada de ejemplos, en las Américas, África, Oceanía y Asia. La existencia de la propiedad privada de la tierra tampoco implica necesariamente que sea una mercancía. Los ibéricos conocieron la institución desde tiempos romanos, pero el sentido profundo de la tierra no era el de su circulación de mano en mano para la compraventa. Usualmente tenía otras funciones referidas al prestigio.

La promulgación del Código Civil aspira a cambiar esta situación, reflejando la aspiración de un sector de las elites de la época. Se trataba de regular las relaciones sociales de un período en que la finca raíz se había convertido en el bien social por excelencia, ya que expresaba no sólo poder y prestigio, sino también riqueza y dinero. Su vocación, sin embargo, era la de circular, de modo que su traslado de mano en mano no debería ser restringido por razones legales o sociales. El derecho debía garantizar esta movilidad, al tiempo que proporcionar seguridad a los propietarios. La mercantilización y la protección de la propiedad privada iban de la mano a través del Código Civil pero también

de la Constitución, los cuales se adecuarían mutuamente.

Los intentos liberales de movilizar la tierra se enredaban en unos antecedentes de relaciones que se consideraban anticuados y poco racionales. La propiedad privada existía en el derecho español, pero en el período de posindependencia había todavía una cantidad inmensa de tierra sujeta a limitaciones vigentes para su circulación. Estos obstáculos estaban siendo derribados de manera parcial y por diferentes mecanismos jurídicos desde la administración borbónica en el siglo XVIII. Por ejemplo, a través de “composiciones”, el régimen colonial empezó a liberalizar, es decir, a permitir la circulación de la tierra, reduciendo el tamaño del área de las reservaciones indígenas. Desde muy temprano, la República abolió la institución de los “mayorazgos”, que eran los derechos de los hermanos mayores a heredar para que estos bienes permanecieran enteramente dentro de la familia a perpetuidad (Capdequi, 1959, p. 338). Así, la Constitución política de la República de la Gran Colombia de 1821 prohibió los “*mayorazgos*” en su artículo 179. Esta prohibición fue reiterada en el artículo 150 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1830 y también en el artículo 196 de la Constitución Política de la Nueva Granada en 1832. Igualmente, el artículo 166 de la Constitución Política de la República de Nueva Granada de 1843 consagró la prohibición de establecer propiedad(es) sujeta(s) a restricciones en su movilidad y vínculos similares (Pombo y Guerra, 1986). El cambio legal formal no debería inducirnos a pensar que la situación real cambió inmediatamente, ya que las prácticas culturales seguían arrastrando en su inercia las relaciones que la normatividad trataba de cambiar. La cultura asociada a los mayorazgos, que trataba de mantener las grandes extensiones, se perpetuaba aun sin soporte legal. Y las grandes extensiones se impusieron en muchas partes sin necesidad de los mayorazgos, debido a la expansión de la frontera agrícola.

Los *mayorazgos* eran sólo una de las restricciones a la movilidad de la propiedad privada. La Iglesia, el mayor propietario privado de la época, poseía unos bienes inmuebles con vocación de ser acrecentados, pero no colocados en el mercado de tierras. Desde 1789, los Borbones de España abolieron patronajes y capellanías que eran propiedades inalienables (Capdequi, 1959, p. 341).

En el período republicano, bajo la hegemonía liberal, siendo presidente José María Obando, la Constitución Política de 1853 eliminó la ciudadanía restringida a la condición de poseer bienes raíces o a ser letrado (artículo 2), de tal modo que la agenda liberal de ampliación de la ciudadanía empezó a ganar *momentum*. El artículo 5 de esta Constitución garantizó la inviolabilidad de la propiedad y el artículo 6 eliminó constitucionalmente la institución de la esclavitud, que apenas

tenía jerarquía legal. Una parte esencial de esa agenda liberal implicó la abolición del monopolio del tabaco en 1850 (Gutiérrez, 1997), dejando la dinámica económica a las fuerzas del mercado.

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 radicalizó la agenda liberal y se tomaron medidas más definitivas y sistemáticas. Así, fueron abolidos los “censos”, un contrato que implicaba la inmovilidad de la propiedad raíz a cambio del pago de un canon a perpetuidad. La desamortización de bienes de manos muertas fue promovida tratando de eliminar la práctica de legar bienes a la Iglesia con el propósito de mejorar el futuro espiritual post mórtem a cambio de favores y misas ejecutados por sacerdotes.

En 1863, el Capítulo de la Constitución que consagraba las “Bases de la Unión” de los Estados Unidos de Colombia afirmaba lo siguiente:

Art. 6o. Los Estados convienen consagrar en sus Constituciones y en su legislación civil el principio de incapacidad de las comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas, para adquirir bienes raíces, y en consagrar, por punto general, que la propiedad raíz no puede adquirirse con otro carácter que el de enajenable y divisible a voluntad exclusiva del propietario, y de transmisible a los herederos, conforme al derecho común.

Y agregaba lo siguiente:

Art. 7o. Igualmente convienen los dichos Estados en prohibir a perpetuidad las fundaciones, mandas, legados, fideicomisos y toda clase de establecimientos semejantes con que se pretenda sacar una finca raíz de la libre circulación. Así mismo convienen y declaran que en lo sucesivo no se podrán imponer censos a perpetuidad de otro modo que sobre el tesoro público, y de ninguna manera sobre fincas raíces (Pombo y Guerra, 1986).

La disolución de los resguardos indígenas era otro objetivo central de las reformas para completar una tarea que ya avanzaba desde el siglo XVIII. Orlando Fals Borda (1957, pp. 331-351) reporta que ya desde 1777, en Boyacá, una gran parte de los *resguardos* había sido vendida. Este proceso ganó fuerza en el caso de Cundinamarca a comienzos del siglo XIX. Glenn Thomas Curry (1981) documentó este proceso en Cundinamarca entre 1800 y 1863. Las reformas de 1863 radicalizaron este proceso. Aunque la Constitución de 1863 era federalista, lo que podría hacer esperar que se presentaran diferencias de regulación de Estado a Estado, los dos artículos citados anteriormente cortaban de tajo tal posibilidad, haciendo que en este aspecto la normatividad fuera uniforme. La movilización de la tierra era un objetivo impuesto por el sector liberal de la elite victoriosa. El régimen de Tomás Cipriano de Mosquera, primer Presidente de los Estados Unidos

de Colombia, había tomado decisiones definitivas a este respecto. Las Constituciones aprobadas desde 1850, con pocos matices, definieron que la propiedad debía existir sin limitaciones en su compraventa y que la propiedad pública, en particular, las tierras incultas, debería promover la iniciativa ciudadana en defensa del progreso de la industria y la agricultura del país.

DERECHO CIVIL Y NATURALEZA

Entre 1859 y 1876, una lluvia de meteoritos legales cayó sobre el territorio conocido y explorado de Colombia, en ese entonces una república liberal. Eso ocurrió primero en el centro político del país, en el Estado de Cundinamarca, en 1859, y enseguida en el resto de la federación. Cundinamarca copió el Código Civil chileno, redactado por Andrés Bello, quien se había basado en el Código Napoleónico. En 1873, el presidente liberal Manuel Murillo Toro recibió facultades del Congreso de la Unión para unificar los códigos civiles de los diferentes Estados. En 1876, el Código Civil de la Unión entró en vigor. Había sido copiado del Estado Soberano de Santander, que se había copiado del de Cundinamarca. En 1887, después de la proclamación de la Constitución de 1886 en la era que se conoció como la Regeneración², el Código Civil fue reafirmado como el derecho básico que regía las relaciones privadas (Ortega Torres, 1955).

En Chile, con el propósito de garantizar la armonía del resultado y evitar crear una colcha de retazos, la tarea de redactar el Código se encargó a una sola persona, Andrés Bello, quien debería evitar una simple colección de normas del derecho español y otras normas consuetudinarias. Más bien, el producto codificado había resultado de materiales no originales derivados del Código Napoleónico de 1804, pero era totalmente nuevo para las antiguas colonias hispanoamericanas. La promulgación del Código Civil implicó la victoria del racionalismo jurídico y el abandono del casuismo del derecho español. En términos jurídicos, el derecho francés se convirtió en el paradigma jurídico no sólo en Colombia, sino en Iberoamérica y, con el paso del tiempo, su Código Civil (que se basó en buena medida en adaptaciones del derecho romano) tendió a convertirse en la “tradicición” jurídica colombiana. De este modo, el derecho español, las leyes de Indias y el derecho consuetudinario propio fueron atacados y derogados o sustituidos por un Código Civil que tenía la pretensión de operar de manera homogénea sobre la totalidad

² “Regeneración” es el nombre dado el período que empieza en 1886 con la promulgación de una nueva Constitución centralista durante el gobierno del liberal Rafael Núñez, quien consolidó una alianza entre sus seguidores y el Partido conservador contra los liberales radicales.

del país. Se trataba de una pretensión que distaba mucho de ser exitosa o completa.

Dos elementos básicos, de corte ambiental (interacción naturaleza-sociedad), caracterizaban el Código: la total separación entre el sujeto y el objeto de derecho, es decir, sobre seres humanos y naturaleza, y la noción de propiedad privada (de la tierra, en particular) como un derecho absoluto. Con respecto al primer tema, el Código Civil colombiano estaba compuesto de un “Titulo Preliminar”, el cual incluía una serie de normas de aplicación general, y cuatro libros más, organizados de forma tal que hoy podrían verse ordenados de manera poco técnica: el primero considera las “personas” o sujetos, lo que incluye la reglas del derecho de familia; el segundo trata los “bienes”; el tercero, las “sucesiones y donaciones”, y el cuarto, las “obligaciones y los contratos”. En suma, se podría decir que trata primero de los sujetos, luego de los bienes y por último de los vínculos a través de los cuales los bienes circulan entre los sujetos y los sujetos se apropian de ellos³.

El concepto de “persona” lo define el Código como la entidad capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones (artículo 73 del Código Civil). Los bienes son aquellas cosas corporales o incorporeales que son susceptibles de uso y apropiación (artículo 653 del Código Civil). Los sujetos no son susceptibles de apropiación, lo cual es contrario a la razón, sabiendo además que la esclavitud había sido prohibida. Hasta entonces, los esclavos funcionaban jurídicamente como cosas y no eran sujetos de derechos. Con respecto a la abolición de la esclavitud, Anthony Pagden señaló que la “manumisión, que fue común desde del siglo cuarto antes de Cristo, involucra, en efecto, una transformación legal de la identidad de la persona” (1995, p. 22). Con el propósito de sustentar esta idea cita a William Bernard (1993), quien dijo que la manumisión era “la más completa metamorfosis que uno pueda imaginar de un objeto a un sujeto de derechos”. Los bienes carecen de derechos, lo cual se le aplica a la población esclava y, en general, a las entidades no humanas. Existe en esta formulación jurídica un abismo entre los sujetos y los objetos, entre la gente y el mundo, entre los seres humanos y la naturaleza.

El Código Civil no estaba inventando nada, sino ajustándose a una tendencia de la época que hoy llamamos moderna. De hecho –desde el siglo XVIII, si no antes–, los filósofos habían dividido el mundo de las cosas sin alma del estudio del mundo humano, que incluía los ámbitos del derecho, la política, la ética y la religión. Esta dualidad fue expresada por José Celestino Mutis, el líder de la Expedición Botánica así: “Naturaleza es la tierra considerada desde su estructura geológica,

³ Todas las citas referidas al Código Civil provienen de Ortega Torres (1955).

sus minerales ocultos, la geomorfología de las montañas, los valles y las planicies”. Agrega que incluye al clima, a la vegetación y la fauna, pero también al hombre, en la medida en que “no es tomado en cuanto a su inteligencia y libre albedrío” (Valenzuela, 1983, p. 41). El Código Civil era racionalista en este nuevo sentido.

Este sesgo considerado racionalista reorganiza y simplifica de manera dualista la clasificación del derecho español sobre los bienes, que ya fue mencionado anteriormente. Distingue entre a) sujetos y objetos; b) derechos reales versus personales; c) derechos objetivos versus subjetivos; d) propiedad personal versus bienes reales, y así sucesivamente. La clasificación de los bienes en el derecho español que rigió hasta la época es confusa desde el punto de vista racionalista del Código Civil: las cosas, por ejemplo, no pueden ser comunes a los hombres y las bestias, como decía el derecho español ya citado, en la medida en que las bestias son una cosa y la gente otra, pero sobre todo porque las bestias están excluidas del derecho de propiedad. Igualmente el Código Civil no se refiere a las cosas sagradas, en tanto que todo el sistema de obligaciones e indemnizaciones se convierte o se estima en “bienes” a través de reparaciones monetarias.

El derecho de “dominio” –o la propiedad privada– se define en el artículo 669 del Código Civil como el “derecho sobre una cosa corporal a gozar y disponer de ella, arbitrariamente, en cuanto que no sea “contra la ley o los derechos de otro”. El derecho de propiedad estaba consagrado como un derecho absoluto (*era omnes*). Esto quiere decir que implica una obligación correlativa, no de una persona, sino de todos, quienes están obligados a respetar el derecho del propietario. De la misma manera, la propiedad supone que las acciones del titular del derecho pueden ser opuestas contra cualquiera otra persona que viole o intente violar ese derecho. Finalmente, es un derecho “perpetuo”. Esto contrasta con los derechos transitorios, es decir, aquellos que expiran con el tiempo (por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual) o aquellos que se extinguen por falta de ejercicio del derecho, como el derecho de uso, habitación o servidumbre. Igualmente, reúne los tres elementos en que se descomponía analíticamente la propiedad privada del derecho romano, el *ius utendi, fruendi y abutendi*. La idea de propiedad como un derecho que incluye abuso y perpetuidad sólo sería modificada en la década de 1930, cuando la función social de la propiedad fue consagrada constitucionalmente en Colombia, lo que liquidó definitivamente la idea de la propiedad de la tierra como un derecho absoluto del propietario (Betancourt, 1996; Valencia Zea, 1947).

El derecho de propiedad privada constituye el núcleo de los derechos consagrados en el Código Civil. En esta lógica, se considera

como el derecho más completo, en la medida en que reúne los tres elementos fundamentales analíticamente descompuestos desde el derecho romano y el consumo o abuso de la misma, lo que implica la situación extrema, en algunos casos, de su destrucción. Finalmente, la propiedad de la tierra representa la modalidad clave del derecho de propiedad: primero, como derecho real *par excellence*, lo que constituye la razón de que ésta sea el derecho más protegido por la legislación y hace que la tierra esté sujeta a mayores solemnidades en su transferencia o circulación. En segundo lugar, los bienes muebles tienden a seguir el destino de la propiedad raíz para su uso, beneficio o cultivo; tercero, la propiedad raíz requiere de un título formal por escrito como forma de adquirir el dominio, mientras que los derechos personales se transfieren sin mayores formalidades; los actos de posesión y la prescripción son diferentes en los casos de los derechos reales y los personales; la nulidad por la así llamada *lesión enorme*, la cual ocurre cuando el precio es considerado desproporcionadamente injusto, sólo se aplica a los bienes raíces. En suma, el objetivo central del Código Civil es la protección de los derechos y la circulación de los bienes, en general, pero la propiedad raíz, fincas, ranchos, estancias, hatos, haciendas o granjas constituyen la médula que estructura este derecho (artículo 655 del Código Civil).

Mientras que la aspiración de obtener propiedades que eventualmente se destinarían a la agricultura y/o ganadería era parte de la mentalidad de los colonizadores españoles, esta idea de riqueza no siempre fue tan evidente ya que otras formas de enriquecimiento, tales como las minas o la posibilidad de extraer tributos o trabajo de las poblaciones indígenas a través de encomiendas o mitas, el atesoramiento de metales preciosos o la propiedad de esclavos eran formas muy apetecidas de riqueza en el período colonial (Fals Borda, 1973). Hasta que el proceso de producción industrial y la expansión del comercio no revalorizó nuevamente los bienes muebles, la propiedad privada de la tierra continuó siendo el contenido material del derecho moderno. Sólo hasta que el petróleo se convirtió en la fuente por excelencia de energía de las economías capitalistas y socialistas en el siglo XX, el derecho sobre el subsuelo no fue nacionalizado o apropiado por el Estado. Hasta que el proceso de urbanización no elevó considerablemente la renta de la tierra urbana, no fue fácil considerar derechos de propiedad superficial u horizontal, lo cual sólo ocurrió a mediados del siglo XX. La instalación de la lógica individualista de la propiedad privada como un derecho absoluto en el siglo XIX dominó, por mucho tiempo, los modelos básicos de las relaciones socio-económicas.

En consecuencia, no hay duda de que el derecho de propiedad privada de la tierra constituyó el núcleo del derecho civil en la era liberal,

el cual, a su turno, era el núcleo del derecho como un todo y estaba basado en la idea de los derechos naturales del hombre que se suponían inmemoriales y precedían ontológicamente las instituciones políticas, cuya función era preservarlos. Los derechos naturales sentaron las bases de los Estados liberales y consolidaron la idea de unas instituciones políticas separadas de la sociedad y el mercado. Esta lógica y el Código Civil mismo no constituían ninguna fuente de distinción de las ideologías políticas de los dos partidos, el liberal y el conservador. Por el contrario, constituían un terreno común de ambas visiones políticas. Esto fue mucho más evidente para los conservadores cuando el Papa León XIII expidió en 1891 la Encíclica *Rerum Novarum* aceptando la propiedad privada como un derecho absoluto y sagrado (León XIII, 1964).

La ideología de la propiedad privada como un derecho inviolable es recurrentemente expresada por peticionarios, tinterillos y litigantes, como consta en los Archivos de Baldíos. Por ejemplo, en 1912, Alberto Rivera Rodríguez, quien aspiraba a obtener títulos de propiedad en Pandi, Cundinamarca, escribía al Ministro de Obras Públicas en una forma elegante lo siguiente:

El derecho que me asiste no tengo para recordarlo ante su Señoría, puesto que me dirijo a un Ministro de completa erudición en la materia, sino a un ciudadano ilustre, que sabe cuánto vale el **sagrado derecho de la propiedad**, ya en cuanto es una **prolongación del individuo en la naturaleza**, ya como el motor más poderoso en asuntos de progreso y de civilización.⁴

El Código Civil fue un proyecto de transformación de relaciones sociales con la naturaleza, en particular con la tierra. Propuso que estas reglas del juego rigieran para toda la República. Serviría como una carta de navegación para el propósito de cultivar relaciones jurídicas que permitieran la paulatina privatización de las tierras, no sólo de las regiones que ya habían sido colonizadas y domesticadas desde tiempos coloniales, sino también en las zonas de frontera. Con la dicotomía entre sujetos de derechos y bienes, entre seres humanos y naturaleza, el Código Civil consagró la propiedad privada de la tierra como derecho absoluto; impulsó la transferencia de las tierras, circunscribiéndolas y demarcándolas a través de mojones, muros y cercas; subordinó el interés público a la lógica de los derechos privados e incentivó, en unos casos, o restringió, en otros, la explotación de los bosques, siempre bajo la lógica de la transferencia final de los mismos a manos privadas. Por último, pero no menos importante, organizó un esquema legal-formal de apropiación de las tierras de fronteras que, en el caso colombiano,

⁴ Volumen XXXVI, Archivo General de la Nación, Ministerio de Industrias, Departamento de Baldíos, Correspondencia., folio 352.

específicamente, buscaba hacer más atractiva la conquista y civilización de las tierras bajas calientes.

Algunos podrían sugerir que las normas legales del Código Civil no fueron aplicadas, lo cual sería parcialmente cierto, en el sentido de que ello no ocurrió de manera uniforme u homogénea en todo el país, debido a la incapacidad del Estado de ejecutar el derecho en un territorio social y ecológicamente fragmentado que en su mayor parte era territorio de “frontera”. Igualmente, alguien podría decir, con razón, que su efecto corrosivo de relaciones sociales previas fue lento y que, si fue exitoso, sólo ocurrió en algunas partes del país. Lo que no se podría negar es que el Código incorporó unos mecanismos jurídicos específicos que claramente expresaron la dirección de un proyecto de largo aliento.

En la medida en que la historia socio-jurídica ha sido escasamente desarrollada, son pocos los estudios que aportan detalle. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Código Civil puede ser considerado un proyecto estratégico que apuntaba progresivamente a capturar y organizar la naturaleza, particularmente la tierra, como un “bien” orientado a ser movilizado en la lógica ya descrita, bajo las reglas de la apropiación privada. Simultáneamente, destruía y socavaba relaciones coloniales y ancestrales, constituyéndose en un dispositivo para fabricar relaciones sociales ya existentes en la parte más densamente poblada del país, donde el Estado y la ciudadanía estaban más fuertemente entramados.⁵

Este proyecto de largo alcance incluía tres elementos hermenéuticos que se consideraban normas de “orden público”, las cuales fueron incluidas en la Constitución de 1886, incorporándolas en el Título Preliminar del Código Civil. Estas normas se convirtieron en principios guías del derecho y fueron enseñadas de generación en generación de juristas –por más de una centuria– hasta la irrupción de la Constitución de 1991. La primera regla de interpretación de las normas del Código, que además sirvió de regla hermenéutica para otros códigos, establece en su artículo 27 que cuando el tenor literal de la ley es claro debe ser atendido sin pretextos que pretendan consultar su espíritu. Segundo, el artículo 9 de la Ley 153 de 1887 afirma que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para invocar su violación o incumplimiento. Este precepto era considerado como una presunción legal, que se contrastaba con las presunciones de hecho, por lo cual no admitían prueba en contrario. Tercero, el art 8 de la ley mencionada

⁵ Para experiencias coloniales acerca de la propiedad rural, ver el trabajo riguroso *Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la hacienda Santotis, Cuzcol (1543-1822)* de Jorge Guevara Gil (1993). Aunque carece de un marco teórico coherente, el siguiente estudio también es útil: *El derecho civil en la conformación de América* de Humberto Gutiérrez Sarmiento (1992).

establece que en ningún caso la costumbre tiene fuerza legal en contra de la ley escrita. El desuso no puede ser alegado como una excusa para la no observación de la ley, ni es admisible su práctica por más enraizada o generalizada que sea. Este artículo rechaza el carácter legal de la costumbre *contra legem*. Esta norma estaba complementada por otra que prescribía en su artículo 13 que en caso de vacíos en la ley positiva, cuando una costumbre era generalizada y conforme a la moral cristiana, constituía ley.

Los artículos citados establecieron claramente los principios de imposición de la nueva legalidad fundada sobre la movilidad de la tierra para todo el país. Es verdad que estos principios desbordaban la propiedad raíz; sin embargo, los bienes raíces eran bienes por excelencia en un país como Colombia que en aquella época trató de desarrollar la agricultura tropical con el propósito de insertarla en el mercado mundial. Tales principios asumen las modalidades prácticas que se enuncian a continuación.

Primero, cuando en el siglo XIX la seguridad legal se convierte en un objetivo que prevalece sobre el conocimiento de la ley por la población, como fue expresado en el adagio que reza que “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, el derecho se puede convertir en un instrumento que permite a ciertos grupos –que conocen o manejan la normatividad– movilizar el aparato de Estado a su favor. Teniendo en cuenta que la mayoría de la población era analfabeta y que sólo los juristas y la elite que podía viajar a Bogotá podía tener un conocimiento más o menos inmediato del derecho, la ley consagraba en la práctica una amalgama de poder de la elite política, los *doctores*⁶, que incluía a jueces, funcionarios y abogados (LeGrand, 1988).

Segundo, en tanto que la costumbre “*contra legem*” no es válida y solamente la costumbre que se acopla a la moral cristiana es legal, los sistemas consuetudinarios, particularmente los indígenas, son declarados ilegales. Esto conduce a una autorización a los propietarios territoriales para la movilización de la coerción estatal a fin de imponer relaciones legales que se ajustaran a este modelo. Al mismo tiempo, esto eventualmente inducía o forzaba a las poblaciones subordinadas a adecuarse o a resistir abierta o clandestinamente a la ley.

Tercero, el objetivo de este ordenamiento legal era una subordinación estricta de los jueces y funcionarios a las normas expedidas desde el Gobierno central, en general, y en particular, a las normas del Estado. Los jueces deben aplicar la ley, no crearla. La realidad se debe adaptar a las normas y, en caso contrario, es la realidad la que

⁶ En Colombia, es común llamar a los abogados “doctor”.

está “de malas”.

Habiendo mostrado las principales características del nuevo derecho y sus aspiraciones, se podría decir que aquel operaba en menos de la mitad del territorio, esto es, en regiones “centrales” con larga trayectoria de colonización y cercana a poblados urbanos. Pero no ocurría lo mismo en más de la mitad del país: las zonas de fronteras y baldíos.

FRONTERAS Y BALDÍOS

Tomando el riesgo de ser simplista, se podría decir que, a fines del siglo XIX, en Colombia había al menos dos países desintegrados con áreas rurales fragmentadas. Uno, en el cual el Código Civil debía operar, porque la tierra estaba ya, en su mayor parte, libre de constreñimientos y lista para ser comprada y vendida. El otro consistía en tierras baldías, es decir, estaba constituido por tierras sin otro propietario que el Estado. La mayor parte de los altiplanos, particularmente los de la Cordillera Oriental, pertenecían a la primera mitad que he mencionado. Las regiones cafeteras en la Cordillera Central, localizadas entre los mil y dos mil metros sobre el nivel del mar, fueron integradas a esta parte dinámica por el éxito del café como producto de exportación. Poco a poco, las sabanas del Caribe hicieron parte de ese mundo legal a través de su apropiación para ganadería, en un proceso acelerado por el alambre de púas importado durante la segunda parte del siglo XIX. Este fue el caso de algunas regiones del Valle del Cauca y del río Magdalena en algunos núcleos de Tolima y Huila, que fueron integradas a la dominación colonial desde mediados del siglo XVIII. La dinámica de la propiedad privada y del Código Civil se amalgamó en las relaciones sociales de esas áreas, en algunos casos en procesos conflictivos entre indígenas y hacendados, y campesinos y propietarios, con aspiraciones territoriales.

Había la esperanza de que, poco a poco, con la creciente privatización de las tierras, el Código Civil se expandiera sobre los baldíos en la otra mitad del país. Ese proceso de expansión marchó más lentamente de lo pensado. Entre 1830 y 1850 no hubo prácticamente regulaciones legales sobre baldíos. Sólo captaron la atención después de 1850 como un producto del proyecto liberal orientado a desarrollar la agricultura tropical. La Comisión Corográfica, 1850-1860, liderada por Agustín Codazzi tenía varios objetivos, entre ellos, el de establecer la cantidad de tierras legalmente apropiadas en manos privadas en contraste con las tierras en situación de *res nullius*, es decir, tierras sin propietarios. Desde la Confederación Granadina en 1858, todos los Estados federados acordaron que los baldíos fueran colocados bajo la autoridad de la Confederación (art 6, Constitución). En el artículo 17, la Constitución reiteraba el interés en cartografiar el país y clarificar el

territorio. Además, el Estado asumió, dejando de lado por un tiempo a la Iglesia (hasta fines de la década de 1880), la misión de civilizar los pueblos indígenas (artículo 18). No hay que perder de vista que, en la mente de la elite letrada, la institución de la propiedad privada es uno de los indicadores de civilización. En el artículo 30, la Constitución previó las adjudicaciones de tierras a empresarios privados comprometidos con la construcción de carreteras, rutas ferroviarias y otras rutas de navegación, como la fluvial. Anticipaba así un esquema de colonización en zonas de baja densidad poblacional indígena (Pombo y Guerra, 1986).

Imaginar los territorios indígenas como *baldíos* por parte de las repúblicas independientes de América Latina, significaba incorporar la visión legal inglesa en América. Patricia Seed ha mostrado que, en contraste con la tradición legal española, la Corona Inglesa y los colonizadores habían imaginado a América como un territorio inculto y virgen que, en la tradición romana, se conocía como baldío (Seed, 2001, pp. 29-44). En contraste con el *Requerimiento* español de comienzos del siglo XVI como la principal ceremonia legal para legalizar la conquista, el cual exigía la aceptación del vasallaje ante el rey y la autoridad espiritual del Papa, los ingleses, un siglo más tarde, enfocaron su ceremonia de posesión a través del cultivo de la tierra, el levantamiento de cercas y la transformación del paisaje, como un medio para legalizar la posesión sobre la tierra en América (Seed, 1995).

Con la creciente influencia de Inglaterra como una potencia mundial, no es sorprendente que este enfoque legal acabara permeando la tradición legal hispanoamericana. Después de la formación de los Estados Unidos de Colombia en 1863, la adjudicación de *baldíos* se convirtió en una prioridad. Entre 1850 y 1930 hubo cuatro razones para obtener *baldíos*, es decir, para intentar transferir las tierras públicas a manos privadas. Ellas fueron la construcción de caminos públicos, los incentivos tributarios, la colonización de baldíos y la promoción, producción y explotación de bienes de exportación. En relación con esta última justificación, desde 1865 se requirió de *licencias previas*. Sin embargo, en 1870, la Ley 11 en su artículo 3 declaró la libre explotación de baldíos forestales que pertenecían a la Nación (Botero Villa, 1994). Este artículo añadía que, sin poner obstáculos a esta libertad, el Ejecutivo podía expedir las medidas requeridas para alentar la conservación y reproducción.

El proceso en su conjunto no era simplemente una cuestión de derecho. Otros instrumentos “científicos” estaban funcionando. Así, las descripciones corográficas proporcionaban información para conocer el estatus legal como tierra pública o privada. En 1868, Salvador Camacho Roldán anunció la publicación del primer catastro en el país,

el de Cundinamarca (Camacho Roldán, 1892). La ingeniería agrícola, realizando sus primeros pinitos, jugó un papel importante en este proceso. Ramón Guerra Azuola, un pionero en este campo, en desarrollo de los hallazgos de Codazzi, aseguraba que:

Los baldíos ocupaban cuatro quintos del territorio de la República. Inmensos desiertos, no horadados por el pie humano, y sólo poblado por animales que huyen en la presencia de los hombres, o por bestias salvajes que confrontan y desafían la valentía humana” (Guerra Azuola, 1892).

Para estar seguros, las nuevas disciplinas dependían del derecho en gran medida. Su importancia para los ingenieros, como en el caso del derecho agrario, es enfatizada por Guerra Azuola “porque en muchos casos la ignorancia coloca a los ingenieros en la difícil alternativa de hacer escrutinios sobre los arcanos legales, una cosa difícil, encontrándose como extranjeros en su propio país” (1892).

CONCLUSIÓN: ESTADO, FRONTERAS Y LEYES SOBRE BOSQUES

La división del país en estas dos áreas, una de las cuales era para Guerra Azuola del tamaño de cuatro quintas partes, implicaba distinguir aquellos lugares en donde sí operaba el Código Civil y otra en donde ello no ocurría. Como consecuencia, la aspiración de las elites era la de su expansión hacia la otra parte más extensa. Buena porción de ese territorio estaba constituida por zonas de poblamiento indígena seminómada o nómada. Pero aquellos indígenas que en su mayoría vivían en los altiplanos, cerca de aglomeraciones urbanas y eran agricultores, recibieron un tratamiento legal renovado a la llegada del Partido conservador al poder estatal después de 1886. Por el contrario, los nativos que vivían en áreas remotas de los centros colonizados, principalmente la gente de tierras bajas y lejanas de zonas urbanas, recibieron un trato legal distinto. Una suerte de dualidad en el tratamiento de los indígenas se institucionalizó. A través de la Ley 89 de 1890, el Partido Conservador intentó reconstruir los vínculos con los pueblos indígenas, que se habían roto con la Independencia criolla y su proyecto liberal. Esta ley prohibía mayores divisiones de las tierras comunales y declaraba que las tierras indígenas eran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Dividía a los nativos entre civilizados, semicivilizados y salvajes. Esta distinción es la razón por la cual otras normas que parecen contradecir esta ley, en realidad no lo hacen. Por ejemplo, el decreto 645 de 1900 fue promulgado para reformar políticas de apropiación y distribución de baldíos. Ella prescribía la división de tierras indígenas en “las regiones desiertas de la República, los lugares de asentamiento de la población

indígena no civilizada, que han permanecido improductivas para la Nación” (Ministerio de Gobierno, 1910). Este decreto llamaba desiertos a lo que en su mayor parte eran selvas o sabanas.

Si los criollos liberales profundizaron el proceso de privatización de la tierra desde mitad del siglo XIX⁷, el Partido Conservador decidió hacer a finales del siglo XIX una tregua, principalmente con los pueblos indígenas agricultores de tierras altas. Esta tregua no detenía la conquista de las zonas templadas y calientes bajas, impulsada tanto por los proyectos liberales como por los conservadores, un proceso que cambió parcialmente el paisaje humano de la Colombia andina⁸.

Es tiempo de rescatar a nuestros fugitivos de comienzos de este artículo. Cuando escapaban a través del río Orinoco, el líder de los mismos, Santiago Pérez Triana, regañó a uno de sus acompañantes porque estaba matando más pájaros de lo que la totalidad de la expedición podía comer, sin contar que estaba malgastando pólvora de un modo que ponía en peligro a la expedición en la eventualidad de encontrarse frente a una emergencia. Para hacer más leve y llevadero ese tedioso viaje y para estar seguro de que esa situación no se repetiría, junto con otros amigos, Pérez Triana decidió escribir algunas reglas para regular el comportamiento de los miembros de la expedición. Esta cuasiley establecía:

Los Jefes de la Expedición:

Considerando, primero, que el hombre es dueño y señor de la Creación, por derecho divino, en virtud del cual está facultado para servirse de los elementos naturales y de las demás criaturas, según sus necesidades, sus conveniencias y sus legítimos placeres; segundo, que el signo característico y distintivo de ese derecho, lo que le da efectividad y eficacia es la fuerza, y que la fuerza es el factor supremo regulador de las relaciones entre unos hombres y otros, entre los hombres y las demás criaturas, entre unas clases y especies de seres y otros, en el reino vegetal, en ambos casos, desde los más embrionarios y los más desarrollados y que, sin duda, como será comprobado cuando a este punto llegue la investigación humana, es la fuerza también el supremo factor regulador de las acciones y reacciones a que obedecen

⁷ Topik y Wells usan esta expresión para presentar la economía exportadora del siglo XIX basada en productos agrícolas tropicales o en materias primas, las cuales son dominadas por agentes extranjeros.

⁸ Es interesante notar que mientras la regulación legal relacionada con cabildos, resguardos y otras formas de protección de la propiedad indígena se desarrolló primero en los Andes, sólo muy tardíamente, en la segunda mitad del siglo XX, fue promulgada para la Amazonia; el proceso en Brasil es casi a la inversa, en el sentido de que la legislación indígena fue promulgada durante el siglo XVIII con las reformas pombalinas –el equivalente portugués de las reformas borbónicas para Hispanoamérica– y después se expandió a otras regiones de Brasil.

innumerables fenómenos a que está sujeta la materia llamada inerte o inanimada, según las cuales cambian las formas y propiedades.

Tercero, que en virtud de estas verdades tan evidentes que pueden llamarse axiomáticas, dadas las circunstancias y condiciones en que nos encontramos, debemos tener en cuenta toda la responsabilidad que pesa sobre nosotros. Cuarto, que por estas razones nos incumbe reglamentar en lo posible el ejercicio de nuestro derecho, y que al someterlos a la ineludible ley que hace de la fuerza y el dolor el eslabón que une todos los seres de la Creación, los unos con los otros, debemos mantenernos dentro de los límites de la más estricta necesidad, sin traspasarlos de modo que degeneren en abuso o crueldad,

DECRETAMOS:

[...] Artículo 1. Declárase inviolable la vida de los peces, la de los anfibios, la de los animales terrestres y las aves que pueblan los aires en cuanto no fueren necesarios para nuestro propio sustento. Se exceptúan las bestias feroces, los reptiles y bichos dañinos y venenosos, el exterminio de los cuales se nos impone por ley de conservación.

Artículo 2. Declárense cubiertos bajo nuestra protección los salvajes aborígenes habitantes de estas regiones, sin que sea permitido molestarlos ni obligarlos a prestar servicio alguno contra su voluntad o sin equitativa remuneración, debiendo nuestra conducta para con ellos ser guiada por los más severos principios de equidad.

Artículo 3. En el caso de que fuere necesario matar mayor número de animales u obligar a los aborígenes a prestar servicio por medio de la fuerza, a juicio de los Jefes de la Expedición, éstos podrán hacer u ordenar lo que juzgaren conveniente, sin dar explicaciones ni quedar obligados a justificar su conducta: pues estando ellos investidos de suprema virtud y de suprema ciencia, providencialmente respaldadas por la fuerza, que es también su comprobación, cuanto hagan será muy bien hecho.

Dado en Santa Rosa del Túa, el día 2 de enero de 1894 (Pérez Triana, 1995, pp. 49-51).

Cuando se le leyó el documento al afinado cazador, éste respondió más bien disgustado que ese tipo de decretos se parecían a todas las leyes de los que se presentan como filántropos, pero que tras palabras bonitas y humanitarias esconden su ansia de poder.

Aunque este texto puede ser leído con interés desde diferentes ángulos, quiero, en realidad, llamar la atención, en primer lugar, acerca del hecho de que, al igual que los Llanos Orientales en donde transcurre esta historia, la selva amazónica, el Chocó biogeográfico y buena parte de las tierras por debajo de los 2.000 metros, eran zonas “sin derecho”, o más bien, con una baja eficacia del derecho del Estado: se trataba de tierras baldías, bajas y de clima caliente, con una densidad poblacional reducida, constituida en su mayor parte por indígenas. Mejor dicho:

unas regiones donde no operaba el derecho civil; unas regiones en las que la costumbre no seguía la moral cristiana.

Tanto el Código Civil como la Constitución, que entronizaron el derecho absoluto de propiedad privada sobre la tierra, operaban en las zonas en que la agricultura de exportación –no así en las áreas de extracción de productos naturales– tuvo lugar y fue exitosa en términos económicos. Allí, el sistema legal obtuvo tanto la consolidación de la propiedad privada, como la movilización de la tierra. Sin embargo, en otras áreas de latifundios, el derecho oficial sólo trabajaba en forma parcial: constituyendo propietarios privados, sin transformar el paisaje, ya que su sentido era la apropiación misma de la tierra y no su explotación económica. En estos casos, la tierra subsistía en su forma no capitalista, sirviendo más por su aureola de prestigio que como factor de producción. En muchos de estos lugares, el Estado al servicio de esos grandes propietarios fue capaz de ejecutar la ley. El derecho civil garantizaría la seguridad legal, máxime cuando el peligro de confiscación sería eliminado después de la Guerra de los Mil Días, a comienzos del siglo XX.

Con la hegemonía conservadora (década de 1880 - década de 1920), el derecho natural inspirado en Santo Tomás de Aquino, tomó un nuevo aliento debido no a una profunda conexión espiritual entre Dios y la creación, sino porque el derecho positivo embebido en el Código Civil encontró una nueva justificación en el derecho divino. Rafael María Carrasquilla, miembro de la Real Academia de la Lengua Española, presidente del Colegio Mayor del Rosario, una de las más tradicionales universidades del país, capellán de la Catedral de Bogotá y profesor de Teología Sagrada del Seminario de Bogotá, estableció la primacía del derecho divino sobre el derecho humano. Esta visión apoyaba el derecho absoluto de propiedad privada de los grandes terratenientes como un asunto de teología (Carrasquilla, 1899, pp. 71-81).

La inseguridad legal de la propiedad raíz emergió en 1926, cuando la Corte Suprema empezó a exigir los títulos originales en oposición a las pruebas endebles presentadas por terratenientes, obtenidas en contratos sin solemnidades de los pequeños campesinos posiblemente a través de violencia, marrullería o chantaje. Entonces, la creciente violencia en el campo a fines de la década de 1920 abriría un nuevo capítulo de transformación ambiental en áreas rurales. En contraste con las áreas en que el Código Civil operaba, las regiones de frontera, incluyendo la mayor parte de las tierras calientes, no fueron regiones dominadas por la lógica legal del Código Civil y la propiedad privada. Si se añaden los latifundios inexplorados de las tierras calientes de frontera, se puede entender, en parte, por qué el paisaje colombiano

no fue significativamente transformado. Se empezaban a sentar las bases para una reforma agraria liderada por el Estado, que transformaría la propiedad privada como un derecho absoluto en una “función social”. Ese cambio se consolidaría en las reformas constitucionales de 1936. Habría que esperar todavía algún tiempo, la violencia agraria de los años 1950, la explotación petrolera y ganadera de décadas siguientes o la expansión cocalera de los años 1980, para que comprar tierras en los Llanos Orientales u otras áreas de frontera, no fuera como “arar en el mar”.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNARD, William. *Shame and Necessity*. Berkeley, Los Angeles, Oxford: University of Berkeley Press, 1993.
- BETANCOURT, Miguel. *Derecho privado. Categorías Básicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- BOLÍVAR, Simón. *Escritos políticos*. México: Porrúa, 1986.
- BOTERO VILLA, Juan José. *Adjudicación, explotación y comercialización de baldíos y bosques nacionales*. Evolución histórico-legislativa, 1830-1930. Bogotá: Banco de la República, 1994.
- CAMACHO ROLDÁN, Salvador. “Catastro del Estado de Cundinamarca” in *Escritos varios*. Bogotá: Librería Colombiana, 1892, pp. 585-612.
- CAPDEQUI, Ots. *Historia de América. Instituciones*. Barcelona: Salvat, 1959.
- CARRASQUILLA, Rafael M. , *Ensayo sobre la Doctrina Liberal*, 3a. edición, Bogotá: Luis Holguín, 1899.
- CURRY, Glenn Thomas. “The Disappearance of the Resguardos Indígenas of Cundinamarca, Colombia, 1800-1863”, Ph.D. Dissertation, Vanderbilt University, 1981.
- EZ ALCANTUD, A. y GONZÁLEZ DE MOLINA, M. (eds.), *La tierra: mitos, ritos y realidades*. Barcelona: Anthropos-Diputación Provincial de Granada, 1992.
- FALS BORDA, Orlando. “Indian Congregations in the New Kingdom of Granada: Tenbure Aspects, 1595-1850”. *The Americas*, 13, 1957.
- FALS BORDA, Orlando. *El hombre y la tierra en Boyacá: Desarrollo histórico de una sociedad minifundista*. 2ª ed. Bogotá: Punta de Lanza, 1973.
- FALS BORDA, Orlando. *Historia doble de la Costa*. Bogotá: Valencia Editores, 1979.
- FERRI, Luc. *The New Ecological Order*. University of Chicago Press, 1995.
- FRIEDE, Juan. *El Indio en la lucha por la tierra*. Bogotá: Punta de Lanza, 1976.
- GARCÍA, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Santillana, 1994.
- GUERRA AZUOLA, Ramón. *Elementos de Ingeniería Legal*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1892.

- GUEVARA GIL, Jorge. Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la hacienda Santotis, Cuzco (1543-1822) Lima: Pontificia Universidad Católica de Lima, 1993.
- GUTIÉRREZ, Camilo. *José Hilario López. Un hombre de su tiempo*. Bogotá, 1997.
- GUTIÉRREZ SARMIENTO, Humberto. *El derecho civil en la conformación de América*. Bogotá: ECOE, 1992.
- JARAMILLO URIBE, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Planeta, 1996.
- KONETZKE, Richard *América Latina II. La época colonial*. México: Siglo XXI, 1972.
- LEGRAND, Katherine. *Colonización y protesta campesina en Colombia, 1850-1950*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988.
- LEON XIII, *Rerum Novarum*. Madrid: Editorial Apostolado de la Prensa, 1964.
- MERRIMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System in Western Europe and Latin America*, Stanford: Stanford University Press, 1969.
- MINISTERIO de Gobierno, *Informe Anual*. Bogotá, Imprenta Nacional, 1910.
- NIETO ARTETA, Luis Eduardo. *Economía y cultura en la historia de Colombia*. Bogotá: El Áncora, 1987.
- ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil, con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias*, 3ª ed. Bogotá: Temis, 1955.
- PAGDEN, Anthony, *Lords of all the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain, and France c.1500-c.1800*. New Haven, CT: Yale University Press, 1995.
- PALACIO, Germán. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993.
- PALACIO, Germán A. *Fiebre de tierra caliente. Una historia ambiental de Colombia, 1850-1930*. Bogotá: UNAL-Amazonia-ILSA, 2007.
- PÉREZ TRIANA, Santiago. *De Bogotá al Atlántico, por los ríos Meta, Vichada y Orinoco*. Bogotá: Banco de La República-Colcultura, 1992.
- PÉREZ TRIANA, Santiago. *De Bogotá al Atlántico*. Bogotá: Colcultura, Banco de la República, 1995. pp. 49-51.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1978.
- PHELAN, John Leddy. "Authority and Flexibility and the Spanish Imperial Bureaucracy", en *Administrative Quarterly*, 5, Junio, 1960.
- POLANYI, Kart. *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta, 1989.
- POMBO, Manuel Antonio y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, Tres volúmenes. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1986.
- POSADA-CARBÓ, Eduardo. *The Colombian Caribbean. A Regional History, 1870-1950*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- SEED, Patricia. *Ceremonias of Posesion in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*. New York: Cambridge University Press, 1995.

- SEED, Patricia. *American Pentimento. The Invention of Indians and the Pursuit of Riches*. Minneapolis-London: University of Minneapolis Press, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Toward a New Common Cense: Law, Globalisation and Emancipation*, 2nd ed, London: Butterworth LexisNexis, 2002.
- TOPIK, Stephen and Allen Wells. *The Second Conquest of Latin America. Coffee, Henequen, and Oil during the Export Boom, 1850-1930*. Austin: University of Texas Press, 1998.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Curso de derecho civil colombiano. Derecho de las cosas (bienes)*. Bogotá: Centro Instituto Gráfico, 1947.
- VALENZUELA, Eloy. "El Diario del Primer año", in Eloy Valenzuela, *Primer Diario de la Expedición Botánica del Nuevo Reino de Granada*. 2a. Ed. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1983.
- WOLF, Eric *El problema del derecho Natural*. Barcelona: Ariel, 1960.
- YEPES, Fabio. "Ganadería y transformación ecosistemas: un análisis ambiental de la política de apropiación territorial" en Germán Palacio (Ed.) *Naturaleza en disputa. Ensayos sobre historia ambiental de Colombia, 1850-1995*. Bogotá: UNAL, Colciencias, ICANH, 2001, pp. 111-172.
- ZABALA, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid: 1935.

Discrecionalidad administrativa *versus* justicia tributaria. Perspectivas en el siglo XXI*

ROBERTO FERRAZ**



La búsqueda de la justicia tributaria en el siglo XX estuvo centrada en la forma jurídica que debía adoptarse en las relaciones concernientes a la cobranza del tributo. Sustancialmente se trató de evitar la discrecionalidad de la administración pública mediante el principio de reserva legal y sus desdoblamientos. Pero el reglamento de la exigencia tributaria no es suficiente por sí solo para garantizar la justicia tributaria, sobre todo cuando no se da una justa utilización de los recursos obtenidos por la recaudación tributaria. Tradicionalmente, la finalidad de los recursos recaudados mediante la imposición tributaria se colocó al margen del derecho tributario. Otros aspectos ligados a la tributación, como la información al consumidor acerca de los montos de tributos incluidos en el precio de los productos, no fueron incluidos en la doctrina. En estos inicios de siglo XXI se verifica un reclamo de inclusión de estos temas en la pauta de discusiones propias del derecho tributario.

Palabras clave: derecho tributario; justicia tributaria, discrecionalidad administrativa; derechos del consumidor.



The search of tax justice in the XXth century focused on the legal way to be adopted in the relations concerning tax revenue. It was a question of avoiding the discretionary nature of the public administration through the legal reserve principle and its consequences; but the regulation of the fine by itself it is not quite enough to guarantee tax justice, especially when there is not a fair use of the resources generated by tax revenue. Traditionally, the

* Este trabajo recoge la ponencia del autor ante el Congreso Internacional de derecho tributario "La Justicia Tributaria", organizado por la Universidad Austral, en la ciudad de Mendoza, el 21 y 22 de abril de 2005.

** Profesor Titular de derecho tributario de la Pontificia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil. Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo. Titular del Estudio Roberto Ferraz - Advogados, en Curitiba.

purpose of the collected resources by taxation was placed outside the tax law. Other aspects related to taxation, as information to the consumer about the amounts of taxes included in the price of the products, were not added in the doctrine. In this early XXIst century, the possibility of including these items in the guideline of discussions proper of tax law is verified.

Key words: tax law; tax justice; administrative discretionality; consumer rights.

TENTATIVA PERMANENTE DE EVITAR LA DISCRECIONALIDAD: LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

El trabajo de los que se dedican al derecho tributario llega a confundirse con la búsqueda permanente de evitar la discrecionalidad de la autoridad fiscal (ver Altamirano, 2003, pp. 245-276).

Efectivamente, las labores relativas a la reserva de ley formal, la garantía de igualdad, de alcance de la capacidad contributiva y de otros tantos aspectos fundamentales del derecho tributario pueden ser vistas y ordenadas por el prisma mismo de la búsqueda permanente de evitar la discrecionalidad.

En Brasil, particularmente a causa de su baja capacidad de movilización popular y de articulación política de la población, las elites, tanto de derecha como de izquierda, se encargaron de “constitucionalizar” lo más posible el derecho tributario. Un ejemplo puede ser el párrafo primero del artículo 145 de la Constitución Brasileña que establece el principio de capacidad contributiva, disponiendo que:

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade contributiva do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Como se puede observar, la redacción llega a ser demasiado detallista y, sobre todo, trata de encontrar un “equilibrio” entre las garantías del contribuyente y los poderes de la administración. Es importante notar que la previsión del principio de capacidad contributiva, que estaba incluida en el texto de la Constitución Brasileña de 1946, fue omitida en la de 1969. Su reinclusión en el texto constitucional de 1988 fue vista por la izquierda como una amenaza a la tributación, razón que llevó a la “solución de compromiso” de aprobar el texto que configura esa garantía (exigencia de los contribuyentes) junto con la apertura para la investigación de las rentas y el patrimonio de los contribuyentes (exigencia del fisco).

Un marco interesante en la evolución legislativa brasileña en la búsqueda de imposición de límites a la discrecionalidad administrativa

en materia tributaria, fue la propuesta de modificar en la definición de tributo que se proponía para el Código Tributario Brasileño, hecha por Alcides Jorge Costa¹.

La proposición del proyecto definió –claramente influenciada por la ciencia de las finanzas previa– que “tributo é toda prestação pecuniária instituída por lei com caráter compulsório pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios no uso de competência constitucional inerente à sua condição de pessoa jurídica de direito público” (art. 17).

El eminente profesor de la Universidad de San Pablo destacó, en este contexto, que la definición propuesta en el proyecto correspondía a las definiciones contemporáneas dadas, respectivamente, por Blumenstein y por Giuliani Fonrouge, según las cuales “tributos son las prestaciones pecuniarias que el Estado o un ente público por él autorizado, en virtud de la soberanía territorial, exige de sujetos económicos a él sumisos” (Blumenstein, 1954) y “prestación obligatoria, comúnmente en moneda, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio” (Giuliani Fonrouge, 1962, p. 255), pero al mismo tiempo manifestó su propuesta de perfeccionamiento de la definición.

Se puede colegir que, en aquel momento, la concepción de tributo permanecía vinculada simplemente a la idea de soberanía; pero el necesario control del poder del Estado para la verificación de una legítima exigencia tributaria no era evidenciado. Es en este contexto que se pone en evidencia la extrema pertinencia y cualidad de la propuesta presentada por Alcides Jorge Costa durante los trabajos de elaboración del Código Tributario Nacional brasileño, la cual resultó en la inclusión de la expresión “*cobrada mediante actividad administrativa plenamente vinculada*” al final de la definición de tributo, convertida en positiva en aquella oportunidad. Además, esa inclusión se hizo para sustituir la parte de la propuesta que solamente contemplaba la soberanía. Ello constituyó en la historia de la tributación brasileña una victoria del derecho en el control de discrecionalidad.

Efectivamente, mientras se discutía todavía el proyecto, Costa destacó, asimismo, en la definición propuesta, la falta de distinción entre las llamadas requisiciones y los tributos, pues sólo se caracterizaba al tributo a partir de su condición de prestación pecuniaria obligatoriamente

¹ El profesor Alcides Jorge Costa, que fue juntamente con Rubens Gomes de Sousa (el coordinador de los trabajos de redacción del “Código Tributario Nacional” brasileño) discípulo de Tullio Ascarelli mientras ese renombrado profesor italiano residió en São Paulo, ocupó la cátedra de *Titular da Universidade de São Paulo* y tiene una contribución incomparable en el derecho tributario brasileño.

exigida en acto legislativo de persona de derecho público competente. Evidenció que *“lo que, en verdad, distingue las requisiciones de los tributos es que aquellas resultan de actos administrativos parcialmente discrecionales, mientras éstos son exigidos través de actos administrativos totalmente vinculantes”* (Costa, 1964, pp. 20 y ss.).

Muy esclarecedor el comentario de Rubens Gomes de Sousa cuando busca *“llamar la atención sobre el aspecto de que la mayoría, para no decir la totalidad de los libros doctrinarios, define tributo a partir de la finalidad de su cobranza –o incluye este elemento en su definición–, esto es, obtener recursos para los fines propios del Estado, o frase equivalente, lo que no me parece sea un elemento definitorio, porque toda actividad financiera del Estado, destinada a obtener recursos, es para ese fin. (...) Lo que lo distingue son dos cosas: obligatoriedad, que está mencionada allí, aunque tampoco es exclusiva del tributo. Entonces, lo que tiene de nuevo este artículo 3º es su parte final: ‘cobrado mediante actividad administrativa plenamente vinculante’. En verdad, en últimas, es éste el elemento definitorio del tributo en contraste con otros recursos publicas ¿De qué trata este Código? De las relaciones jurídicas relativas a la cobranza del tributo”* (Sousa, 1975, p. 30).

Así, se puede decir que las labores del derecho tributario del siglo XX estuvieron centradas en regular la *cobranza* del tributo, como forma de evitar la discrecionalidad del Estado en su exigencia.

También se puede afirmar que el derecho tributario brasileño alcanzó un grado elevado de madurez en lo tocante al control de la discrecionalidad de la exigencia tributaria, esto es, de la actividad de cobranza del tributo, a través de los muchos trabajos de perfeccionamiento de la doctrina del hecho imponible, como el libro de Geraldo Ataliba *Hipótese de Incidência Tributária* (1984), los escritos de Paulo de Barros Carvalho, sobre todo respecto a la estructura de la norma jurídica tributaria, y principalmente por el conjunto de obras producidas con el influjo de Alfredo Augusto Becker, entre las cuales se encuentran aquéllas. De la gran importancia de esas obras para el derecho tributario Brasileño no hay duda. En esta tarea estuvo centrada la doctrina en el siglo XX.

SIGLO XX – DOCTRINA DEDICADA A PONER LÍMITES FORMALES A LA TRIBUTACIÓN

Como ya tuvimos ocasión de sostener:

“Essa forma (hipótese de incidência, fato imponible, aspectos material, formal, ..., base imponible, etc.) que excelentemente serve ao direito tributário e a seus princípios, alcançou seu máximo desenvolvimento ao longo do século XX”.

“Creio que ao alcançar seu ápice tenha alcançado também seus limites”.

“Efetivamente, o apoio do direito tributário sobre a estrutura formal da norma jurídica tributária² alcança resultados invejáveis, mas não chega a suprir os mais variados reclamos da justiça fiscal. De um lado, é natural que assim ocorra, pois o Direito pode dar forma a todas as possíveis tendências, tenham a natureza que tiverem. Por outro, é também natural que o Direito vá assumindo mais e mais a tarefa de uma decisiva rejeição de conteúdos incompatíveis com a justiça, bem como que vá progressivamente incorporando conteúdos que a promovam”.

(omissis)

“O desenvolvimento do Direito Tributário, ainda que permanentemente em busca do Tributo Justo, centrou-se, por uma necessidade técnica jurídica (plenamente justificável, pois esse é o caminho para a segurança das relações sociais), na relação de cobrança, na forma adotada para a tributação, ou, mais especificamente, na chamada Hipótese de Incidência Tributária”.

“A finalidade da tributação, o necessário emprego do dinheiro arrecadado em favor do bem comum, ficou obscurecida no desenvolvimento do Direito Tributário, sendo freqüentemente reconhecida apenas como uma categoria implícita. Daí as críticas, por exemplo, de Alfredo Augusto Becker à linha de pensamento dos que justificavam a cobrança dos tributos apenas com base na Soberania, no Poder”.³

(...)

“O Positivismo Jurídico, de larga influência no Brasil do século XX, terminou por exacerbar a tendência de reduzir o tributo à norma jurídica e o Direito a sua teoria. Foi o que aconteceu com o reconhecido trabalho do Prof. Paulo de Barros Carvalho, que em muito ajudou a explicitar as bases lógicas da norma jurídica, mas que não escapa à crítica de que termina por reduzir o Direito Tributário, e mesmo todo o Direito, aos estreitos limites da teoria da linguagem, claramente insuficientes para conter a riqueza do universo jurídico”⁴.

² Con particular énfasis para la obra de Paulo de Barros Carvalho, desde su *Teoria da Norma Jurídica Tributária* (1981), hasta su *Curso de Direito Tributário* (1982).

³ Becker (1998), en diversos pasajes, entre los cuales “*Aqueles que fundamentam o tributo na Soberania do Estado estão certos, mas (embora o fundamento não esteja errado) eles constroem a teoria jurídica do tributo apenas sobre um fragmento das bases jurídicas integrais; eles edificam todo o direito tributário sobre um fundamento considerado óbvio que, como será demonstrado, nada tem de óbvio*” (p. 12).

⁴ Véase como ejemplo de esa reducción de la realidad jurídica el siguiente pasaje del trabajo presentado por ocasión de su concurso para Titular de la Universidade de São Paulo: “**Percebe-se que a chamada ‘incidência jurídica’ se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, incluíse na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido hic et nunc, faz surgir uma relação jurídica também determinada,**

“De fato, o modelo de desenvolvimento das categorias tributárias, centrado nos aspectos formais da exigência, isto é, na cobrança mediante norma formalmente bem lançada, chegou a seus limites”.

“É inegável que os avanços ocorridos em matéria tributária ao longo do século 20 foram de enorme importância e afastaram a insegurança em que viviam os administrados que, permanentemente, podiam ser surpreendidos pelas exigências tributárias. A validade da norma jurídica tributária passou a depender de ser ela lançada de maneira isonômica, por lei formal respeitadora da capacidade contributiva e, eventualmente, progressiva. Mas este é o limite do que se pode esperar da forma própria do Direito Tributário desenvolvida no século passado”.

“Já neste século, a sociedade, não apenas a brasileira, espera mais dos tributos, espera que sejam instrumentos efetivos de ação solidária, isto é, que cumpram integralmente com seus objetivos de promoção do bem comum. Não se concebe mais que os valores arrecadados por via tributária sejam mal gastos, em despesas que beneficiam apenas determinadas categorias, nem que privilegiem finalidades distintas do pleno desenvolvimento dos indivíduos como homens e mulheres, propriamente ditos, não como simples elementos de cadeia produtiva”.

“Exige-se hoje do sistema tributário uma racionalidade que supera enormemente a simples forma jurídica. Exige-se do tributo uma justa distribuição, além de uma positiva contribuição ao bem comum” (Ferraz, 2003)⁵.

Efectivamente, se puede afirmar que la doctrina jurídico-tributaria del siglo XX estuvo centrada en la tarea de imponer límites a la discrecionalidad administrativa a través la adopción de formas jurídicas de obligatoria observancia, llegando a un adecuado desarrollo de los conceptos e instrumentos formales para hacerlo.

En ese desarrollo, el derecho tributario logró incorporar a la forma importantes contenidos, pero no llegó al objetivo que buscaba, la justicia en la tributación.

IMPOSIBILIDAD DE ALCANZAR LA JUSTICIA CON LA SIMPLE REGULACIÓN DE LA COBRANZA

La evidencia de que el simple procedimiento, la forma, no basta para alcanzar la substancial justicia ha sido muy bien señalada por Daniel Gutmann en el siguiente pasaje del artículo en que se pregunta sobre la existencia “del derecho a la filosofía del impuesto”:

entre dois ou mais sujeitos de direito. Formalizando a linguagem, representaríamos assim: (F–Hn)– Rj, podendo interpretar-se como: “se o fato F pertence ao conjunto da hipótese normativa (Hn), então deve ser a consequência também prevista na norma (Rj).” (Barros Carvalho, 1998, p. 9). Los destacados no son del original.

⁵ Citas tomadas de las páginas 202, 216 y 222.

“Avaliar a justiça do imposto, não é avaliar a justiça de uma regra de direito ordinário. Está fora de questão, por exemplo, legitimar filosoficamente um imposto simplesmente por constatar que o processo democrático foi respeitado. A justiça procedimental não tem espaço em matéria de filosofia do tributo, porque o espírito está como que imantado pela justiça substancial”.

“Esta justiça substancial, em si mesma, é apreendida através de um duplo prisma: o dos fins (os objetivos perseguidos pela exação), o dos meios (as modalidades que definem a divisão e os lançamentos). O prisma é frágil, sem dúvida: por exemplo, o imposto limita a liberdade (é o sacrifício) para aumentar a liberdade (é uma aposta filosófica). Os meios do imposto sustentam, portanto, uma relação complexa com seus fins. A complexidade, no entanto, não impede de distinguir”.

“A justiça dos fins é a grande ausente da maior parte dos debates sobre o imposto. Entretanto, a justiça dos meios absolutamente não garante a justiça dos fins. Suponhamos, por exemplo, que um tributo progressivo permita tributar os altos rendimentos muito mais pesadamente que os baixos, que vejamos nisto uma forma de justiça dentro das modalidades de imposição. Concordaremos que este tributo não seria mais justo para tanto, se tivesse por finalidade financiar o terrorismo (finalidade injusta) ou as atividades de luxo (porque o tributo não seria realmente redistributivo). Da mesma forma, pode-se sublinhar que a preocupação por vezes obsessiva de garantir ao contribuinte uma justiça das hipóteses de incidência, concedendo-lhe direitos cada vez mais extensos e cada vez mais fundamentais, poderia conduzir a injustiças gritantes, uma falta venial na conduta do processo de devolução podendo levar à absolvição de um patente fraudador. Quer dizer que uma justiça das hipóteses de incidência não dispensa de interrogar sobre a justiça das finalidades. Mais precisamente pode-se mesmo perguntar se um certo grau de injustiça, no fundo, não suavizaria uma concepção muito rígida de justiça formal” (Gutmann. 2005, p. 32).

Efectivamente, las consideraciones del profesor de la Sorbona expresan la preocupación de muchos pensadores de este siglo XXI: la simple aprobación de la ley en el proceso legislativo democrático no garantiza la justicia de la exigencia tributaria. Y lo que es más, ni siquiera lo que hemos adicionado al principio de legalidad, ni todas las exigencias del derecho administrativo que tratan de eliminar la discrecionalidad garantizan la justicia tributaria.

El procedimiento legislativo constituye apenas el principio de la búsqueda de la justicia en la exacción fiscal, no una característica definitiva para la verificación de justicia de la tributación.

Esta constatación pone en evidencia la insuficiencia de las estructuras jurídicas desarrolladas en torno a la idea de limitar los poderes de cobranza del fisco y la pobreza del modelo democrático de aprobación de los tributos que hemos adoptado, sobre todo cuando no están acompañadas de una efectiva movilización social.

En países en los cuales la legalidad es un presupuesto absoluto en la formación de la mentalidad de todos los actores de las cuestiones tributarias⁶ y en los que suele haber una movilización social bastante expresiva en torno a las cuestiones políticas más importantes, entre ellas las tributarias, pueden parecer exageradas las consideraciones de este trabajo, pero no infundadas. Efectivamente, en el conjunto, las preocupaciones en los países desarrollados no son esencialmente distintas de las que se presentan en los denominados emergentes. Lo que hay, seguramente, son grados distintos de los mismos males.

Así, la doctrina jurídica tributaria parece haber llegado a un dilema: sus fuerzas en el desarrollo de las formas jurídicas son claramente insuficientes para alcanzar el objetivo buscado, esto es, el de la justicia fiscal.

¿CÓMO SUPERAR EL DILEMA? LA FINALIDAD, LA INFORMACIÓN, LA TRANSPARENCIA Y LA GENERALIDAD *VERSUS* EL FORMALISMO, LA OSCURIDAD, LA ENGAÑOSA COMPLEJIDAD Y LA EQUIVOCADA DISCRIMINACIÓN

¿Cómo superar ese dilema en el que las formas tradicionales del derecho tributario son claramente insuficientes para encauzar la justicia tributaria? ¿Hay en el derecho alternativas razonables para el problema o tendremos que buscarlas en otras ciencias, como en la política?

Sin pretender dar respuestas definitivas a esos cuestionamientos, sino, muy al contrario, deseando darles inicio⁷, a mí me parece que se puede bien comenzar por tratar: *a)* la finalidad de la tributación; *b)* la información acerca de la tributación; *c)* la transparencia de la legislación tributaria, y *d)* la generalidad de la tributación.

La finalidad de la tributación como criterio efectivo de verificación de la legitimidad y justicia de la tributación, a pesar de que ésta haya sido puesta en evidencia ya desde Tomás de Aquino⁸, fue la gran ausente en las discusiones tributarias del siglo anterior.

⁶ "Tengo para mí que el establecimiento de tal postulado no constituye (ya) una necesidad para los países que son objeto de estudio en este trabajo, cosa que no ocurría en los Estados tal como se nos presentaban en la misma Europa a finales del siglo XVIII o a principios del XIX y tal como hoy se pueden encontrar todavía en algunos de los países en desarrollo" (Neumark, 1974, p. 71).

⁷ En verdad, ni siquiera darles inicio, pues muchos ya se ocuparon del tema, y bien, como se puede comprobar en el trabajo, por ejemplo, de Alejandro C. Altamirano (2003), en el que trata de los temas de **oscuridad normativa**, de la **falta de certeza**, de **garantía de igualdad**, de **control de la discrecionalidad**, en un abordaje muy actual y que supera la simple forma.

⁸ Ver Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica, cuestión LXVI, artículo VIII, sobre "Si puede haber rapiña sin pecado".

Es comprensible que así haya ocurrido, si se mira la necesidad que tenían los doctrinadores de regular la actividad de cobranza de los tributos de manera que no restara margen de discrecionalidad al administrador fiscal. Esa tarea concentró los esfuerzos en los controles formales de la actividad administrativa. Pero, en este momento, en el que dicha discrecionalidad se encuentra ya controlada en todo el derecho occidental, no es justificable que no nos dediquemos muy especialmente a poner el derecho al servicio de esta otra fundamental tarea: convertir la *finalidad* del tributo en el centro de las discusiones jurídicas *tributarias*.

Una vez más, el derecho brasileño ofrece un interesante caso para el análisis. La Constitución brasileña establece competencias legislativas tributarias vinculadas a determinadas finalidades. Así, es posible, por ejemplo, la creación de contribuciones de intervención en el dominio económico, como instrumento de actuación del poder público en esa área.

La doctrina identifica en esas figuras casos en que, a diferencia de aquellos que constituyen la mayor parte de las figuras tributarias brasileñas, la regla constitucional establece como presupuesto de validez de la imposición la finalidad que está llamada a satisfacer. En otros casos, la norma constitucional establece simplemente la hipótesis que da ocasión a la exigencia, como la atribución para establecer impuestos sobre la renta, la importación, etc. Así, en dichas contribuciones, la condición de validez del tributo no reside en la simple forma, en la adecuación de la hipótesis normativa a la previsión constitucional, sino que se exige la atención de la finalidad establecida.

Esa previsión, que podría ser vista como una particularidad presente en el derecho brasileño, nos da oportunidad de reflexionar acerca de la estructura misma del derecho tributario. La exigencia del tributo centrada simplemente en el poder de imperio del Estado, de conformidad con una simple forma determinada, no parece (ya) atender a los reclamos mínimos de la democracia. Al contrario, asociar la legitimidad de la exigencia a la efectiva atención de finalidades especificadas en el texto constitucional, como, por ejemplo, la creación de las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollar libremente sus potencialidades, sus vocaciones profesionales, sí parece reconducir las normas tributarias a la vía democrática.

Al mismo tiempo, se puede verificar que en un sistema así no hay espacio para la arbitrariedad. La autoridad solamente podrá exigir el tributo conforme a los parámetros formales y *sustanciales* definidos por la Constitución. La simple forma no podrá legitimar la imposición que no esté dirigida a la atención de finalidades comprendidas en el bien común.

Efectivamente, a la par con la racionalidad de la exigencia tributaria, a la que tanto nos hemos dedicado en el derecho tributario, debe desarrollarse la racionalidad de su finalidad, esto es, del gasto que deberá cubrir. Lo decía también el profesor Victor Uckmar en su conferencia de cierre del Congreso a que se destinó el presente trabajo, refiriéndose a que a *La Justa Imposta*, en clara alusión al clásico de Luigi Antonio Berliri que lleva ese título, habríamos de adicionar *La Justa Spesa*. Creo que esa idea constituye todo un programa de renovación y de desarrollo para el derecho tributario en el siglo XXI.

La información acerca de la tributación también es esencial para el progreso en el camino de la eliminación de la arbitrariedad, sobre todo en lo que toca a los impuestos sobre el consumo; ya no se puede admitir que los consumidores no sean muy bien informados acerca de los tributos a que está sujeto su consumo.

La Constitución brasileña contiene la previsión de que “*A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*” (§ 5º, art. 150), la cual, desafortunadamente, no fue puesta en práctica. Es de imaginar que la ausencia de concreción de esa idea responde al inconfesable interés de la autoridad pública de mantener su actividad fiscal oculta.

Aclarar y explicitar la incidencia tributaria es una de las tareas más importantes en la eliminación de la discrecionalidad en la tributación. Efectivamente, el día en que quede bien clara la exigencia tributaria, incluso al menor de los consumidores –aquellos ciudadanos que, pobres, creen no pagar impuestos–, habremos iniciado una revolución más importante que las anteriormente intentadas en nuestros países (basada en la movilización social). Cuando los más pobres conozcan sus posibilidades de reclamar lo que les toca a ellos por derecho, y no por favor, ese día habremos cambiado la historia⁹.

Pero la información al consumidor es el primer paso en una tarea mucho más grande que es la búsqueda de la transparencia en la legislación tributaria.

Para Neumark, el principio de transparencia se define así:

El principio de transparencia tributaria exige que las leyes tributarias en sentido lato, es decir: con inclusión de los reglamentos, órdenes,

⁹ En el contexto de su época, es muy expresiva y notable la determinación de San Josemaría Escrivá, el fundador del Opus Dei, de que en los hospitales de la Universidad de Navarra siempre se exigiera a los pacientes un pago, aunque fuera mínimo, en el caso de los menos favorecidos, específicamente para que pudieran reclamar. Esa sensibilidad, propia de quien bien conocía las vicisitudes por las que pasan los pobres, tiene mucho que aportar en las relaciones sociales, entre las cuales la del fisco/contribuyente.

circulares, líneas, directrices, etc., se estructuren de manera que presenten técnica y jurídicamente el máximo posible de inteligibilidad y sus disposiciones sean tan claras y precisas que excluyan toda duda sobre los derechos y deberes de los contribuyentes, tanto en éstos mismos como en los funcionarios de la Administración Tributaria, y con ello la arbitrariedad en la liquidación y recaudación de los impuestos.

Como ya se subrayó antes, la simple aprobación de la exigencia fiscal en el procedimiento legislativo no es suficiente para garantizar la legitimidad del tributo. La transparencia es, por tanto, esencial, tal como si fuera la cara actual de la legalidad, so pena de caracterizarse lo que podríamos denominar “hipocresía de la legalidad”¹⁰.

Seguramente la lucha por la transparencia en las relaciones fisco contribuyente nos dará un enorme avance en el control de la discrecionalidad de la administración.

Otra forma de combate contra la arbitrariedad en la tributación, cuya defensa y propagación se torna imperiosa, es la eliminación de la discriminación fiscal. En otras palabras, es urgente rescatar la generalidad de la tributación y frenar la tendencia a generar tratamientos específicos por categorías, incentivos fiscales y, en fin, todo tipo de regímenes especiales y todo tipo de discriminaciones que no tengan un criterio muy claramente afirmativo del bien común.

El “dirigismo” fiscal es un mal mayor. La pretendida conducción de la economía por parte del Estado es un factor terrible de introducción de privilegios injustificables y, por lo tanto, odiosos. Fritz Neumark ha hecho también referencia a este tópico en diversos pasajes, en los cuales asume una fuerte posición contra el dirigismo fiscal:

La imposición no debe practicar intervenciones parciales y asistemáticas que perturben o beneficien la constitución o el funcionamiento de una parte de determinados sectores de la vida económica (Neumark, 1974, p. 127).

Efectivamente, la conducción de políticas económicas por los gobiernos a través de la tributación más o menos onerosa para determinados sectores o actividades, suele obtener resultados muy pequeños y cuestionables, además de constituir un amplio campo para la corrupción y la “incorporación” de favores fiscales como si fueran derechos adquiridos.

Pero es de destacar particularmente el hecho de que en el trabajo actual sobre El principio de igualdad, Ernesto Lejeune Valcárcel (2001) termina sus consideraciones destacando la necesidad de retomar la generalidad y de evitarse el dirigismo fiscal que se opone a la igualdad.

¹⁰ Más sobre el tema se puede encontrar en Roberto Ferraz (2005).

Son estas las palabras de aquel profesor, con las cuales se cierra también este trabajo:

Todo ello debe hacer reflexionar en el futuro sobre si no se habrá ido demasiado lejos en la recepción de la extrafiscalidad y la conveniencia de hacer retornar al tributo a sus orígenes de instrumento de financiación (basado entonces en el principio de capacidad contributiva como principio exclusivo de justicia tributaria), y utilizando el gasto público para la realización de los objetivos de justicia, así como los demás instrumentos administrativos (incluido el aparato sancionador) para el logro de objetivos que, aun siendo plausibles en sí mismos, son extraños a la técnica tributaria. Con ello, creemos, no se perdería operatividad: simplemente se obtendría un mayor grado de especialización funcional en cada una de las instituciones jurídicas; quedarían más nítidos sus perfiles conceptuales y, con esto sin duda alguna, se ganaría mucho en seguridad jurídica” (Lejeune Valcárcel, 2001, p. 238).

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRANO, Alejandro C. “La discrecionalidad administrativa en el procedimiento tributario y la motivación del acto administrativo de determinación tributaria”, en *Estudos em Homenagem a Alcides Jorge Costa*, Coordenação Luís Eduardo Schoueri, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2003.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- BARROS CARVALHO, Paulo de. *Teoria da Norma Jurídica Tributária*, São Paulo: Saraiva, 1981.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3a. ed., São Paulo: Ed. Lejus, 1998.
- BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema Del Diritto delle Imposte*, traducción italiana, Milano: Ed. Giuffrè, 1954.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1982.
- COSTA, Alcides Jorge. “O conceito de tributo, imposto e taxa”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 344, 1964, pp. 20 y ss.
- SOUSA, Rubens Gomez de. “Comentários ao Código Tributário Nacional”, RT, 1975.
- FERRAZ, Roberto. “Da Hipótese ao Pressuposto de Incidência – em busca do Tributo Justo”, en *Estudos em Homenagem a Alcides Jorge Costa*, Coordenação Luís Eduardo Schoueri, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2003, pp. 175-238.
- FERRAZ, Roberto. “O princípio de transparência tributária”, en Ives Gandra da Silva Martins (org.) *Limitações ao Poder Impositivo e Segurança*

- Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, pp. 442-472.
- GUTMANN, Daniel, “Do direito à Filosofia do Tributo” en *Princípios e Limites da Tributação*, Coordinación Roberto Ferraz, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho Financiero*, vol I, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1962.
- LEJEUNE VALCÁRCEL, Ernesto. “El Principio de Igualdad”, en *Tratado de Derecho tributario*, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- NEUMARK, Fritz. *Principios de la Imposición*, versión española de “Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik”, Madrid: Edición del Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda, 1974.
- Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica*. Madrid: Espasa-Calpe, 1996.