

Organizadores

Narciso Leandro Xavier Baez (Brasil)

Vinicius Almada Mozetič (Brasil)

Nuria Belloso Martin (Espanha)

Helena Nadal Sánchez (Espanha)

# **O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Tiago de Matia

Copidesques: Bianca Regina Paganini, Giovana Patrícia Bizinela, Gilvana Toniêlo  
Revisão eletrônica: Bianca Regina Paganini, Gilvana Toniêlo, Giovana Patrícia Bizinela, Wanessa Franco Sobral  
Projeto gráfico: Simone Dal Moro  
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

134 O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais / organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]. – Joaçaba, SC: Unoesc, 2018. 511 p. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-186-8

1. Direitos fundamentais. 2. Tecnologia – Aspectos sociais. 3. Direitos humanos. I. Baez, Narciso Leandro Xavier [et al.]. II. Título.

Doris 341.27

**Universidade do Oeste de Santa Catarina**

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores dos Campi  
Campus de Chapecó  
Ricardo Antônio De Marco

Campus São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D' Agostini

Campus Videira  
Ildo Fabris

Campus Xanxerê  
Genesio Téio

Pró-reitora de Graduação  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,  
Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Cleunice Frozza

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Tiago de Matia  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Jovani Antônio Steffani  
Lisandra Antunes de Oliveira  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Ieda Margarete Oro  
Silvio Santos Junior  
Carlos Luiz Strapazzon  
Wilson Antônio Steinmetz  
Maria Rita Chaves Nogueira  
Marconi Januário  
Marceli Maccari  
Daniele Cristine Beuron

## Sumário

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	7
---------------------------	---

Lenio Luiz Streck

### **CAPÍTULO I FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS HUMANOS**

<b>REFLEXIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DE UNA NUEVA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y DE UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA RED</b> .....	13
--	----

Nuria Beloso Martín

<b>CONTROL TECNOLÓGICO EN EL CIBERESPACIO: DE REDES Y ESPÍAS</b> .....	41
--	----

Álvaro A. Sánchez Bravo

<b>TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD</b> .....	71
------------------------------------	----

Rodolfo Capón Filas

<b>O QUE É ISTO, A SURVEILLANCE?: DIREITO E FLUXOS DE DADOS GLOBAIS NO SÉCULO XXI</b> .....	85
---	----

Jose Luis Bolzan de Moraes, Elias Jacob Neto

**O PARADOXO DA TECNOLOGIA E A INCERTEZA CIENTÍFICA**..... 105

André Rafael Weyermüller, Haide Maria Hupffer

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INFORMÁTICA JURÍDICA DECISIONAL** ..... 119

Nuria Beloso Martín

**CAPÍTULO II DERECHOS FUNDAMENTALES CIVILES Y SOCIALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS**

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO** ..... 141

Narciso Leandro Xavier Baez, Eraldo Concenço

**LA TECNOLOGÍA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD** ..... 169

Ramiro Acosta Cerón, Vinícius Almada Mozetič

**DE LO PÚBLICO A LO COMÚN EN LOS MODELOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: LA GARANTÍA DE UN NUEVO SISTEMA CIVIL** ..... 203

Helena Nadal Sánchez

**EVOLUÇÃO DIGITAL E RELAÇÕES DE TRABALHO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA INTERFACE COM O DETERMINISMO TECNOLÓGICO** ..... 231

Denise Fincato, Cintia Guimarães

**AS NOVAS TECNOLOGIAS E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO** ..... 249

Rodrigo Coimbra

**A PROBLEMÁTICA DO DIREITO AO PROCESSO PENAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL .....281**

Saulo Tarso Rodrigues, Róbson de Vargas

**LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LOS CENTROS PENITENCIARIOS. LA IMPRESCINDIBLE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....295**

Nuria Belloso Martín

**CAPÍTULO III EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS MECANISMOS DE EFECTIVIDADE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**ACESSO À JUSTIÇA E NOVAS TECNOLOGIAS..... 339**

Igor Raatz, Natascha Anchieta

**JUSTIÇA ELETRÔNICA: O DILEMA DAS EFETIVIDADES QUANTITATIVAS E A PERDA DO CASO CONCRETO .....361**

Lenio Luiz Streck

**RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA Y MEDIACIÓN ELECTRÓNICA: NUEVO ACCESO A LA JUSTICIA ..... 373**

Eduardo Vázquez de Castro

**EN BÚSQUEDA DE MODELOS JURÍDICOS PARA GENERAR INFORMACIONES SOBRE LOS (POSIBLES) RIESGOS ORIGINADOS DE LA ESCALA NANOMÉTRICA ..399**

Wilson Engelmann

**O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM SERES HUMANOS ..... 425**

Janaína Reckziegel, Maria Cristina Cereser Pezzella

**RECONSTRUÇÃO TEMPORAL AUTOPOIÉTICA: A RE-FUTURALIZAÇÃO DO DIREITO PELA ASSIMILAÇÃO DO RISCO BIOTECNOLÓGICO ..... 447**

Paulo Roberto Ramos Alves

**TÉCNICA E RESPONSABILIDADE: SOBRE O LIMITE ÉTICO DO NATURAL E ARTIFICIAL ..... 469**

Ana Paula Atz

**LAS FALACIAS DEL ABORTO ..... 483**

Juan Castillo Vegas

## Apresentação

Por Lenio Luiz Streck

Apraz-me muito apresentar esse livro que trata da temática relacionada aos novos direitos e o impacto das diferentes tecnologias no direito, na sociedade e no cotidiano das pessoas. Com efeito, o livro *O Impacto das novas Tecnologias nos Direitos Fundamentais*, organizado por Vinicius Almada Mozetič e Narciso Leandro Xavier Baez, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Brasil e Nuria Bellosó Martín e Helena Nadal Sánchez, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Burgos – Espanha, vai a fundo na discussão dessa fenomenologia. Quais são os fundamentos filosóficos das novas tecnologias? Como as novas tecnologias afetam os direitos humanos? De que modo o fluxo de dados das redes sociais propiciam um avanço na democracia e, paradoxalmente, representam o perigo de um mundo sem “fronteiras na intimidade”?

Dito de outro modo, o livro exsurge em tempos de “admirável mundo líquido”, no interior do qual se abriu a *caixa de pandora do século XX*: a tecnologia com e sem limites. Chegamos à era da técnica (Ges-tell). O que temos de tomar cuidado (no sentido de um cuidado hermenêutico – a *Sorge*) é que a técnica não se transforme em uma ferramenta que se volte contra o cidadão e a cidadania. A descoberta do átomo é fantástica. A manipulação desse produto do homo technologicus é que é o problema.

A era da técnica e a era do virtual: duas faces da mesma moeda. A contemporaneidade se depara com um virtual, que a cada momento, se faz mais real. O balanço da rede transforma aquilo que não é em “é”. A boneca Emília ordenaria prontamente a Visconde: “Sabugo velho, pare de escrever minhas memórias! Por acaso não vês que já postei o que fiz hoje no *Instagram*?” Enquanto narcisicamente

o “homo technologicus” estaria postando seus “selfies”, aguardando ansiosamente a maior quantidade de “likes”. Tudo simultaneamente.

Na sociedade do “*conectum, ergo sum*”, diz-se que o contato real acaba sendo substituído pelo contato “tela a tela” dos computadores. Qual é o papel do direito nesse contexto? Sob uma perspectiva de Filosofia e Teoria do/no Direito, é possível observar alguns aspectos que merecem apreciação, porque é nesse contexto que o direito assume maior importância.

Com efeito, o direito até o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito – o direito pós-Auschwitz – era também uma mera racionalidade instrumental. À medida que ele assume um grau elevado de autonomia, passa a poder servir de blindagens contra os agentes predadores, mormente os exógenos, como a política, a moral e a economia.


Pois exatamente porque o direito assumiu esse elevado grau de autonomia é que ele pode servir de contraponto a uma (ou a essa) espécie de “autonomização da técnica, incluída, obviamente, a virtualização exsurgente desse admirável mundo líquido”. Por isso, a obra que tenho a honra de apresentar possui tanta importância, porque examina *cum granu salis* as especificidades, os fundamentos e as consequências desse admirável mundo novo. Claro que a assunção de marcos regulatórios não tem o condão de colocar freios e blindagens a essa crescente tecnificação. Afinal, o direito está inserido num determinado contexto social complexo, em que a existência de uma regulamentação jurídica torna-se insuficiente quando não acompanhada de medidas outras, que vão desde uma organização institucional até o respeito por parte dos cidadãos, entre outras. Assim, devem ser compreendidas as diversas perspectivas pelas quais se apresenta o fenômeno. A obra *O Impacto das novas Tecnologias nos Direitos Fundamentais* tem essa pretensão: apresentar à comunidade jurídica e transjurídica esse leque de visões acerca das novas tecnologias. Mas sempre acreditando que novos direitos, novas tecnologias e a primazia do mundo virtual sempre precisarão do direito. Jamais pode(re)mos esquecer que o direito, com as duas grandes guerras, havia fracassado. O Estado



democrático de Direito, esse direito pós-bélico (Agamben), tirou lições desse fracasso. Daí a crescente autonomia do direito. Ele é indispensável para controlar esse admirável mundo líquido. Boa leitura a todos!

Da dacha de São José do Herval, em pleno Outono, vendo os pés de Liquidambers amarronzado as suas folhas que, já quase esquálidas, começam a cair, uma a uma, para a bela Chapecó, deitada à beira do Rio Uruguai.





**CAPÍTULO I**  
**FUNDAMENTOS**  
**FILOSÓFICOS DE LAS**  
**NUEVAS TECNOLOGÍAS Y**  
**DERECHOS HUMANOS**



# REFLEXIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DE UNA NUEVA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y DE UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA RED

Nuria Beloso Martín\*

## 1 INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, el concepto de ciudadanía ha estado vinculado al concepto espacial de territorio compartido. Pero la ciudad actual, transformada por las nuevas tecnologías y por Internet (*Internacional Network of Computers*), prescinde del concepto espacial. El ciberespacio no se ubica en un espacio físico como tal sino que fluye, se transmite, se comunica, enlaza a personas y pensamientos.<sup>1</sup> El antiguo concepto espacial de la *polis* se ve sustituido y superado por las redes sociales virtuales, que obedecen a procesos de deslocalización, a procesos dinámicos. Marshall McLuhan acuñó el término “aldea global” para hacer referencia a esa nueva *polis* en la que el diálogo se hace universal. “Las ciberciudades, entendidas como redes sociales, son nuevas formas de relación social.”<sup>2</sup> Es más, como afirma Pérez Luño,<sup>3</sup> si hace unos años parecía que el reto era esa “aldea global”, actualmente Internet ha hecho realidad el “hogar global”, en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la red constituye la Terminal de un sistema integrado universal.

Las nuevas tecnologías y, especialmente Internet, han afectado de forma sustancial al desarrollo de hechos cotidianos de una buena parte de la ciudadanía. A medida que los ordenadores conectados han menguado de tamaño hasta convertirse en *Iphones* y *Blackberrys*, esta tecnología se ha vuelto móvil, disponible siempre y en

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid; Profesora Titular de Filosofía del Derecho (CA) en la Universidad de Burgos (España), donde ejerce la función de Directora del Departamento de Derecho Público; Hospital del Rey, s/n, 09001 Burgos, España; nubello@ubu.es

<sup>1</sup> Beloso Martín (2005, p. 151-172) y Nadal y De la Cueva González-Cotera (2012, p. 283-300).

<sup>2</sup> Carr (2011, p. 23).

<sup>3</sup> Pérez-Luño (2012a, p. 135).

cualquier lugar. Incluso quienes tienen vocación para escribir observan el declive de su capacidad para leer y concentrarse. Se consuelan pensando que los beneficios que obtienen de usar la Web – con un acceso rápido a mucha información, herramientas potentes de búsqueda y filtrado, forma fácil de compartir sus opiniones con un público pequeño pero interesado- compensan la pérdida de su capacidad para sentarse tranquilamente y pasar las páginas de un libro.<sup>4</sup>

Los ciudadanos usan Internet de diversas formas, algunos incluso de manera compulsiva. Mantienen cuentas con varios servicios *on line*, están suscritos a una multitud de información, bloquean y etiquetan, mandan mensajes y *tweets*. La Web se ha convertido en una parte esencial de su trabajo, sus estudios o su vida social.<sup>5</sup> Incluso, comienza a sentirse la preocupación de que el uso de Internet pudiera estar cambiando la forma en que el cerebro procesa la información. Si tanto han cambiado nuestros hábitos, a partir de los ordenadores y de Internet, ¿estamos asistiendo a un cambio o una mutación de la propia estructura mental?

En relación a estas mutaciones, Bauman<sup>6</sup> advierte de lo que denomina la crisis del pensamiento a largo plazo:

El drama de esta sociedad es que no hemos aprendido del pasado: el pasado es pasado, ya lo hemos olvidado. Vivimos pensando que el día a día es el presente. Vamos rápido, a lo inmediato. E igual de rápido olvidamos. Disponer del conocimiento, mantenerlo, debe ser también un reto de los medios de comunicación, que actualmente, con los miles de titulares atrayentes que lanzan cada día, hacen precisamente lo contrario: favorecen el olvido de lo que ha sucedido llenándolo con las noticias fugaces del día siguiente. Y en esto juegan también un papel importante las nuevas tecnologías digitales: ¿para qué voy a recordar cosas si las puedo grabar o apuntar en un teléfono móvil, o un dispositivo de almacenamiento de donde luego puedo recuperarlas? También la tiranía del mercado nos está afectando en este sentido: nos obligan a renunciar al pensamiento a largo

---

<sup>4</sup> Carr (2011, p. 16).

<sup>5</sup> Carr (2011, p. 21-22).

<sup>6</sup> Bauman (1999): “La información es muy fácil de conseguir ahora. Vas a Google, haces una pregunta y recibes una respuesta. El problema es que no es una sola, sino que son millones. Cuando yo era joven anhelaba tener la clase de acceso a la información que tengo ahora, pero con el pasar de los años he descubierto que el exceso de información es peor que la escasez. Ahora los temas cambian continuamente. El interés de las personas fluctúa con enorme facilidad.”

plazo porque no podemos avanzar lo que será de nosotros en pocos meses. Puedes tener un trabajo estable, una vivienda, una familia, y de repente, perderlo todo [...]

No faltan causas que fundamentan la sensación de miedo ante el peligro de un uso inadecuado de la tecnología por parte de quien la gestiona, bien sea una empresa o el Estado, principalmente en países no democráticos, en los que la libertad de información y, en general, las libertades, son reducidas. Sistemas de control al modo de los que G. Orwell presentaba en su obra *1984* van adquiriendo protagonismo.

Los filósofos contemporáneos vinculados a la postmodernidad han contribuido a la expansión de este sentimiento de inseguridad.<sup>7</sup> Suele ser frecuente que en sus obras destaquen el potencial negativo de las tecnologías de la información. Así por ejemplo, Giddens,<sup>8</sup> junto al industrialismo y el capitalismo avanzado, subraya el poder de vigilancia como un instrumento característico de la modernidad. También Taylor<sup>9</sup> identifica el control creciente sobre los individuos como la principal enfermedad de la modernidad dado que consideran que el ligamen entre la tecnología y el control social es dañino en la medida en que incrementa la sensación de incertidumbre y de inseguridad – características propias de todo cambio.

Frente al discurso nihilista de Foucault,<sup>10</sup> algunos de estos autores, en la línea de Max Weber, dejan constancia de su confianza en el progreso y en la tecnología. Así, Lyotard<sup>11</sup>, en la medida en que la eficacia es el parámetro de validez adecuado en una sociedad mercantilizada y consumista, la ciencia actual puede actuar como un factor de progreso y de cohesión social. Esta es también la línea seguida por Vattimo<sup>12</sup> que, con su propuesta de “noción transparente” da una nueva dimensión a las tecnologías de la información, que se convierten en un instrumento para hacer compatible la globalidad y el localismo.

---

<sup>7</sup> Ripol Carulla (2012).

<sup>8</sup> Giddens (2000).

<sup>9</sup> Taylor (1996).

<sup>10</sup> Foucault (1982).

<sup>11</sup> Lyotard (1987).

<sup>12</sup> Vattimo (1996).

## 2 ¿HACIA UNA CUARTA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS?

Como acertadamente advierte Bustamante Donas,<sup>13</sup> a una distancia de más de sesenta años desde que se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, probablemente sea Internet la estructura social más democrática y participativa que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han traído.

En el mundo físico, los ataques a los derechos humanos en forma de acciones políticas tienen una traducción casi inmediata en términos de hambre, discriminación, flujos migratorios o de refugiados, recortes de los derechos civiles, etc. En el ciberespacio, dichas acciones cobran un cierto carácter de invisibilidad frente al escrutinio público.<sup>14</sup>

A partir de las redes telemáticas se abren una serie de problemas éticos y jurídicos que tienen que ver con el derecho a la intimidad, a la privacidad, a la participación política, al olvido de los datos personales, a la libertad de expresión y al acceso universal a la tecnología, y que demandan respuestas. La reformulación de estos derechos fundamentales, en clave de las nuevas tecnologías, se está llevando a cabo lentamente, tal vez con excesiva lentitud, dados los avances vertiginosos que se producen en el sector. Concretamente, el derecho a la intimidad,<sup>15</sup> el derecho a la

---

<sup>13</sup> Bustamante Donas (2012, p. 11).

<sup>14</sup> “La polución del aire, de la tierra o del agua puede ser mensurada de forma objetiva a través de dispositivos y aparatos diseñados a tal efecto, y los datos así obtenidos pueden constituirse en infraestructura de políticas de regeneración del medio ambiente. Por el contrario, no resulta tan sencillo medir el grado de contaminación de una información, o detectar en un producto audiovisual el modelo de sociedad o los valores que se transmiten de forma soterrada.” (BUSTAMANTE DONAS, 2012, p. 13).

<sup>15</sup> Pérez-Luño (2012, p. 66) especialista reconocido en esta temática, hace notar que el derecho a la intimidad es el derecho fundamental con mayor número de modalidades de eventual trasgresión y uno de los que cuenta con mayor cantidad de víctimas reales o potenciales. También, *vid.* Pérez-Luño, Losano y Guerreo Mateus (1989). Concretamente, destaca la metamorfosis operada en el significado de la intimidad y su incidencia en la situación del menor, particularmente, en el derecho a la intimidad que afecta a la tutela de los menores. A partir del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de datos personales (LOPRODA) en España, promulgado por el Real Decreto 17/2007 de 21 de diciembre, Pérez-Luño llega a la conclusión de que la intimidad sólo mantiene su carácter de derecho de la personalidad, dotado de los atributos de inviolabilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, para los menores, mientras que para los mayores de edad ha perdido esas notas configuradoras, para convertirse en un derecho que puede ser objeto de transgresiones consentidas, de renunciaciones y cesiones a cambio de las consiguientes prestaciones económicas. Es decir, para los menores sigue formado parte de su derecho de la personalidad pero para los mayores ha perdido su dimensión de derecho de la personalidad para integrarse en el sistema de los derechos patrimoniales (PÉREZ-LUÑO, 2012b, p.77; PÉREZ-LUÑO, 1993, p. 405 y ss.).



privacidad, la libertad de expresión, el principio de dignidad y algunos otros, se han visto influidos de forma especialmente significativa tanto por Internet como por el uso de nuevas tecnologías.

Bustamante Donas<sup>16</sup> sostiene la necesidad de identificar cuatro fases en la evolución de los derechos humanos. Como ya sabemos, la primera generación de derechos humanos sería la de los derechos civiles y políticos, que proceden de la tradición del constitucionalismo liberal, cuyos principales rasgos serían:

- a) Los derechos civiles y políticos son de titularidad individual: Es el sujeto individual en tanto que hombre el titular de esos derechos. Son derechos pensado para el ciudadano, para quien vive al amparo de la nueva legislación que surgirá bajo el Estado liberal garantista. Se inspiran en una filosofía individualista: el individuo solo, aislado, como átomo de la sociedad es el sujeto titular que puede exigir y reclamar su protección. “los hombres nacen...”, “ningún hombre...”, “todo hombre...” (Declaración francesa”. También; “nadie...”, “toda persona...”, “todo individuo...” (Pacto internacional de Derechos civiles y Políticos). Se trata de una igualdad abstracta, formal, en el papel, y por tanto, desigual al no tener en cuenta otras realidades;
- b) Los derechos civiles y políticos son derechos de autonomía: Establecen verdaderos límites la actuación del Estado al objeto de preservar al individuo un espacio libre de interferencias donde pueda decidir y actuar su libertad sin obstáculos. Son derechos que encarnan el ideal kantiano de autonomía: libertad de circulación, derecho a la intimidad, libertad de conciencia, libertad de expresión. Requieren la abstención y pasividad del Estado respecto a las actuaciones de los individuos, sus relaciones con otros, sus decisiones, salvo que transgredan las reglas básicas o impliquen la comisión de un delito;

---

<sup>16</sup> Bustamante Donas (2012, p. 11).

- c) Los derechos civiles y políticos son derechos de libertad: El concepto de libertad que los sustenta tiene dos caras: por un lado, la vieja concepción negativa de la libertad como “ausencia de dominio” de unos sobre otros, por otro, la idea de libertad positiva, la libertad de actuar y de participar en la creación de normas y de gobierno de la sociedad. En realidad, el fundamento de los derechos civiles y políticos se basa principalmente en la libertad negativa, una libertad cuyo objetivo es proteger al individuo.

La segunda generación es la de los derechos económicos, sociales y culturales, que derivan de una tradición de pensamiento humanista y socialista, cuyos principales rasgos son:

- a) Los derechos sociales son derechos de prestación: Presuponen la necesidad de una actividad positiva del Estado. Los derechos civiles requerían una interferencia, creaban obligaciones negativas al Estado. Por el contrario, los derechos sociales crean obligaciones positivas;
- b) Los derechos sociales son de titularidad individual, como los derechos civiles y políticos, pero se inspiran en una concepción empírica del ser humano: Tienen su fundamento en una imagen del hombre contextualizado –como trabajador, como anciano, joven, disminuido, etc.- Están pensados para ser atribuidos a personas concretas. Se reconoce la existencia de necesidades básicas del individuo, que permitirán clasificar a los individuos;
- c) Los derechos sociales remiten a un concepto de libertad configurado a partir de la igualdad: Se trata de dotar a todos de unas condiciones materiales de vida, sin que las diferencias de riqueza, de posición social, de facultades y habilidades naturales sean un impedimento;
- d) Los derechos sociales son un elemento de solidaridad social: Son un instrumento de cohesión interna de las sociedades en las que se im-

plementan, en la medida en que uno de sus objetivos es la superación de las diferencias sociales, de las desigualdades de riqueza entre aventajados o desaventajados. El Estado cumple un papel equilibrador a través de los instrumentos fiscales. La teoría neoliberal hace tiempo está denunciando los excesos del Estado social quejándose de que algunos ciudadanos se acostumbran a las estrategias benefactoras y son incapaces de salir de esa espiral.

Los derechos de la tercera generación giran en torno al principio de la solidaridad o la fraternidad. El elenco de derechos incluido en esta generación no es cerrado. Son derechos que remiten a nuevas exigencias sociales y que se caracterizan por su pluralidad y por su referencia a la fraternidad, a la solidaridad, al medio ambiente, a la justicia social, a la justicia entre generaciones. Su mérito es la plasticidad lo que permite traducir aspiraciones que exceden los límites de lo jurídico. Se incluye el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho al patrimonio cultural de la humanidad, el derecho al medio ambiente o a la calidad de vida, o la libertad informática.

Estos derechos presentan algunas dificultades tales como, en primer lugar, quién es el titular de estos derechos, ya que suelen aparecer en forma de declaraciones sectoriales que protegen los derechos de ciertos colectivos, configurando unos derechos difusos: ¿quién es el titular del derecho a la paz o del derecho al desarrollo? ¿La persona individual? ¿un grupo? ¿un pueblo, un Estado? Se ha ampliado considerablemente su titularidad al incluir a todos los seres humanos del planeta. Por ejemplo, el derecho a la paz involucra a toda la humanidad. Su titularidad es difusa porque no aparece claro el titular concreto que pueda disfrutar de los mismos, que pueda pedir su ejercicio y protección. Parece que recoge unos intereses difusos: la paz, el medio ambiente, el desarrollo, de difícil concreción que implican una masa ingente de personas, la humanidad que, como colectividad, es improbable que se pongan de acuerdo para ejercitarlos y para exigir su protección. También se les denomina “derechos colectivos” pero resulta contradictorio hablar de derechos

del hombre y afirmar que su titularidad es difusa o colectiva. Una segunda dificultad surge a la hora de imponer sanciones: ¿Hay alguna forma de imponer sanciones en caso de incumplimiento? ¿a quién?

La cuarta generación de los derechos humanos, siguiendo a Bustamante, será la expansión de un concepto de ciudadanía digital que presenta varias formulaciones. En primer lugar, como ampliación de la ciudadanía tradicional, destacando los derechos que tienen que ver con el libre acceso a la información y al conocimiento entendidos como infraestructura de la realización personal, así como con la exigencia de una interacción más simple y completa con las instituciones del Estado a través de las redes telemáticas. En segundo lugar, con el derecho a superar la exclusión digital, no sólo mediante la integración de colectivos marginales en el mercado de trabajo en una sociedad de la información, sino a través de la exigencia de políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que asegure una inserción autónoma de cada país en un mundo globalizado.<sup>17</sup>

Esta cuarta generación de derechos humanos está dando lugar a la configuración de un nuevo modelo de ciudadanía, a partir de comunidades virtuales, configurando nuevos valores, derechos y estructuras. Baste recordar el *Movimiento de los indignados* en España y su llamamiento a la ciudadanía a través de Internet. El criterio de pertenencia ya no es el territorio, ni la lengua compartida, sino un nuevo modelo de sociedad que se encuentra en la comunicación no presencial. Todo ello hace que los derechos humanos deban replantearse en un nuevo marco de comunicación.

Estas consideraciones nos llevan a plantearnos si las nuevas tecnologías han abierto la puerta a una nueva generación de derechos humanos.<sup>18</sup> La informática, Internet, los GPS y otras innovaciones tecnológicas, han dado lugar a nuevos retos para la teoría de los derechos humanos: en cuanto a la inteligencia artificial, en relación a la implantación de nuevas medidas para los reclusos en centros penitenciarios (pulseras y tobilleros GPS),<sup>19</sup> sistemas de videovigilancia para los ciudadanos

---

<sup>17</sup> Bustamante Donas (2012, p. 16).

<sup>18</sup> Pérez-Luño (2012a, p. 130).

<sup>19</sup> Bellosó Martín (2013).

en lugares públicos, y tantas otras medidas que pueden colisionar o acabar vulnerando derechos humanos, principalmente el derecho a la intimidad y protección de datos personales, al principio de dignidad o a la igualdad.

Bustamante advierte de dos posibles fórmulas de ciudadanía que podrían diseñarse a la luz de las dos posibles relaciones entre ciudadanía y derechos: en primer lugar, la *hipociudadanía*, que consiste en la paulatina disminución de la conciencia ciudadana en la pérdida de poder del individuo frente a las instituciones de la sociedad. Esta vía se caracteriza por varias dinámicas: promoción de nuevas formas de control social, expansión del software de código cerrado con el uso de estándares propietarios, monopolización de los estándares de *hardware*, *softwares* y otras TIC, fomento de un uso superficial y no comprometido de las redes sociales virtuales. Es decir, el equilibrio entre ciudadanos e instituciones se decantaría a favor de éstas, dando lugar a un aumento del conocimiento centralizado en detrimento del que generarían los propios ciudadanos.

Una segunda vía sería la *hiperciudadanía*, un ejercicio más profundo de la participación política que podría llevarse a cabo a través de la ciudadanía digital, y que estaría alejada de la visión escéptica que caracteriza a la *hipociudadanía*. Implica un ejercicio más pleno de los derechos ya consolidados, a la vez que promueve nuevos derechos. La *hiperciudadanía* es la consecuencia de una dinámica de implantación de los derechos de cuarta generación. Conlleva la consecución de diversos retos, entre los que cabe destacar:

- a) Incorporación de las TIC a la democracia, fomentando una democracia más participativa. Ello podrá acabar desembocando en el derecho a participar de una gobernanza electrónica que permita la gestión de los asuntos públicos con una amplia participación de los ciudadanos.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Pérez-Luño (2004).

Los cambios acaecidos en la sociedad de la información nos han permitido apreciar el fuerte impacto que las TICs tienen en la propia comunicación política, es decir, la comunicación que se establece entre los gobernantes y los gobernados. La esfera de lo privado o sociedad civil (los ciudadanos) frente a la esfera de lo público o sistema político. Entre la esfera de lo privado y la de lo público se establecen comunicaciones y relaciones, que implican información, interés, participación, demandas, apoyos, críticas o control de los ciudadanos sobre el poder político ya que éste responde, a su vez, desde las leyes, los mandatos, las obligaciones, los impuestos, los servicios y la administración.

Hasta hace pocos años, las campañas electorales en los medios de comunicación se circunscribían a los anuncios, spots, espacios cedidos a los partidos políticos, entrevistas a los diferentes líderes y, sobre todo, a los numerosos actos y mítines. La transmisión de la imagen de los líderes y las apariencias formales del discurso electoral ocupaba un primer plano, como mandaban los cánones del más puro estilo norteamericano. Sin embargo, todo esto ha cambiado desde la llegada de Internet: blog, consignas por sms, foros, Chat, movilización de grupos a través del llamamiento por la red, información de resultados de estadísticas electorales en tiempo real, videos promocionales de los candidatos colgados en Internet, y tantas otras posibilidades.

La incidencia de las nuevas tecnologías en los procesos políticos de la democracia representativa parlamentaria ha sido cada vez más amplia en los países avanzados. Hoy en día resulta inimaginable una campaña electoral en la que las nuevas tecnologías no cumplan un papel decisivo. Este protagonismo se ve acrecentado por la utilización de la red, que abre nuevas posibilidades y nuevas formas de ejercicio de la democracia representativa.<sup>21</sup> El sistema permite maximizar y optimizar la

---

<sup>21</sup> Los procesos de participación política a través de la democracia representativa pueden explicarse a partir de un sistema cibernético cuyo término inicial o de entrada (*input*) se halla representado por los programas de los partidos políticos (P). Dichos programas serían procesados y divulgados por medio de las distintas aplicaciones de las nuevas tecnologías, que los transmitirían, en el proceso de salida del sistema (*output*), a la opinión pública (OP). El sistema cibernético procesaría también las repercusiones, reacciones y respuestas de la OP, actitudes que, una vez procesadas por la retroalimentación (*feed-back*),

comunicación directa, sin ningún tipo de mediatizaciones, entre los ciudadanos y quienes tienen a su cargo el poder político responsable de tomar las decisiones. Las TICs permiten conocer más profundamente a los votantes y saber qué es lo que les mueve, simpatiza o motiva. Las nuevas tecnologías de la información y telecomunicaciones han posibilitado la existencia de las ciber-campañas, las cuales son estratégicas en la nueva dinámica política electoral. Las ciber-campañas han adquirido un papel protagonista en la medida en que permiten comunicarse con los lectores, principalmente con los más jóvenes y con los sectores de mayor nivel de educación y de ingreso económico, lo que les permite fácil acceso a Internet y a la telefonía. Es la denominada “generación web”. Las ciber-campañas permiten una comunicación más interactiva entre los candidatos y los votantes, a la vez que permite organizar mejor a los electores, transformándolos en ciber-militantes o ciber-voluntarios, que impulsen acciones desde su trabajo, sus redes de amigos, etc. También la recolección de fondos económicos para sufragar parte de los gastos de las campañas políticas mediante donaciones de simpatizantes se facilitan por el uso de las nuevas tecnologías. Asimismo, es más fácil movilizar a los votantes a las urnas el día de las elecciones.<sup>22</sup>

- b) La defensa de un *software* libre, haciendo posible un conocimiento libre y el desarrollo de nuevas formas de cultura popular. El software libre (en inglés *free software*, aunque esta denominación también se confunde a veces con “*gratis*” por la ambigüedad del término *free*, lo que también se usa “libre software” y “logical libre”) es la denominación del software que respeta la libertad de todos los usuarios que adquirieron el producto y, por tanto, una vez obtenido puede ser usado, copiado, estudiado, modificado, y redistribuido libremente de varias formas. Según la *Free Software Foundation*, el software libre se refiere a la libertad de los usuarios para ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, modificar el software y distribuirlo modificado.

El software libre suele estar disponible gratuitamente o al precio de costo de la distribución a través de otros medios; sin embargo no es obligatorio que sea

---

se transmitirían a los partidos políticos con el fin de que pudieran reciclar sus programas en consonancia con las respuestas recibidas de la OP.

<sup>22</sup> Valdez Cepeda (2011, p. 539-554).

así, por lo tanto no hay que asociar software libre a “software gratuito” (denominado usualmente *freeware*), ya que, conservando su carácter de libre, puede ser distribuido comercialmente (“software comercial”).<sup>23</sup>

- c) La defensa del concepto de procomún (bienes comunes), conservando espacios de desarrollo humano cuya gestión no esté sometida a las leyes del mercado y al arbitrio de los especuladores. El “procomún” (traducción al castellano del “commons” anglosajón), es un modelo de gobernanza para el bien común. La manera de producir y gestionar en comunidad bienes y recursos, tangibles e intangibles, que nos pertenecen a todos, o mejor, que no pertenecen a nadie. Un antiguo concepto jurídico-filosófico, que en los últimos años ha vuelto a recobrar repercusión pública, gracias al software libre y al movimiento *open source* así como al premio Nobel de Economía concedido a E. Ostrom, en 2009, por sus aportaciones al gobierno de los bienes comunes.

El procomún lo forman las cosas que heredamos y creamos conjuntamente y que esperamos legar a las generaciones futuras. Una gran diversidad de bienes naturales, culturales o sociales, como por ejemplo: la biodiversidad, las semillas, Internet, el folclore, el agua potable, el genoma, el espacio público, etc. Bienes que muchas veces sólo percibimos cuando están amenazados o en peligro de desaparición o privatización. Los movimientos que nacen al hilo de estas posibilidades han sido los movimientos de lo abierto, lo *open*, de los que tenemos actualmente cuatro modelos, dos en el ámbito educativo, el *open access* y su consecuencia *open science*, y

---

<sup>23</sup> Análogamente, el “software gratis” o “gratuito” incluye en ocasiones el código fuente; no obstante, este tipo de software *no es libre* en el mismo sentido que el software libre, a menos que se garanticen los derechos de modificación y redistribución de dichas versiones modificadas del programa. Tampoco debe confundirse software libre con “software de dominio público”. Éste último es aquel software que no requiere de licencia, pues sus derechos de explotación son para toda la humanidad, porque pertenece a todos por igual. Cualquiera puede hacer uso de él, siempre con fines legales y consignando su autoría original. Este software sería aquel cuyo autor lo dona a la humanidad o cuyos derechos de autor han expirado, tras un plazo contado desde la muerte de este, habitualmente 70 años. Si un autor condiciona su uso bajo una licencia, por muy débil que sea, ya no es del dominio público.



otros dos en el ámbito político o de gobernanza, el *open data* y el *open government*. Todos estos modelos se fundamentan en la posibilidad de la difusión libre del conocimiento y constituyen lo que se ha venido a denominar un procomún digital.

En términos generales, los entornos de red tienden a funcionar más naturalmente como un procomún que como un mercado. Internet ha potenciado las identidades sociales y los intereses no económicos de la gente, convirtiéndolos en una fuerza con mucha influencia en las redes electrónicas. La creciente popularidad del sistema operativo GNU/Linux y del software de fuente abierta (*open source*) confirman rotundamente el poder del procomún *on line*. Hay otros muchos, como los sitios web de colaboración, los servidores de listas por grupos de afinidades, las redes inalámbricas, los archivos *on line* para eruditos, y los archivos compartidos entre iguales (*peer to peer*). Todas estas modalidades del procomún son nuevas formas de colaboración humana que resultan extraordinariamente productivas.

A la teoría del mercado, tan centrada en el individuo y en lo que se puede medir y vender, le cuesta aceptar este hecho. No consigue entender cómo unas comunidades estructuradas sobre la confianza, el trabajo voluntario y la colaboración pueden ser más eficientes y flexibles que los mercados convencionales del “mundo real”. Hablar del procomún es recuperar importantes aspectos del comportamiento humano, y también de su cultura y su naturaleza, que el discurso de mercado ha desechado. El procomún establece una nueva vara de medir el «valor». «Valor» no es sólo cuestión de precio, es algo que está enraizado en las comunidades y en sus relaciones sociales.<sup>24</sup>

- d) El derecho al olvido digital, es decir, al derecho a la cancelación o eliminación de la información de carácter personal que circula por la Red, dado que con el ascenso de la Web 2.0, cada vez más Internet se alimenta con la información y el conocimiento aportado por los propios usuarios. La mayor parte de nuestras actividades acaban dejando un rastro (compras electrónicas, fotografías familiares, comunicaciones en las redes sociales, etc.) Para ello, es necesario que los propios usuarios cobren con-

---

<sup>24</sup> Bollier (2004).

ciencia de las informaciones que generan por sí mismos o que retransmiten, para poder disminuir el riesgo de pérdida de control cuando se difunden a través de Internet. El carácter imperecedero de la información que circula por Internet ya que se cruzan datos con una gran facilidad e información, debería estar amparada por el derecho a la intimidad en lugar de acabar saliendo a la luz. Se debe de dotar a los ciudadanos de garantías de control de la información personal y de los mecanismos que les permitan ejercer ese derecho al olvido digital, como en situaciones vinculadas a la indexación por parte de buscadores de datos publicados de información (multas de tráfico, ayudas sociales concedidas -con publicación de nombre y apellidos, domicilio, etc.-). En la mayoría de esas situaciones se acaba desembocando en un conflicto entre derechos y libertades. Porque, ¿cómo y dónde establecer la nítida separación entre la libertad de expresión y de información y el derecho a la protección de carácter personal?

Cécile de Terwangne<sup>25</sup> ha señalado que se trata del derecho de las personas físicas a que sea borrada, tras un cierto tiempo, la información referida a ellas. La autonomía individual de la persona implica que esta tenga poder y pueda controlar su propia información personal, lo que tiene dos vertientes: a quién se desea entregar información y de quién se desea que ya no disponga de la misma. La información de la que hablamos no es la limitada a la privacidad, sino toda aquella relacionada con una persona física como por ejemplo la información profesional o comercial<sup>26</sup>. En el ejercicio del derecho al olvido se generan conflictos con el derecho a la información, ya resueltos por los tribunales, que han utilizado para tomar una decisión los criterios del tiempo transcurrido y de la noticiosidad de la información, estableciéndose también dos excepciones: los hechos históricos y los ligados a las figuras públicas. La casuística que aparece en el ejercicio de este derecho ha de ser resuelta caso por

---

<sup>25</sup> De La Cueva González-Cotera (2012, p. 84-90).

<sup>26</sup> Europa ya ha reconocido este derecho a la autodeterminación informacional en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el Convenio nº 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, en el artículo 8 de La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

caso, encontrándonos con supuestos de información distribuida o de su exposición concentrada, anonimización en bases de datos y casos de periódicos digitales.

Este derecho ya ha sido reconocido judicialmente e implica bien el borrado o la anonimización de la información, bien la objeción al procesamiento de la información, debiendo cuidarse la restricción de los derechos a la información, la libertad de expresión, la obligación de retener datos por cuestiones de seguridad, la posibilidad de establecer un derecho al borrado de la información y no sólo a hacerla inaccesible y la posibilidad de ampliar el existente derecho al olvido a un derecho automático de ser borrado por defecto.

### **3 ES NECESARIA UNA NUEVA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS?**

Las diferencias entre los ciudadanos resultan especialmente evidentes en cuanto al acceso a las nuevas tecnologías. Ello ha dado lugar a diversos desafíos, entre los que cabe reseñar principalmente dos: el primero de ellos es el referido a la capacidad de acceso de los ciudadanos a la información y al conocimiento que reside en el ciberespacio, dado que muchas personas carecen de los conocimientos y medios que para acceder a los flujos de información que circulan por la Red y residen en el ciberespacio. Es lo que se denomina “brecha digital”, que limita las posibilidades de desarrollo de quienes no disponen de conexión a Internet. El segundo desafío es el desarrollo de políticas globales dirigidas a la educación ciudadana para que accedan a utilizar la tecnología. Se trata de la llamada “alfabetización digital” que permite que las personas puedan utilizar, con una mínima solvencia, los recursos de Internet.

Estas nuevas realidades pueden llevarnos a pensar si no resultaría conveniente una nueva Declaración de Derechos del Hombre. Esta inquietud ya se planteó hace unos años, en uno de los simposios del Foro de las Culturas de 2004, de Barcelona. Algunas voces autorizadas – cargos de la Unesco – expresaron sus dudas sobre la conveniencia de reescribir la declaración de derechos, mostrándose más partidarios de trabajar en la línea de hacer realidad la norma vigente. Sin embargo, el

Institut de Drets Humans de Catalunya presentó una “carta de Derechos Humanos Emergentes”<sup>27</sup> que fue objeto de una buena acogida.<sup>28</sup>

Se la presentaba como continuadora y heredera de la Declaración de 1948 pero, desde entonces se han producido cambios políticos, sociales, ideológicos, culturales, económicos, tecnológicos y científicos que han incidido en el catálogo de derechos humanos, así como en los mecanismos para su garantía y en las reivindicaciones que, desde los movimientos sociales, demandan su respeto.

No vamos a detenernos ahora en un análisis exhaustivo de esta propuesta. Sin embargo, sí queremos destacar las tres principales consideraciones que justificaba la oportunidad de tal iniciativa:<sup>29</sup>

- a) La primera de ellas es la cuestión de la exigibilidad. Es decir, la justificación de esta nueva declaración parte de que la Declaración de 1948 confiaba la garantía de los mismos a los Estados, y éstos se han revelado impotentes o, incluso en ocasiones, sospechosos de vulnerar los derechos de sus ciudadanos;
- b) La segunda consideración es la referida al cambio de sujeto de la declaración, en el sentido que mientras la Declaración de 1948 surge de una Asamblea de Estados, la Carta de Derechos Humanos Emergentes se construye desde las diversas experiencias y luchas de la sociedad civil global, haciéndose eco de las reivindicaciones de los movimientos sociales;
- c) La tercera consideración es la referida a una concepción nueva de los derechos. Estamos asistiendo al surgimiento de nuevos compromisos, necesidades y derechos. Se trata de poner de relieve la situación histórica actual, lo cual implica cuestionar el actual modelo de Estado, hacer emerger nuevos sujetos históricos que la globalización ha dejado fuera, a la vez que exige revisar el repertorio de derechos.

---

<sup>27</sup> Carta de Derechos Humanos Emergentes (2013).

<sup>28</sup> Bermudo (2008, p. 15).

<sup>29</sup> Bermudo (2011, p. 16-17).

Compartimos estas tres consideraciones pero, al igual que Bermudo, somos partidarios de establecer ciertos reparos ante el esquema argumentativo que no jerarquiza objetivos, que no ordena ni pone límites en los derechos. Hay que estar atentos ante descripciones retóricas y subyugantes que acaban banalizando el discurso sobre los derechos humanos. Las declaraciones “a la última” corren el peligro de ser “más de lo mismo, pero ampliado”. La presentación de la humanidad entera formando una comunidad política con el deber de asumir su destino en forma compartida, desembocando en un “discurso angélico cuando no simplemente cínico”<sup>30</sup> es un buen ejemplo de los tristes resultados que hay que evitar.

Por tanto, junto a una nueva declaración de derechos, posiblemente sea necesario un nuevo discurso sobre los derechos. Esta nueva declaración no se enmarcaría exclusivamente en una declaración ampliada o renovada sino revisada en su esencia y en sus conceptos. Como afirma Bermudo, “en una época de éticas indoloras, de políticas sin verdad, de moralidad sin deber, de inflación de derechos” se hace necesario un nuevo compromiso entre hombres y pueblos que oriente nuestros comportamientos. No se trata meramente de reivindicar la necesidad de una nueva Declaración de derechos por razón de la inflación de derechos, del aumento del catálogo de derechos con la incorporación de los derivados, por ejemplo, de las nuevas tecnologías. Es un cambio más profundo en el discurso de los derechos, ante el cansancio de la corrupción de la clase política que hace oídos sordos a las necesidades de sus ciudadanos mientras se llena los bolsos con el dinero público, ante el hastío de las violaciones de derechos por parte de los propios Estados, ante la impunidad de todo un aparato estatal, europeo e internacional que calla o acepta la impunidad de la violación de los derechos, ante el excesivo énfasis normativo sobre los derechos en lugar de un mayor empeño en prevenir o penalizar su violación.

---

<sup>30</sup> Bermudo (2011, p. 18).

Da la sensación de que seguimos viviendo en la idea de ciudadanía que preconizara T.H. Marshall,<sup>31</sup> que de las tres dimensiones que presentaba, pertenencia, participación y derechos, hemos sacralizado ésta última. Se ha acabado confundiendo la calidad de la ciudadanía con el listado de derechos que se gozan. Y la propia evolución social así ha seguido en función de la expansión de los derechos. Desde las Declaraciones Francesa y Americana del siglo XVIII que se centraba en los derechos políticos, a la Declaración de 1948 que incluyó un repertorio de derechos sociales. La calidad de la ciudadanía y de la vida humana viene determinada por la cantidad y amplitud de los derechos de que se goza. Como subraya Bermudo:

En la misma quedan revueltos derechos-libertades (libre pensamiento, libertad religiosa, asociación política) con los derechos sociales (educación, trabajo, vivienda, sanidad, pensiones) y los llamados derechos emergentes (libre opción sexual, ciudades sin ruido, medio ecológico de vida) y de los consumidores.<sup>32</sup>

#### **4 ES NECESARIA UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA RED?**

Los intentos por gobernar Internet han sido objeto de fuertes réplicas, a través de diversas declaraciones y textos, entre las que cabe destacar principalmente tres propuestas. La primera fue un borrador de propuesta de *Declaración de derechos humanos en la Red*, de Robert B. Gelman, con motivo del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Su objetivo fue dar a conocer un primer borrador de propuesta y abrir un foro de discusión para elaborar un desarrollo más completo. El foro que se constituyó para llevar a cabo tal iniciativa – inactivo desde hace tiempo – pretendía que fuera el texto que se consensuara fuera incluido como adenda a la Declaración Universal de 1948. El objetivo era: “[...] elaborar un texto que extienda los derechos humanos básicos más allá del derecho a

---

<sup>31</sup> Marshall y Botomore (1992).

<sup>32</sup> Bermudo (2011, p. 25).

la vida, la libertad y la lucha por conseguir la felicidad, e incluya la libertad de acceso a la información, expresión, asociación y educación en línea.”

El mérito de Gelman es el de haber sido pionero en percibir la necesidad de garantizar los derechos de las personas en un ámbito que se sitúa fuera de la territorialidad de los Estados. La segunda propuesta fue la *Declaración de independencia del ciberespacio*, de Jhon Perry Barlow (1996), uno de los profetas libertarios de Internet,<sup>33</sup> reivindicando la autonomía de la red. “En nombre del futuro” pedía que se dejara en paz el ciberespacio, la “nueva casa de la mente”. Defendía la originalidad del ordenamiento del ciberespacio: no depende de las instituciones del mundo físico sino de un fenómeno natural, que crece espontáneamente a través de las acciones colectivas de sus miembros. El ciberespacio está dotado de una propia cultura, de una propia ética, de un “código no escrito” que proporciona más orden del que se pueda obtener por las imposiciones de los gobiernos. Por consiguiente, no necesita ni de la política ni del Derecho pues es capaz de autorregularse, de resolver por sí mismo los propios conflictos a través de sus propios medios.<sup>34</sup>

A su propuesta se oponen quienes reivindican una disciplina jurídica de la red. Se trata de voces provenientes de los gobiernos, interesadas en controlar la red con fines policiales (prevención del crimen y especialmente del terrorismo), de censurar algunos tipos de información (materiales relativos a la pedofilia, a la pornografía, a la incitación del odio étnico o racial, a la propaganda nazista, etc.), a controlar a los opositores de la política y de la sociedad. Otras voces, aún más fuertes, provienen del mundo de los negocios y han solicitado (y obtenido) ventajas para el comercio electrónico, la protección de marcas y sellos distintivos, es decir, la enérgica tutela de la propiedad intelectual. Es decir, voces motivadas por la defensa de los derechos de libertad han solicitado la protección de la *privacy on-line*, la conservación de los usos libres (*fair use*) de los productos culturales y, más en general, la garantía de que

<sup>33</sup> Perry Barlow (1996).

<sup>34</sup> Sartor (2003, p. 67-94).

Internet permanezca como un reducto en el cual se puedan ejercer con seguridad los derechos civiles, sociales y culturales.

La tercera propuesta, y la más completa y coherente, es la de E. Suñé Llinas. El día 6 de octubre de 2008 publicó en Internet un texto que tituló *Declaración de derechos del ciberespacio*. Posteriormente, el 2 de mayo de 2010 publicó un *Proyecto de Constitución del ciberespacio*<sup>35</sup>. En el texto de 2006 reconoce que sus fuentes de inspiración han sido las dos propuestas anteriormente citadas (la de Gelman y la de Perry Barlow). Para la propuesta de 2010, toma en consideración otros documentos que habían ido surgiendo tales como la *Recomendación del Parlamento Europeo, destinada al Consejo, de 26 de marzo de 2009, sobre el refuerzo de la seguridad y de las libertades fundamentales en Internet*. Asimismo, en el marco de las Naciones Unidas, se había promulgado un *Informe para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, de fecha de 16 de mayo de 2011, concretamente dedicado en Internet, que también hay que tener presente.<sup>36</sup>

La Declaración de Suñé inicia con un preámbulo:

Nosotros, habitantes de este metaespacio que es el ciberespacio, en el que no puede existir soberanía territorial alguna, proclamamos la necesidad de establecer un orden de convivencia justo, que impida el tan inhumano e inmoral como constante predominio de los fuertes sobre los débiles [...]

Conscientes de que la dinámica del poder en el ciberespacio lo que pone realmente en peligro es la dignidad humana, la inviolabilidad de la persona, algo que es más que un derecho, al tratarse del fundamento mismo de los derechos individuales [...]

Conscientes de que los mayores atentados se ciernen sobre los más débiles y no sólo los pobres y aquéllos a los que de forma inhumana se les niega el acceso a la cultura, sino sobre los niños, que sufren una violencia y explotación que repugna la conciencia moral de la humanidad [...]

---

<sup>35</sup> Suñé Llinás (2006) y Suñé Llinas (2010).

<sup>36</sup> Suñé hace referencia a otros diversos documentos e Informes de los que es deudor, tales como *The Bill of Rights in Cyberspace*, de 27 de marzo de 2010, redactado por el británico Jeff Jarvis (SUÑÉ LLINÁS, 2012, p. 37-63).



Consciente de la necesidad de establecer mecanismos de garantía de los derechos que recoge en su declaración, promueve la constitución de un *ombudsman* del ciberespacio y de un tribunal de los derechos del ciberespacio, que podrán crear y poner en funcionamiento aquellos organismos públicos que sean pioneros en la incorporación de la declaración en el ámbito de la normatividad jurídica. También se preocupa Suñé de la necesidad de construir la democracia en el ciberespacio metaespacial, por tanto, una democracia aterritorial, basada en un principio de ciberciudadanía universal y con soberanía para la ordenación, “[...] en una Telecivitas, de todas aquellas materias que sean característicamente ciberespaciales.”

Al preámbulo le siguen cuatro bloques temáticos:

- a) Libertad e igualdad ante la información (artículos 1 a 8);
- b) Protección de datos personales o habeas data (artículos 9 a 11);
- c) Libertad en la Red (artículos 12 y 13);
- d) Cuestiones especialmente relevantes: protección de menores (artículo 14), dignidad de la persona (artículo 15), libertad de trabajo y comercio en el ciberespacio (artículo 16), protección del patrimonio cultural (artículo 17), E-Government y E-Politics (artículo 18) y autorregulación en un marco de heterorregulación (artículo 19).

Por último, concluye con unas Cláusulas de garantía de los derechos (artículos 20 a 22).<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Destacamos los siguientes. Artículo 21.1: “Todos los derechos fundamentales contenidos en esta declaración son característicos del ciberespacio; pero su vigencia se extenderá a cualesquiera actividades que se desarrollen en la sociedad de la información, aun cuando sea fuera del ciberespacio [...]”; Artículo 21.2: “la velocidad del cambio social y tecnológico en la cibernsiedad impone que estos derechos se interpreten de forma acorde con dicha realidad social y los principios que los informan se extiendan a las nuevas actividades que, con toda seguridad, serán características de la cibernsiedad en los próximos años.”

Artículo 22.1.: “No podrán existir más limitaciones a los derechos enunciados en la presente declaración que aquellas que estén directamente establecidas en una ley formal, siempre que se trate de medidas necesarias en una sociedad democrática y atiendan a criterios de proporcionalidad de medios a fines, debidamente justificados.”

Suñé no comparte la visión anarquizante del ciberespacio de Jarvis, ya que considera que lo único que consiguen los defensores de la libertad sin límites en Internet es potenciar la dominación de los fuertes. Ya en el preámbulo, a partir de la teoría lockeana de la libertad, reivindica la intervención mínima del poder, lo que implica la necesidad de dejar amplios espacios abiertos a la autorregulación, pero siempre dentro de un marco legal que sea un verdadero orden de libertad. Siguiendo la estela lockeana, cuando se hace lo que se quiera al margen de un orden legal civilizado, el cumplimiento de su voluntad y de sus deseos va a depender, en definitiva, de su fuerza, lo que nos llevaría a un estado de naturaleza hobbesiano y al dominio de la “ley del más fuerte”. Nos advierte Suñé que “[...] las ideas libertarias, también en el ciberespacio, triunfan por su enorme simpleza – casi pueril- y su apariencia angelical, que las hace fácil pasto de la demagogia.”<sup>38</sup>

No vamos a detenernos ahora en el análisis del principio de neutralidad en la Red pero hay que dejar constancia de que algunos países, como Finlandia, han promulgado un decreto por el que el acceso a Internet se convierte en un derecho fundamental para todos los ciudadanos. En Islandia, el parlamento ha aprobado un proyecto para crear un paraíso cibernético para blogueros e internautas.

La Unión Europea, sin embargo, no se ha pronunciado claramente al respecto, lo que ha propiciado iniciativas de diversos Gobiernos no tanto con el ánimo de proteger la libertad de expresión sino los derechos de autor. Ello ha desembocado que algunos países hayan aprobado legislaciones tendentes a intervenir las comunicaciones, llegando incluso a suspender el acceso a la Red de cualquier usuario sospechoso de descargas ilegales.

En España, con el argumento de la lucha contra las descargas “piratas” de Internet, en la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible*,<sup>39</sup> se concedía a los jueces la potestad de cerrar *websites* que consideraran ilegales. Una comisión dependiente del Ministerio de Cultura sería la encargada de vigilar las infracciones contra la

---

<sup>38</sup> Suñé Llinás (2012, p. 45).

<sup>39</sup> BOE. Núm. 55. Sec. I. p. 25033.

propiedad intelectual. Sin embargo, dada la lentitud de la Administración de Justicia, se podía considerar que, en definitiva, iba a actuar como una instancia censora. Esta normativa dio lugar a numerosas protestas en España por parte de los usuarios de Internet. Tomaban como referencia el artículo 11 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* sobre libertad de expresión y de información que, a su vez, se ha visto reforzado por una reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (24.12.2011) en la que se establece que la protección de los derechos de autor no puede hacerse a expensas de la protección de otros derechos fundamentales, como la libertad de información y la privacidad.<sup>40</sup>

Hay que construir una propuesta de emancipación del ciberespacio pero dentro de un orden. Se hace necesario un orden jurídico-político democrático para este nuevo espacio de convivencia social metaterritorial que es el ciberespacio. Ello hace necesaria una constitución del ciberespacio y de una declaración de derechos del ciberespacio.

## 5 A MODO DE CONCLUSIONES

Hasta hace poco tiempo, los estudios sobre derechos humanos se ceñían a las categorías más tradicionales, indagando en sus garantías y formas de protección. La irrupción de las nuevas tecnologías ha dado lugar a un imprescindible replanteamiento de la interacción y de cómo afectan esas nuevas tecnologías a algunos derechos fundamentales en particular.

El impacto tecnológico junto con otras diversas alteraciones producidas por fenómenos tales como la globalización han desembocado en propuestas tales como la necesidad de formular una nueva declaración universal de derechos o la de diseñar una declaración de derechos humanos en la red. Sea como fuere, hay que estar atentos ante descripciones retóricas que acaban empañando lo que resulta imprescindible como es

---

<sup>40</sup> Massana Argüelles (2012, p. 144-145).

el propio discurso de los derechos humanos. El reto no es una versión ampliada de los derechos sino una revisión de su concepto, fundamento y garantías.

El estatuto de los derechos humanos tiene ante sí una importante tarea: la de fundamentar adecuadamente estos derechos que podríamos inscribir ya en una cuarta generación, la de los derechos relacionados con los avances tecnológicos. Se hace urgente describir adecuadamente sus posibilidades, límites, control y también garantías. Es bueno que el hombre progrese en avances científico-tecnológicos y merece todo respeto la inversión de esfuerzos en intentar hacer la vida más fácil y cómoda.

El derecho no puede descuidar este amplio campo de innovación. Transitar hacia la modernidad no costó pocos esfuerzos. Avanzar hacia una sociedad tecnológica y una sociedad de la comunicación y de la información que saca partido de las nuevas tecnologías no es fácil, más aún cuando los valores incardinados en el ser humano no pueden dejarse en un segundo plano. La tecnología es ambivalente, dependiendo de que se utilice para evitar inútiles esfuerzos humanos, liberando al hombre o, por el contrario, para esclavizarlo, limitando y controlando su libertad por una interesada clase política, a veces con mecanismos aparentemente inocentes.

Las proyecciones sociales, jurídicas, éticas y políticas de la sociedad tecnológica deben ser adecuadamente cuidadas por los destinatarios y principales beneficiarios o perjudicados, según el caso, de las decisiones políticas: los ciudadanos. Las utopías halagüeñas pueden acabar desvirtuándose y dando lugar a una nueva etapa de esclavitud del hombre, con unos instrumentos de opresión y control aún más dañinos que los de épocas históricas pasadas. El impacto tecnológico en el Derecho y en los Derechos humanos no es neutral, por lo que los mecanismos de prevención y de sanción deben ser cuidados en aras de garantizar la efectividad de los derechos humanos.

## REFERENCIAS

BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*. Buenos Aires: FCE, 1999.

BELLOSO MARTÍN, N. Los derechos fundamentales en un modelo de cárcel telemática. *Libro Homenaje al Profesor Alberto Montoso Ballesteros*, Murcia, 2013.

BELLOSO MARTÍN, N. Nuevas tecnologías: proyecciones sociales, iusfilosóficas y políticas. *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías*, p. 151-172, 2005.

BERMUDO, J. M. Introducción. En: BERMUDO, J. M. (Coord.). *Cuadernos para el análisis: hacia una ciudadanía de calidad*, p. 7-14, 2008.

BERMUDO, J. M. Razones para una nueva Declaración Universal de Derechos del Hombre. En: BERMUDO, J. M. (Coord.), *Cuadernos para el análisis: hacia una ciudadanía de calidad*, p. 15-30, 2011.

BOLLIER, D. 2004. Disponible en: <<http://www.bollier.org>>. Acceso el: 28 dez. 2012.

BUSTAMANTE DONAS, J. Los derechos humanos de cuarta generación y sus implicaciones en la sociedad contemporánea. En: A. A.V. *Los derechos humanos en Internet*. Madrid: Cideal, 2012.

CARR, N. *Superficiales: ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?* Traducción P. Cifuentes. Madrid: Taurus, 2011.

CARTA DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES. 2013. Disponible: <<http://www.idhc.org/esp/documents/CartaDHE.pdf>>. Acceso: 18 jan. 2013.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, J. Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 13, p. 84-90, Feb. 2012, p. 84-90. Disponible en: <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-cueva>>. Acceso: 18 jan. 2013.

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI, 1982.

GIDDENS, A. *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000.

LYOTARD, F. *La condición posmoderna: Informe sobre el saber*. Madrid: Cátedra, 1987.

MARSHALL, T. H.; BOTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1992.

MASSANA ARGÜELLES, M. D. Internet, objetivo de los enemigos de los Derechos Humanos. *Los derechos humanos en Internet*, Madrid, p. 129-147, 2012.

NADAL, H.; DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, J. Redefiniendo la isegoría: open data ciudadanos. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. et al. (Coord.). (2012). *Retos y oportunidades del entretenimiento en línea*. Barcelona, p. 283-300, 2012.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *¿Ciberciudadani@ o ciudadaní@..com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ-LUÑO, A.E. El Derecho ante las nuevas tecnologías. En: REILLY, B.; BUENO DE MATA, F. (Coord.). *El Derecho en la sociedad telemática*. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López. Santiago de Compostela: Andavira, 2012a.

PÉREZ-LUÑO, A. E. La LORTAD y los derechos fundamentales. *Derechos y Libertades*, Madrid, n. 1, p. 405, 1993.

PÉREZ-LUÑO, A. E. La protección de los datos personales del menor en Internet. En: PÉREZ-LUÑO, A. E. *Los derechos humanos en Internet*. Madrid: Cideal, 2012b.

PÉREZ-LUÑO, A. E.; LOSANO, M. G.; GUERREO MATEUS, M. F. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PERRY BARLOW, J. *A Declaration of the independence of cyberspace*. 1996. Disponible: <[www.eff.org/barlow/library.html](http://www.eff.org/barlow/library.html)>. Acceso: 18 jan. 2013.

RIPOL CARULLA, S. Los miedos de la sociedad global. En: REILLY, B.; BUENO DE MATA, F. (Coord.). *El Derecho en la sociedad telemática*. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.

SARTOR, G. Il Diritto della rete globale. *Cyberspazio e Diritto*, v. 4, p. 67-94, 2003.

SUÑÉ LLINÁS, E. La constitución del ciberespacio. *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 17, año 21, Anahuac, 2006.

SUÑÉ LLINÁS, E. La declaración de derechos del ciberespacio de 2008 a la luz de la Declaración de Jarvis de 2010 y de los debates que ha suscitado. En: SUÑÉ LLINÁS, E. *Los derechos humanos en Internet*. Madrid: Cideal, 2012.

SUÑÉ LLINÁS, E. Una constitución para el ciberespacio. Comentario general y texto articulado. *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho de México, 2010.

TAYLOR, C. *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*. Barcelona: Paidós, 1996.

VALDEZ CEPEDA, A. Las ciber-campañas en América Latina: potencialidades y militantes. En: CERRILLO MARTÍNEZ, A. et al. (Coord.). (2011), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*. Barcelona, 2011.

VATTIMO, G. *La sociedad transparente*. Barcelona: Paidós, 1996.





# CONTROL TECNOLÓGICO EN EL CIBERESPACIO: DE REDES Y ESPÍAS

Álvaro A. Sánchez Bravo\*

## 1 INTRODUCCIÓN

Internet se ha consolidado actualmente como uno de los símbolos emblemáticos de nuestra realidad, hasta el punto de constituir una de los referentes de lo que hoy se denomina “sociedad de la información.”<sup>1</sup>

Es el resultado de un proceso tecnológico, impulsado por el desarrollo de las telecomunicaciones, que permite una difusión de enormes cantidades de información, en tiempo real, y con un grado de interconexión planetaria.

Pero, como señaló premonitoriamente Pérez Luño,<sup>2</sup> el progreso tecnológico no puede considerarse de manera ideal, pues junto a innegables progresos y mejoras, ha puesto en evidencia fenómenos de agresión a los derechos y libertades de los ciudadanos. Pues, como continua señalando el profesor de la Hispalense,

[...] en las sociedades informatizadas del presente el poder no reside ya en el ejercicio de la fuerza física, sino en el uso de informaciones que permiten influir y controlar las actividades de los ciudadanos. De ahí que las posibilidades de intercambio en los procesos sociales, económicos y políticos se determinen realmente por el acceso a la información. La información deviene poder y ese poder se hace decisivo cuando transforma informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas.<sup>3</sup>

---

\* Doctor en Derecho; Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España); Profesor de Política Criminal del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología; Avenida Enramadilla, 18-20 – 41018, Sevilla, España; elialva@us.es

<sup>1</sup> Sánchez Bravo (2001a).

<sup>2</sup> Pérez-Luño (1987, p. 259).

<sup>3</sup> Pérez-Luño (1989).

De todos es conocido como la Red presenta un alarmante déficit de seguridad,<sup>4</sup> y se ha convertido en instrumento, en numerosas ocasiones contundentemente eficaz, para la realización o aseguramiento de diversas actividades delictivas.<sup>5</sup> En realidad, en los últimos tiempos, las tensiones a escala internacional han supuesto un recrudecimiento de los ataques contra los sistemas de información y, de manera concreta, contra los sitios Internet.

Todo ello ha movido a numerosos estados y organizaciones internacionales ha desarrollar propuestas legislativas y Convenios que prevengan y luchan contra esta amenaza, cuya extensión real se desconoce.

Las iniciativas del Consejo de Europa,<sup>6</sup> de la Comisión Europea<sup>7</sup> y de otras organizaciones internacionales,<sup>8</sup> así como de numerosos Estados<sup>9</sup> son buena muestra de esta inquietud.

---

<sup>4</sup> Sanchez Bravo (2001b).

<sup>5</sup> Sanchez Bravo (2002).

<sup>6</sup> La Convención fue abierta a la firma el día 23 de noviembre de 2001 en Budapest. Firmaron 26 Estados Miembros del Consejo de Europa: Albania, Alemania, Armenia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Moldavia, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza, la "ex república yugoslava de Macedonia", y Ucrania. Canadá, Estados Unidos, Japón y Sudáfrica, que participaron en su elaboración, han firmado igualmente la Convención. Malta ha firmado el convenio en Estrasburgo el 17 de enero de 2002.

<sup>7</sup> Propuesta de Decisión-Marco del Consejo relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información, COM (2002) 173 final. 2002/086 (CNS), Bruselas, 19.04.2002.

<sup>8</sup> Naciones Unidas elaboró un "Manual sobre la prevención y el control de la delincuencia informática", que se ha actualizado recientemente. En 1983 la OCDE inició un estudio sobre la posibilidad de aplicar a escala internacional y armonizar los derechos penales para abordar el problema del abuso informático o de la delincuencia informática. En 1986, publicó el informe "Delincuencia informática: Análisis de las medidas jurídicas", donde se examinaban las leyes y propuestas existentes para la reforma en varios Estados miembros y se recomendaba una lista mínima de abusos que los países deberían prohibir y penalizar con leyes penales. Finalmente, en 1992, la OCDE elaboró un conjunto de directrices para la seguridad de los sistemas de información, que deberían en principio proporcionar una base sobre la cual los Estados y el sector privado pudieran construir un marco para la seguridad de los sistemas de información.

<sup>9</sup> De todos es sabido como a raíz de los atentados terroristas del 11 de Septiembre en EEUU se ha producido una oscilación casi universal hacia posturas que postulan una intervención de Internet, y un control sobre los usuarios y sobre la información que envían o consumen.

Así, con motivo de la aprobación en el Senado norteamericano de la nueva ley antiterrorista que limita los poderes en la Cámara, una de las enmiendas de urgencia impulsadas tras los atentados permitiría a la fiscalía instalar en los proveedores de acceso a Internet sistemas de vigilancia de los servicios de mensajería electrónica. De hecho, unos horas después de los atentados agentes de la Oficina Federal de Investigación (FBI) se presentaron en las oficinas de los proveedores AOL, Earthlink y Hoptmail para instalar en sus servidores el programa "Carnivore", que permite interceptar las comunicaciones de sus clientes.

No obstante, esta preocupación se ha resuelto, casi generalizadamente, en una ampliación de las facultades investigadoras y represivas de las agencias policiales y de seguridad, con el resultado de una clara desprotección para los ciudadanos frente a las investigaciones prospectivas e intrusivas de nuestras comunicaciones electrónicas.<sup>10</sup>

La intimidad de los ciudadanos, y no sólo de los usuarios de la Red, está en peligro, sobre todo a raíz del 11 de septiembre, donde con el apoyo de una opinión pública conmocionada y aterrorizada, se ha dado la luz verde necesaria par impulsar todo un complejo sistema, al que ya se califica, sin pecar de hiperbólico, de *espionaje digital*.<sup>11</sup>

Pero los riesgos no derivan sólo de unas legislaciones represivas o insensibles a la protección de los derechos de los ciudadanos, sino que cobra verdadera carta de naturaleza cuando nos encontramos con la existencia de redes de espionaje mundial con capacidad para inmiscuirse en los sistemas de comunicaciones, poniendo en riesgo la intimidad de los ciudadanos; amén de sus implicaciones políticas y económicas a escala global.

A la consideración de dichas amenazas para las libertades, dedicaremos nuestras siguientes reflexiones.

## 2 LA RED ECHELON

“[...] no hay ninguna razón para seguir dudando de la existencia de un sistema de interceptación de las comunicaciones a nivel mundial en el que participan los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda [...]” Con estas contundentes y esclarecedoras palabras se pronunció el Parlamento Europeo<sup>12</sup> sobre lo que ya es conocido coloquialmente como el sistema de interceptación; es decir, de espionaje.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Delitos Informaticos (2002).

<sup>11</sup> Narro (2007).

<sup>12</sup> Parlamento Europeo (2001).

<sup>13</sup> Echelon se desarrolla en el marco del Convenio Ukusa firmado en 1948 por el Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Canadá y Nueva Zelanda, con el objetivo de reforzar la cooperación ya iniciada duran-

Este sistema de espionaje se diferencia de otros sistemas de información e inteligencia en dos características que no deben ser obviadas:

- a) Su capacidad para ejercer un control simultánea de todas las comunicaciones. Todo mensaje enviado por fax, teléfono, Internet o e-mail, con independencia de su remitente, puede captarse mediante estaciones de interceptación de comunicaciones, lo que permite conocer su contenido.<sup>14</sup>
- b) Se trata de un sistema que funciona a escala mundial gracias a la colaboración e interacción de los Estados *supra* citados, lo cual posibilita una vigilancia a nivel mundial de las comunicaciones por satélite. Poniendo en común iniciativas, recursos técnicos y lógicos, costes y objetivos, consiguen cubrir todo el planeta.

Pero, como señala el propio Parlamento Europeo, “los posibles peligros que un sistema como Echelon encierra para la esfera privada y la economía no sólo derivan del hecho de que se trate de un sistema de interceptación especialmente poderoso; más bien se deriva de que este sistema funciona en un ámbito carente casi por completo de regulación jurídica. Por lo general, un sistema de interceptación de comunicaciones internacionales no apunta a la población del propio país. Así, la persona objeto de observación, por ser extranjera para el país observador, no dispone de ninguna clase de protección jurídica intraestatal. Por ello, cada persona está en situación de completa indefensión frente a este sistema.”<sup>15</sup>

---

te la Segunda Guerra Mundial. Hay que trasladarse al verano de 1940, tras la caída de Francia, cuando los británicos se hacen con *Enigma*, máquina capaz de descifrar los códigos secretos alemanes. Los éxitos de *Enigma* en la interceptación de mensajes y comunicaciones alemanas lleva a un acuerdo entre Reino Unido y Estados Unidos para compartir sistemas y técnicas criptográficas. Dicho acuerdo se reforzaría durante la Guerra del Pacífico y desembocaría en 1948 en el acuerdo *Ukusa*, por el cual los países citados acordaban poner en común sus sistemas de información y se dividían el mundo en zonas de control y espionaje electrónico (EL PAIS, 2000, p. 5).

<sup>14</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 28).

<sup>15</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 29).

Para entender, no obstante, el alcance real de esta red de espionaje creo necesario abordarlo desde una triple perspectiva, que vendrá a responder a las cuestiones más relevantes en torno a su funcionamiento, objetivos y, sobre todo, efectos sobre los derechos y libertades de los ciudadanos.

## 1.2 FUNCIONAMIENTO DE ECHELON

Echelon funciona como un *sniffer*, rastreando y analizando las comunicaciones, recogiendo información en forma de paquetes de datos, que se producen dentro de la Red, atendiendo a una serie de claves preprogramadas. Cuando la información ha sido recopilada, el sistema indexa, selecciona y discrimina las palabras gracias a un “diccionario” que incorpora. Diccionario que, en realidad, no es más que una compleja red de ordenadores encargados de realizar un estudio posterior de la información recopilada, atendiendo a una serie de palabras claves, direcciones, encaminadores [...], con el objetivo de discriminar la información útil, de aquella irrelevante a los efectos de espionaje.<sup>16</sup>

El *modus operandi* consiste en la interceptación a escala mundial de las comunicaciones por satélite, pero dado que en las regiones con densidad muy elevada el porcentaje de aquellas es muy elevada, lo que conlleva que no puedan interceptarse desde estaciones terrestres, se procede también interviniendo cables e incluso ondas, todo ello a través de una extensa red planetaria de estaciones de interceptación, de cuya existencia, e incluso denominación, ha quedado diáfana constancia.<sup>17</sup>

## 2.2 OBJETIVO

El espionaje no es una cuestión novedosa, constituyendo incluso el elemento articulador de jugosas intrigas literarias y cinematográficas que a todos nos han entretenido, dado el halo de misterio que las rodean. Siendo prosaicos, todos

<sup>16</sup> Yupi tecnología (2013).

<sup>17</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 55-63).

los países necesitan servicios de inteligencia – espías – para garantizar la seguridad y los intereses nacionales. Junto a informaciones accesibles al público, existe otra de especial importancia, que los servicios secretos deben “apropiarse”.<sup>18</sup>

Así, respecto a Echelon, parece quedar claro como el objetivo de la red de la interceptación de las comunicaciones, privadas y económicas, no militares.

Especialmente importante, en lo que respecta a Europa y su sector industrial es la actividad desplegada por los servicios de inteligencia de los Estados Unidos, que no sólo informan de la situación económica general, sino que, amparándose en la lucha contra la corrupción, se instrumentan para espiar a la competencia y controlan a las empresas extranjeras a fin de lograr ventajas competitivas<sup>19</sup> para las empresas nacionales.<sup>20</sup> El informe del Parlamento Europeo ilustra un buen número de estos supuestos, bien conocidos por todos.<sup>21</sup>

### 2.3 LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

Amparados en fines de persecución criminal, todos los Estados prevén la posibilidad de vulnerar los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, con el objetivo de perseguir el delito, mantener la paz y proteger la seguridad del Estado.<sup>22</sup>

Ahora bien, la actividad de los servicios de información no puede ser ilimitada. La cacareada defensa de la seguridad nacional no puede devenir habilitación para el *todo vale*; máxime cuando lo que está en juego es uno de los pilares inexcusables de los sistemas democráticos, cuales son los derechos y libertades de sus ciudadanos.

---

<sup>18</sup> El espionaje no es más que el robo organizado de información (ESPIONAJE..., 2001).

<sup>19</sup> El espionaje, en este sector, se refiere a la adquisición de informaciones que mantienen en secreto las empresas. Cuando el agresor es una empresa de la competencia, se habla de espionaje competitivo. Cuando el agresor es un servicio de inteligencia estatal, se habla de espionaje económico.

<sup>20</sup> Se calcula que esta vigilancia proporciona a las empresas norteamericanas hasta 7000 millones de dólares de ganancias en los contratos.

<sup>21</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 110-114)

<sup>22</sup> Tal y como informó Europa Press, responsables de agencias policiales y aduaneras de la Unión Europea responsables de labores de inteligencia se reunieron en Madrid, entre los días 21 a 24 de enero de 2002 para estudiar mecanismos jurídico-legales para la interceptación de comunicaciones vía satélite o a través de Internet en el campo de la lucha contra el crimen organizado (DELITOS INFORMATICOS, 2002).

Es por ello, que resulta importante que se controle de manera global y eficaz a los servicios de información, puesto que al trabajar secretamente, ser su actividades de una duración ilimitada (al menos, no predeterminada con carácter general) en el tiempo, y contar con que los afectados nunca llegarán a enterarse de las injerencias de que han sido objeto, pueden llegar a recopilar gran cantidad de datos personales. Los riesgos para el derecho a la libertad informática de los ciudadanos son evidentes.<sup>23</sup>

Todo ello en un contexto, como es el europeo, caracterizado por un nivel de protección inadecuado, dada la disparidad de las legislaciones nacionales, tanto en lo referente a las competencias de los servicios de inteligencia, como a las condiciones de control.<sup>24</sup>

Llegados a este punto, cabe cuestionarse, ¿constituye una vulneración de nuestros derechos la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones?

La respuesta no puede dejar de ser positiva, y ello por que como señala el Parlamento Europeo, “Toda escucha de comunicaciones, así como la interceptación de datos mediante servicios de inteligencia con este objetivo,<sup>25</sup> es una violación grave de la intimidad de la persona. Únicamente en un “Estado policial” es admisible la escucha ilimitada por parte del Estado. En los Estados miembros de la UE, que son democracias consolidadas, es indiscutible que los órganos estatales deben respetar

<sup>23</sup> Pérez-Luño (1987), Pérez-Luño (1989, p. 185-213), Pérez-Luño (1990, p. 171-175), Pérez-Luño (1992, p. 153-161), Pérez-Luño (1996), Pérez-Luño (2000, p. 107-134), Pérez-Luño (2003), Pérez-Luño (2011), Cueva (1989, p. 153-170), Cueva (1990), Cueva (1993), Cueva (1999). Vid. asimismo, Sanchez Bravo (1998) y Sanchez Bravo (2001a).

<sup>24</sup> En Bélgica, Dinamarca, Alemania, Italia, los Países Bajos y Portugal existe una comisión parlamentaria de control que es competente para el control de los servicios de inteligencia, tanto civiles como militares. En el Reino Unido, la comisión especial de control sólo supervisa la actividad (de hecho, la más importante) de los servicios civiles de inteligencia; la actividad de los servicios de inteligencia militares la supervisa la comisión especializada de Defensa. En Austria, las dos ramas de los servicios de inteligencia son supervisadas por dos comisiones de control distintas que, de hecho, tienen la misma organización y disfrutan de las mismas competencias. En los Estados escandinavos Finlandia y Suecia, los Defensores del Pueblo asumen las tareas del control parlamentario, siendo elegidos por el Parlamento. En Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y España no existen comisiones parlamentarias específicas; las tareas de control las desempeñan, en este ámbito, las comisiones normales especializadas dentro del marco de la actividad parlamentaria general.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), 1BvR 2226/94 de 14.7.1999, apartado 187 “injerencia ya es [...] la propia interceptación, en la medida en que la comunicación se facilite al servicio federal de inteligencia y constituya la base del modelo de conceptos de búsqueda.”

la vida privada y, por consiguiente, también deben respetarla los servicios de inteligencia, lo que, con frecuencia, se recoge así en las Constituciones de los Estados miembros. La esfera privada, por consiguiente, disfruta de una protección especial; las intervenciones se producen únicamente tras ponderar las ventajas e inconvenientes jurídicos y respetando el principio de proporcionalidad.”<sup>26</sup>

Establecido este principio general, cabe cuestionarse si en el actual *status quaestionis* se cumplen las exigencias de proporcionalidad y control exigidos para la adecuación de las actuaciones de los servicios secretos a los principios democráticos.

Todas las constituciones o la tradición constitucional de los Estados democráticos consagran el derecho a la intimidad, la discreción y el secreto postal y de las comunicaciones.<sup>27</sup> No obstante, la problemática de los derechos humanos en el ámbito de la interceptación de las comunicaciones presenta unas características especiales, dado que el ámbito de protección del derecho fundamental no comprende sólo el contenido de las comunicaciones, sino también el registro de datos ajeno a la conversación. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto significa que incluso cuando los servicios de inteligencia registran datos como la hora y la duración de la comunicación, así como los números llamados, esto es una injerencia en la vida privada.<sup>28</sup>

No obstante, el derecho a la intimidad no goza de un carácter absoluto en las sociedades democráticas, por cuanto su contenido puede ser restringido, en aras de un interés prevalente.

En este sentido, y como referente inexcusable, el art. 8.2 del CEDH establece: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este

---

<sup>26</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 90).

<sup>27</sup> En el ámbito de las grandes declaraciones internacionales de derechos humanos, vid: Art. 12 de la Declaración Universal de 1948; art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y art. 8.1 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH). En el ámbito del Derecho Comunitario Europeo, destacan el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y en el núm. 6 del Título VIII del Proyecto de Constitución Europea, elaborado igualmente por el Parlamento Europeo, en su redacción de 1994. Además el TJCE ha manifestado que el respeto de la vida privada constituye un derecho fundamental protegido por el ordenamiento comunitario (Asunto C-62/90, Comisión vs. República Federal de Alemania, Rec. 1992-I).

<sup>28</sup> TEDH en su Sentencia Malone, de 2 de agosto de 1984.



derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”<sup>29</sup>

Ahora bien, la apelación a la defensa de determinados valores o intereses colectivos, no debe ser óbice para un uso torticero de las habilitaciones legales.<sup>30</sup> La propia indefinición de los supuestos en los que es tolerable esa “limitación”, coadyuva a la necesidad de una aplicación estricta de los mismos. Además los Estados no disponen de libertad para aplicar indiscriminadamente tales habilitaciones, sino que deberán, como regla general, usar el instrumento menos lesivo, y establecer unas garantías adecuadas frente a los abusos.

En este sentido si bien dichas limitaciones han de ser aceptadas, las mismas están sujetas a determinados requisitos que, ya desde lo señalado por el Convenio de 1981 del Consejo de Europa y el *Bundesversfassungserichts* en su Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de 1983,<sup>31</sup> pueden sistematizarse en dos ineludibles y concretas exigencias:

---

<sup>29</sup> Vid. asimismo las manifestaciones del TEDH en sus Sentencias *Klass* y *Leander* (Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Klass* y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978, serie A, núm. 28; recogida, y en trad. cast. de A.J. Martínez Higuera, por la que se cita, en BJC. Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1959-1983, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, pp. 470-485; y Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Leander*, sentencia de 26 de marzo de 1987, recogida, y en trad. cast. por la que se cita, en BJC. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, pp. 909-932).

<sup>30</sup> Como ha señalado Rigaux, del interés general debe distinguirse claramente el interés del Estado. Mientras que el primero señala los valores comunes a la colectividad política y a la sociedad civil, valores inscritos en los textos constitucionales e internacionales, el interés del Estado señala la permanencia de las instituciones políticas y su protección frente al enemigo exterior. No obstante, cuando los detentadores del poder invocan el interés del Estado, la seguridad pública o la seguridad nacional para legitimar la limitación de determinados derechos fundamentales, están particularmente expuestos a confundir este interés con la perpetuación del poder del que están democráticamente investidos. RIGAUX, F., Introduction Generale, en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 13 (monográfico «La liberté d’expression, son étendue et ses limites»), janvier 1993, p. 17.

<sup>31</sup> Daranas (1984, p. 126 e ss.).

- a) Un fundamento legal, del que pueda deducirse con claridad y de forma inteligible para el ciudadano los supuestos y el ámbito de las limitaciones, y que responda, por tanto, al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho.<sup>32</sup>

A este respecto, el TEDH ha realizado unas importantes precisiones señalando como la expresión “prevista por la ley” indicada en el párrafo 2 del art. 8 del CEDH, implica que no basta con que la injerencia en los derechos esté prevista por una norma nacional, si no que ésta debe ser accesible al interesado, quien debe, además, poder prever las consecuencias que pueda tener para él. Además, cuando su práctica se realiza por medio de medidas secretas, que escapan al control de las personas afectadas, la misma ley debe definir el ámbito del poder atribuido a la autoridad competente con bastante claridad para proporcionar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.<sup>33</sup>

- b) Ha de utilizarse el principio de proporcionalidad en la restricción de estos derechos fundamentales; es decir, que la medida sea adecuada – necesaria en una sociedad democrática – y, además, indispensable para la consecución de los respectivos y predeterminados fines. La interferencia que lleve aparejada no puede ser desproporcionada a la importancia del objeto y a las cargas que imponga al ciudadano.

El concepto de necesidad implica, según reiterada jurisprudencia del TEDH, una exigencia social imperiosa; y sobre todo, la medida tomada debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida. Además, el alcance del margen discrecional que tienen las autoridades no depende solamente de la finalidad de la restricción, si no también de la naturaleza del derecho de que se trate.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Pérez-Luño (1994).

<sup>33</sup> Sentencias, Silver y otros, de 25 de marzo de 1983; Malone, de 2 de agosto de 1984; y Leander, de 26 de marzo de 1987.

<sup>34</sup> Sentencias, Lingens, de 8 de julio de 1986; Gillow, de 24 de noviembre de 1986; y Leander, de 26 de marzo de 1987.

Por su parte, la regla de la proporcionalidad es de observancia obligada para proceder a la limitación de un derecho fundamental. Ello conduce a la negación de la legitimidad de aquellas limitaciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada de bienes y proporcionada de los mismos en relación con el contenido y finalidad de la medida restrictiva.<sup>35</sup>

Por otra parte, las limitaciones del derecho no deben ser de tal calado que supongan un menoscabo de su contenido esencial. De nada sirve el reconocimiento de los derechos a favor de los ciudadanos si se limita su ejercicio de forma que, más que una limitación, debamos hablar de una derogación encubierta, de su propia naturaleza, atributos y funciones.

Ante la proliferación y constante apelación por parte de las autoridades públicas a estas limitaciones conviene insistir, siguiendo a Pérez Luño, en el carácter excepcional de estos supuestos; en que su razón de ser no puede ser otra que la conservación del orden democrático; y en que la existencia de tal motivación no puede quedar en manos de la Administración, sino que debe quedar reconocida por los Parlamentos como depositarios de la soberanía popular.<sup>36</sup>

## 2.4 EL NECESARIO CONTROL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA

Como ha señalado el Parlamento Europeo, si para garantizar la seguridad nacional es necesario la interceptación de las telecomunicaciones por parte de las agencias y servicios de inteligencia, dicha posibilidad debe estar prevista en la legislación nacional de los Estados, y ser accesible para los ciudadanos, garantizando así la publicidad de la norma y su conocimiento por parte de los destinatarios (o, más bien, afectados)<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Gomez Torres (1979, p. 301-332).

<sup>36</sup> Pérez-Luño (1983, p. 97).

<sup>37</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 98).

Pero de todos es sabido como la actividad de los servicios de inteligencia, se mantiene cuando menos opaca, amparada en esa confidencialidad, que sirve de banderín de enganche para justificar cualquier injerencia, por muy abusiva que ésta sea.

A ello hay que añadir la disparidad de las legislaciones nacionales, que en algunos Estados se manifiesta por la ausencia de órganos de control parlamentario.

El control se erige, por tanto, en elemento imprescindible para que la actividad de los servicios de inteligencia se adecue a los principios democráticos. Una mayor eficacia en el control, implicará una mayor garantía de legalidad de las injerencias cuando la autorización para la vigilancia de las telecomunicaciones es competencia del más alto nivel administrativo, y para su ejecución se precisa una autorización judicial previa y un órgano asimismo independiente controla la puesta en marcha de tales medidas.<sup>38</sup>

La labor de los Parlamentos nacionales en este campo resulta inexcusable. En cuanto depositarios de la soberanía, deben ser los órganos encargados de supervisar la restricción de los derechos de los ciudadanos, y conciliarlos con la necesaria garantía de la paz, la seguridad y el orden público; sobre todo, cuando en aras de la protección de estos se restringen aquéllos.

Ahora bien, el control debe ser un control específico, determinado y todo lo a fondo que sea posible. Así se evitará que las comisiones parlamentarias se conviertan en meros espectadores de actividades difusas que afectan a los ciudadanos, deviniendo meros salvapantallas de legitimidad democrática. Como ha señalado el Parlamento Europeo, deben crearse comisiones de control especiales, con una estructura formal que controle y examine las actividades de los servicios de inteligencia. Su ventaja frente a las comisiones ordinarias es que disfrutan de una mayor confianza entre los servicios secretos, ya que sus miembros están obligados a guardar silencio y sus reuniones son a puerta cerrada.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 99-102).

<sup>39</sup> Parlamento Europeo (2001, p. 101).

### 3 CARNIUORE

“*Vamos a perseguir el terrorismo en Internet, vamos a abrir sus correos electrónicos ante de que ellos los hagan, a escuchar sus mensajes telefónicos, a interceptar sus conversaciones.*” Así se manifestaba Jhon Ascroft, Secretario de Justicia norteamericano tras la aprobación de la *Patriot Act*<sup>40</sup> que entre otras habilitaciones permite al gobierno el espionaje en Internet. *Carnivore* es uno de los instrumentos para la consecución de ese fin. No obstante su historia se remonta tiempo atrás.

En febrero de 1997, bajo el mandato de la Administración Clinton, el FBI<sup>41</sup> creó *Omnivore*.<sup>42</sup> Su objetivo era crear una aplicación capaz de intervenir las comunicaciones de Internet, de modo similar a como se intercepta una comunicación telefónica. Otra iniciativa pretendió incluir en varios productos de comunicación un chip llamado Clipper, que, pretendiendo ser una eficaz herramienta de protección, contenía una puerta trasera que sólo podría usarse por las autoridades para interceptar cualquier mensaje, siempre que fuera necesario por ley.<sup>43</sup> Asimismo, en 1999, la Comisión Federal de Comunicación aprobó nuevas reglas que permiten a la policía rastrear llamadas celulares.

Ese mismo año, una investigación del Centro de Información sobre la Privacidad Electrónica (EPIC),<sup>44</sup> se descubrió que el FBI estaba interviniendo comunicaciones electrónicas. Tras estudiar el caso se demostró la realidad de *Omnivore*, y además que el mismo había mutado, transformando su capacidad rastreadora a *Carnivore*.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Judiciary Committee (2011).

<sup>41</sup> Federal Bureau of Investigation (2013).

<sup>42</sup> *Omnivore* corría en máquinas Sun con Solaris. Como señala Casacuberta (2008), la versión actual es para Windows NT. A partir de la documentación desclasificada, parece que *Omnivore* no era más que *Etherpekk*, que, según parece, seguiría estando en núcleo duro de *Carnivore*, Council of Europe (2004).

<sup>43</sup> Narro (2013).

<sup>44</sup> Electronic Privacy Information Center (2009).

<sup>45</sup> *Carnivore*, Council of Europe (2004) existen también varias versiones. Como ha señalado Casacuberta (2008), “[...] sabemos que una versión más antigua, la 1.2 leía ‘demasiadas cosas’ cuando estaba en el modo grabar solamente el tráfico, así que desarrolló una versión 2.0 con “menos apetito.”

Como veremos posteriormente, las enormes críticas acerca de la existencia y funcionamiento del “espía” llevaron al FBI a cambiar el nombre del programa, para hacerlo menos intrusivo, pasando a llamarse *DCS1000*.

Pero Carnivore, no es un hecho aislado, sino que es sólo uno de los programas que integran un programa más complejo de vigilancia del FBI denominado *Cyber Knight*, que también integra a *Magic Lantern*.<sup>46</sup>

Con Carnivore se ha iniciado una nueva forma de espionaje: la intervención del e-mail de individuos, algo que aparentemente no se podía hacer antes, y ello por que Carnivore le permite superar varias problemas que la nueva tecnología plantea al espionaje: una persona puede recoger su e-mail en distintos sitios, así que no basta con intervenir su teléfono convencional; las conexiones y movimientos a través de Internet utilizan vías altamente variadas, y el volumen de e-mail aumenta exponencialmente.<sup>47</sup> La clave, por tanto, estará en el funcionamiento del sistema.

### 3.1 LAS CAJAS NEGRAS

Carnivore es un sistema de software y hardware con capacidad para localizar y perseguir las comunicaciones de un usuario de Internet.

El sistema interviene la comunicación en un punto estratégico, como es el ISP (Proveedor de Servicio de Internet). Toda información pasa por los ISP, servidores que todos los internautas utilizamos para conectarnos a Internet. Cada palabra que escribimos o ejecutamos siempre es recogida por el ISP que nos da acceso a la Red. La *Caja Negra* del FBI se instala en el servidor del ISP. Pero además de software, el FBI incluye el hardware compuesto por una PC ensamblado en una caja modelo Rack para que pueda incorporarse fácilmente en las redes del ISP, como si fuera un concentrador o un router más, sin necesidad de dispositivos externos.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Este macroprograma, además de recibir información, interviene en sala de chat, e-mail y mensajeros instantáneos como ICQ y Messenger (MUÑOZ; SALLABERRY, 2002).

<sup>47</sup> Carnivore, Council of Europe (2004).

<sup>48</sup> Cuyo Noticias (2011).

El sistema puede copiar el e-mail de un usuario, lo cual permite que el FBI lo lea completamente, o simplemente puede registrar las direcciones del que manda y del que recibe. Pese a que existe software de codificación (encriptación), Carnivore permite registrar direcciones e identificar redes, superando técnicamente cualquier restricción. Puede incluso llegar a controlar todo el tráfico que circula por cualquiera de los protocolos utilizados en Internet.

Las discrepancias surgen, no obstante, respecto al alcance del espionaje. Según fuentes gubernamentales norteamericanas, el sistema realiza una búsqueda, única y exclusiva del usuario a investigar, autoeliminando la información que no le interesa; y no interfiriendo en los ordenadores de todos los internautas, sino sólo en los de aquellos sospechosos de infringir la ley.<sup>49</sup> Para los críticos del sistema su poder es ilimitado, suponiendo una grave amenaza para los derechos de los ciudadanos.

### 3.2 ¿CÓMO ESPÍA CARNIVORE?

Carnivore “oficialmente” no realiza una captura indiscriminada de todo el tráfico que circula por un servidor, sino que se limita a mensajes dirigidos a una dirección específica y enviados desde una dirección específica. Por tanto, según siempre fuentes oficiales, no registra el contenido de los mensajes, ni de los que si o no investiga.

Su *modus operandi* consistiría en la búsqueda selectiva en determinados campos (textos de chats y grupos de discusión; URL de las páginas que visita; y especialmente en los campos *de* y *para* (*to* y *from*) de los correos electrónicos que envía) mediante una selección de determinadas palabras<sup>50</sup> no sólo en inglés, sino en casi cualquier idioma.

<sup>49</sup> Diario El Mundo (2000).

<sup>50</sup> Entra estas palabras estarían: *classfield, top-secret, government, restricted, data information, project, CIA, KGB, GRU, DISA, DoD, defense systems, military systems, spy, steal, warmod, terrorist, Allah, Natasha, Gregori, destroy, destruct, attack democracy, wil send, Russia, bank system, compromise, international, own, rule the world, ATSC, RTEM, ATMD, force power, enforce, sensitive directorate, TSP, NSTD, ORD, DD2-N, AMTAS, STRAP, warrior-T, presidential elections, policital, foreign embassy takeover.*

No obstante, este último extremo es impugnado por otros expertos, que afirman que el sistema no procede a ningún filtrado de términos, no guardando relación con ningún filtrado de subversivos, sino que sólo se limita al almacenaje de datos de tráfico y/o mensajes completos de la dirección sospechosa.<sup>51</sup> Precisamente, este modo de actuar diferenciaría a Carnivore de otros sniffers, pues se trataría de un método más selectivo que, al no realizar búsquedas por términos sensibles, en el cuerpo de todos los mensajes evitaría que el tráfico capturado fuera desmesurado.<sup>52</sup>

La polémica sigue abierta, pues lo que se cuestiona, en el fondo, es el verdadero alcance del sistema, y su incidencia lesiva en los derechos de los ciudadanos. Sea como fuera los defensores de los derechos y libertades de los ciudadanos siguen reclamando un control del sistema y que se proporcione información detallada al ciudadano, de forma que pueda comprobarse que no realiza ninguna actividad contraria a los derechos de los usuarios de la Red. El FBI, por su parte, ha manifestado que Carnivore es necesario, moderado, altamente, regulado y limitado a un número reducido de sospechosos.<sup>53</sup>

### 3.3 ¿CUÁNDO PUEDE UTILIZARSE CARNIUORE?

Cuando el FBI sospecha de una actividad ilícita, para capturar el contenido de las comunicaciones necesita la autorización de un juez federal. Una vez obtenida la autorización judicial, procederá a obtener la autorización del ISP concreto en el que instalar la “caja negra”. La cuestión a resolver, por tanto, será: ¿tienen los ISP obligación de colaborar en dicha actividad investigadora?

La cuestión se resolvió cuando algunos ISP se opusieron a dicha instalación. Además de RMI.Net, el caso más conocido fue el de Earthlink. A requerimiento del FBI para instalar Carnivore, Earthlink se mostró dispuesto a colaborar con el FBI, pero se negó a dejarse instalar las cajas negras. Ofreció entregar los e-mails

---

<sup>51</sup> Casacuberta (2008).

<sup>52</sup> Carnivore, Council of Europe (2004).

<sup>53</sup> Cuyo Noticias (2011).



de ciertos usuarios, pero el FBI, no aceptó. El Departamento de Justicia demandó Earthlink, y el juez federal James W. MacMahon, en la ya famosa sentencia de 4 de febrero de 2000,<sup>54</sup> estableció la obligación de los ISP norteamericanos de colaborar con el FBI siempre que sea necesario. El caso nunca fue público, y solo se conoció cuando saltó a las paginas de *The Wall Street Journal*.

### 3.4 LA UERDADERA EXTENSIÓN DE CARNIVORE

Las primeras noticias de la existencia de Carnivore movilizaron a un sinnumero de grupos de defensa de las libertades civiles, de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, y a internautas ha denunciar la existencia y el secretismo con el que parecía actuar el sistema. Anteriormente hemos considerado las opiniones que el FBI tiene al respecto, señalando siempre lo limitado, necesario y respetuoso de su actuación.

Sin embargo estos grupos, a cuya cabeza cabe situar en justicia a EPIC, reivindicaron desde el principio, que se diera a conocer el Código Fuente de Carnivore para que comprobarse su legalidad. El FBI naturalmente se ha negado sistemáticamente alegando que la publicación del mismo permitiría a los criminales elaborar formulas para evitar la interceptación de sus comunicaciones.

No obstante, las constantes demandas de EPIC consiguieron que el Congreso de Estados Unidos obligara al FBI a entregar documentos, entre los que se incluye un informe en el que se reconoce que el “Programa tiene capacidad para capturar información sin necesidad de utilizar filtros, y que se guarda en los discos duros de los internautas.”<sup>55</sup>

Las demandas de EPIC sirvieron para constatar de manera fehaciente que Carnivore existe, y arrojaron luz sobre su funcionamiento. No obstante, la información desclasificada, 750 páginas,<sup>56</sup> sigue sin arrojar luz sobre las verdaderas

<sup>54</sup> El texto de dicha sentencia puede verse en Carnivore (2011).

<sup>55</sup> Diario El Mundo (2000).

<sup>56</sup> Electronic Privacy Information Center (2009).

intenciones y extensión del sistema. Por si fuera poco, muchos párrafos han sido cercenados, emborronando chapuceramente con tinta aspectos considerado esenciales por el FBI.

La situación parece haber variado sustancialmente, por cuanto el 25 de marzo de 2002, el juez federal del Distrito de Columbia, James Robertson,<sup>57</sup> ha ordenado al FBI dar a conocer los detalles de funcionamiento del sistema Carnivore.

A requerimiento del EPIC el juez ha ordenado al FBI dar a conocer todos los expedientes relativos a los sistemas de interceptación y/o revisión de mensajes de correo electrónico. Se excluyen, de este modo, los argumentos del gobierno que amparándose en que la tecnología empleada es secreto de Estado, se negaba a facilitar información. Además, el juzgador establece como la información hasta entonces suministrada por el FBI es insuficiente, pese a que la agencia federal consideraba altamente cumplida su obligación de información, amparándose en el Informe Illions.<sup>58</sup>

Como ha señalado David Sabel, portavoz del EPIC,

[...] como crece la posibilidad de que el uso de este tipo de técnicas aumente, es cada vez más importante que conozcamos más de ella, de cómo se están utilizando y de cómo está considerando el Departamento de Justicia las cuestiones legales al respecto.<sup>59</sup>

El Tribunal dio de plazo hasta el 24 de mayo para que se pusieran de manifiesto los extremos ordenados en la Sentencia. El día de expiración del plazo el FBI dio a conocer nuevos documentos secretos. Su alcance real se desconoce en su totalidad en la fecha de hoy, pero como ha señalado nuevamente David Sobel,

[...] estos documentos confirman lo que hemos creído muchos de nosotros durante dos años. Carnivore es una herramienta de gran alcance, pero torpe, que pone en peligro a

---

<sup>57</sup> Tech Law Journal (2002).

<sup>58</sup> El Informe Illions, realizado por el Instituto Illions de Tecnología, fue un informe encargado por el Departamento de Justicia par que hiciera un estudio sobre "Carnivore". Después de dos meses de estudio se llegó a la conclusión de que el sistema no se extralimitaba, no siendo lesivo para los ISP. Sin embargo, noticias contrastadas han puesto de manifiesto como el proyecto original se había encargado a varias universidades, quienes rehusaron el encargo dadas la restricciones que se le imponían.

<sup>59</sup> Noticias Dot (2002).

ciudadanos inocentes. Ahora hemos aprendido que su imprecisión puede también comprometer investigaciones importantes, incluyendo las relacionadas con terrorismo.<sup>60</sup>

Es por ello que se ha pedido la suspensión del sistema hasta que todas las cuestiones relativas a su funcionamiento y extensión sean resueltas. El curso de los acontecimientos nos hace ser muy pesimistas respecto a que una medida de ese calibre vaya a adoptarse.

Pese a todo, la lucha de EPIC y otras organizaciones de defensa de las libertades tienen el enorme valor de la insumisión frente al poder intrusivo descontrolado del Estado, y supone una llamada atención para que la ciudadanía exija el control democrático de todas las actividades estatales, incluidas las relativas a la seguridad.

### 3.5 EL 11 DE SEPTIEMBRE

Los atentados del ya desgraciado 11 de septiembre de 2001, han provocado, además de una nueva situación política internacional, que la idea de seguridad se consolide como uno de los elementos más relevantes, sino el que más, para la estabilidad de los Estados.

Los fallos en los sistemas de seguridad y espionaje han puesto de manifiesto como los mecanismos estatales de defensa no estaban al nivel que cabría esperar. La solución podía haber venido por una redefinición de los actuales sistemas, pero se ha optado por el endurecimiento de las medidas investigadoras y el espionaje.

Así, horas después de los atentados, el FBI solicitó a los ISP, proveedores de servicios web y correo electrónico que instalaran Carnivore, con el objetivo de recopilar datos acerca de los implicados en los atentados.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Electronic Privacy Information Center (2009).

<sup>61</sup> Parece que Carnivore funcionó a la perfección: la información recopilada demostró que los autores de los atentados coordinaron su operación a través de terminales públicos de Internet e incluso adquirieron sus pasajes aéreos a través de "Travelocity" (MUÑOZ; SALLABERRY, 2002).

Pero, tras la aprobación del *USA Patriot Act*,<sup>62</sup> Carnivore se ha visto potenciado de manera exponencial, al ampliar las competencias de las autoridades gubernamentales para intervenir líneas telefónicas y controlar el tráfico de Internet. En concreto, la norma amplía el estatuto *pen register*, para incluir las comunicaciones electrónicas y la navegación por Internet.<sup>63</sup> De este modo podrán obtenerse fácilmente datos sobre la actividad de los internautas al acceder a información privada en lugar de direcciones IP, pues éstas son a la Red lo que los números telefónicos.<sup>64</sup>

Pero lo más grave es que se elimina la autorización judicial previa para la interceptación. Cualquier fiscal podrá ordenar este tipo de intervención para rastrear la navegación de sospechosos o las direcciones de envío de sus e-mails. Los agentes tendrán un plazo de 48 horas para comunicarlo a la autoridad judicial competente. Durante ese plazo libertad absoluta, pues tampoco se indica que tecnología va a utilizarse, que amplitud tendrá la investigación, ni lo que se comunicará al juez.<sup>65</sup>

La actitud de los ISP ha variado también sustancialmente, bajo el temor de ser estigmatizados como antipatriotas. A las acciones de las primeras horas, se ha unido el total colaboracionismo de los servidores en la “lucha contra el mal”. Así se ha denunciado como numerosas compañías han violado su política de privacidad con el fin de colaborar con las autoridades policiales. America Online ha reconocido su colaboración, si bien ha manifestado “[...] tener un equilibrio muy responsable y práctico entre proteger la privacidad de sus miembros y proteger su seguridad.”<sup>66</sup> Earthlink, (la misma que tiempo atrás se había opuesto firmemente a instalar Carnivore) también manifestó su colaboración con el FBI desde el mismo 11 de septiembre. Por su parte, Microsoft colabora intensamente al someter a una profunda

---

<sup>62</sup> Legislación antiterrorista que permite, además de interceptar las comunicaciones, la detención durante seis días sin cargos en caso de sospechosos inmigrantes, los registros secretos de domicilios y otras medidas, como permitir un censo de ADN de todos los reclusos.

<sup>63</sup> El dispositivo *pen register* es un dispositivo de seguimiento electrónico que se conecta a una línea de teléfono para registrar los números telefónicos marcados.

<sup>64</sup> Serrano (2001).

<sup>65</sup> Bravunet (2005).

<sup>66</sup> Comunica (1996).

búsqueda en su servidor Hotmail de cuentas que contengan determinadas palabras o textos en árabe.<sup>67</sup>

Estas medidas, reducidas inicialmente a los Estados Unidos, pretenden imponerse a nivel global. Así, ha transcendido como el pasado 16 de octubre el Presidente Bush envió una carta al Presidente de la Comisión Europea, Romano Prodi, en la que “solicitaba” que la Unión Europea revisase su legislación sobre protección de datos para que las fuerzas y agencias de seguridad tengan acceso a ellos con fines de “investigación criminal”.<sup>68</sup> A nivel Europeo, no han parecido tener acogida estas solicitudes, si bien las propuestas legislativas en curso<sup>69</sup> parecen caminar en una línea restrictiva para la protección de los datos personales, acogiendo la tendencia actualmente mayoritaria, sobre todo por los gobiernos nacionales, de reformar las Directivas de protección de datos<sup>70</sup> que incorporan la garantía de anonimato y la eliminación por los ISP de los datos que circulan, salvo los necesarios para facturación y prestación del servicio.

Las críticas a estas iniciativas no se han hecho, lógicamente esperar. Los defensores de las libertades han manifestado su preocupación por la posibilidad de que se establezca una caza generalizada de sospechosos, que amparada en la lucha contra el terrorismo, pueda afectar a ciudadanos inocentes. Así, tras el 11-S se han multiplicado espectacularmente (algunas fuentes hablan de que se han quintuplicado)<sup>71</sup> las peticiones de las autoridades a los ISP para la interceptación de comunicaciones de sus clientes.

---

<sup>67</sup> Baquía (2001).

<sup>68</sup> The EU-FBI Telecommunications System (2002).

<sup>69</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, COM (2000) 385 final 2000/0189 (COD), Bruselas, 12.07.2000; y Propuesta de Decisión-Marco del Consejo relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información, COM (2002) 173 final 2002/0086 CNS, Bruselas, 19.04.2002.

<sup>70</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, DOCE L 281 de 23.11.1995, p. 31; y Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, DOCE L 24 de 30.01.1998, p. 1. Vid. a este respecto, Sanchez Bravo (1998, p. 224).

<sup>71</sup> Según Gidari, las solicitudes se han quintuplicado respecto a los niveles observados antes del 11-S. Entre sus clientes figuran America On Line, así como AT&T wireless y Cingular.

A este respecto, Alan Davidson, Director Asociado del Centro para la Democracia y la Tecnología, ha manifestado que “[...] lo que tememos es el surgimiento de un sistema que almacene vastas cantidades de información acerca de la gente y luego la use con propósitos diferentes de los que motivaron su creación.”<sup>72</sup>

Pero estas reivindicaciones han tenido, y seguramente tendrán escaso éxito entre una ciudadanía alarmada por los déficits de seguridad, que vive, y se le quiere hacer vivir, bajo la permanente amenaza del atentado y el desorden. Los recelos que provocó Carnivore parecen haberse volatilizado. Como apuntó ya en 2001, el 72% de los norteamericanos eran favorables a que su gobierno utilizara medios electrónicos para espiar a posibles sospechosos.<sup>73</sup> Esta proporción no ha hecho más que aumentar, ante los recientes conflictos armados, ataques terroristas indiscriminados y aumento de la inseguridad global.

#### **4 ESPÍAS ESPIAADOS. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Las nuevas sociedades tecnológicas presentan nuevos retos a los que debe darse cumplida respuesta. Retos que en unas ocasiones se cifran en la ampliación de nuestros sistemas de bienestar y de nuestras posibilidades de interacción con el mundo que nos rodea, pero que en otras deben responder a la lucha constante contra nuevos peligros y modalidades de agresión hasta ahora desconocidos.

En esa doble vía la función estatal continúa la ya tradicional función asignada al Estado, o al menos a los Estados democráticos: garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, y protegerlos a las amenazas a las que puedan verse sometidos. Amenazas que se manifiestan con un nuevo rostro, con una terminología casi mística: ciberterrorismo, biotecnología, hackers, etc.

Pero el espionaje, el control de la realidad, no ha quedado limitado sólo a las relaciones del Estado con los ciudadanos, sino que la nueva “guerra fría” se libra en el ciberespacio entre las potencias mundiales. Las operaciones de acoso y derribo

---

<sup>72</sup> Serrano (2001).

<sup>73</sup> Ran Networks (2010).

entre unos Estados y otros, tradicionalmente desarrolladas desde la fuerza militar, están siendo superadas por ataques cibernéticos a sus redes críticas de servicios estratégicos, a las redes de información que posibilitan que los sectores de abastecimiento, los mercados financieros o las comunicaciones secretas, sean vulnerables o accesibles al “enemigo”.

Así recientemente, EEUU ha sufrido en sus propias carnes su política de espionaje, que ni Echelon, ni Carnivore, ni mecanismos tecnológicos más desarrollados, han podido evitar, poniendo en riesgo la seguridad de esta potencia.

Así, la propia Casa Blanca ha confirmado la existencia, desde China, de numerosos ataques, no sólo, a empresas y medios de comunicación estadounidenses, sino a los propios sistemas de seguridad del país. A este respecto, la Casa Blanca describió este martes los reiterados ataques cibernéticos, que una investigación reciente vincula directamente con una unidad secreta del Ejército chino, como “[...] un serio desafío para la seguridad y la economía de Estados Unidos”, lo que es la señal de que una nueva guerra fría, en el desconocido e incontrolable espacio de Internet, ha comenzado entre las dos grandes potencias que se disputan la supremacía en el siglo XXI.

Sin acusar directamente a China, por el miedo a la reacción de ese país, el portavoz de la Casa Blanca, Jay Carney, aseguró que el presidente Barack Obama “tomará todas las medidas que sean necesarias” para atajar ese peligro, al tiempo que pidió al Congreso la aprobación de legislación más eficaz para hacer frente a esta ciberguerra, ya inevitable. El 13 de febrero de 2013, Obama firmó, como se hace ante cualquier amenaza exterior, un decreto que le da poderes especiales para responder a los ciberataques<sup>74</sup> y, como añadió Carney, asistir a las empresas privadas que están siendo el blanco de esta ofensiva.

Para EE UU este es un asunto de importancia estratégica decisiva porque, no solo se enfrenta al riesgo tradicional de que sus secretos de seguridad caigan en mano de una potencia extranjera, sino al peligro nuevo de que, con la intrusión en la red de Internet, China pueda sabotear la actividad económica del

---

<sup>74</sup> Obama (2013).

país o inhabilitar servicios públicos básicos, como los de agua potable o energía eléctrica. Sin contar con el robo de tecnología que, además de costarle miles de millones de dólares a este país, aumenta extraordinariamente las capacidades de China y su competencia de cara al futuro.<sup>75</sup>

Esta realidad se agrava ante el hecho de que estos ataques son diseñados y ejecutados por unidades del ejército chino. Se acumulan las pruebas al respecto, y así recientemente, el informe de la compañía de seguridad Mandiant, situada en las afueras de Washington, que asegura que en los últimos seis años más de 140 empresas y organizaciones, casi todas de EE UU, han sido invadidas desde Internet por la Unidad 61398 del Ejército de Liberación Popular chino,<sup>76</sup> como demuestra el hecho de que prácticamente todas las direcciones electrónicas estaban en un barrio de Xangai, donde esta radicada la sede del comando cibernético de las fuerzas armadas chinas<sup>77</sup>

Un análisis reciente suscrito por las 16 agencias de espionaje de EE UU citado por The New York Times, el primer diario que reveló el informe de Mandiant, mencionaba ya a la Unidad 61398 como la responsable de los ataques sufridos en los últimos años. Ese diario ha sido una de las víctimas de esas incursiones, que incluyen compañías tan diversas como Lockheed Martin, el mayor proveedor de las fuerzas armadas norteamericanas, hospitales o universidades.

La diversidad de los objetivos de esta ciberguerra es una de las principales razones de la alarma actual. Internet es, por definición, una red abierta y de comunicación inmediata. A estas alturas, es casi imposible protegerla por completo manteniendo las cualidades que la hacen imprescindible en el mundo actual. EEUU estudia mayores medidas de seguridad, pero cada de esas medidas puede encontrar en su día un hacker que la deje obsoleta.<sup>78</sup>

La idea de seguridad se consolida de esta forma como uno de los elementos a garantizar indubitablemente para el correcto desenvolvimiento de las funcio-

---

<sup>75</sup> Estados Unidos... (2013).

<sup>76</sup> Estados Unidos... (2013).

<sup>77</sup> The New York Times International (2013, p. 3).

<sup>78</sup> The New York Times International (2013).



nes estatales, y de las relaciones internacionales, y garantizar el clima adecuado para el ejercicio y desarrollo de los derechos por parte de los ciudadanos; de las condiciones para que su ejercicio sea real y efectivo como señala el art. 9.2 de nuestra Carta Magna, en relación con el capital precepto que nos ocupa en esta materia, y que no es otro que su art. 18.4, cuando manifiesta como la ley limitará el uso de la informática, no sólo para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos, sino también el pleno ejercicio de sus derechos.

Pero la seguridad no sólo entendida como defensa o prevención frente al enemigo exterior, sino también como seguridad interior, en los términos ya apuntados. No es asumible, en estas coordenadas, que el Estado pretenda, amparado en lo indeterminado de la seguridad, protegerse de sus propios ciudadanos, pues desposeído de la base social y legitimadora que lo sustenta, sus acciones carecen de sentido, deviniendo pura arbitrariedad. Igualmente, corremos el riesgo de discriminar, en aras de la defensa ante el enemigo exterior, a poblaciones o áreas geográficas enteras, sin garantizar ningún mecanismo defensa a los afectados e invirtiendo la presunción de inocencia.

La seguridad es fácilmente obtenible en Estados totalitarios que ven a sus ciudadanos como potenciales delincuentes frente a los cuales todo, o casi todo, vale, pues lo relevante y prioritario es mantener la estructura de poder al precio que sea menester.

Situaciones de esta naturaleza son las que parecen arribar a nuestra cotidianeidad, amparados en la novedad y eficacia de lo tecnológico y/o cibernético.

Las modernas tecnologías permiten espiar de manera más eficaz, más global, pero también más intrusiva. Son sistemas altamente lesivos no sólo por el secretismo con el que actúan (como es de suyo) y con total desconocimiento de los afectados, sino que además carecen en la mayoría de los casos de los necesarios controles democráticos que garanticen su necesidad, su legitimidad y su campo de actuación.

En esta "guerra" no todo vale. Los ideales democráticos y la defensa de los derechos humanos son el límite a cualquier injerencia en los derechos de los ciudadanos y/o de otros pueblos. Nadie es inmune a estos ataques, y la tecnología permite que le situación se invierta rápidamente, siendo el cazador, cazado.

## REFERENCIAS

- BAQUÍA. 2001. Disponible: <<http://www.baquia.com/com/20010912/not00013.print.html>>. Acceso: 15 out. 2014.
- BRAVU NET. 2005. Disponible: <[http://www.bravu.net/portadaprincipal/cont\\_rede/manifiesto/paginas/r\\_2.html](http://www.bravu.net/portadaprincipal/cont_rede/manifiesto/paginas/r_2.html)>. Acceso: 13 out. 2014.
- CASACUBERTA, D. *Technology is driving the future*. Chicago: CPSR, 2008.
- CARNIVORE, COUNCIL OF EUROPE. 2004 Disponible: <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/projets/FinalCybercrime.htm>>. Acceso: 13 out. 2014.
- COMUNICA. 1996. Disponible: <<http://www.comunica.org/chasqui/76/periscopio76.htm>>. Acceso: 13 out. 2014.
- CUEVA, L. M. de la. *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales ante el uso de la informática*. Madrid: Tecnos, 1990.
- CUEVA, L. M. de la. *Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica*, v. 5, 1992.
- CUEVA, L. M. de la. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista de Estudios Políticos*, n. 104, Abr./Jun. 1999.
- CUEVA, L. M. de la. La protección de los datos personales ante el uso de la informática. *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n. 2, p. 153-170, 1989.
- CUEVA, L. M. de la. *Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- CUYO NOTICIAS. 2011. Disponible: <http://www.cuyonoticias.com.ar/opinion/opinion124.htm>. Acceso: 13 out. 2014.
- DARANAS, M. Ley del Censo de Población de 1983. *BJC*, n. 33, p. 126, 1984.
- DELITOS INFORMATICOS. 2002. Disponible: <<http://www.delitosinformaticos.com/articulos/102366322783568.shtml>>. Acceso: 13 out. 2014.

DIARIO EL MUNDO. 2000. Disponible: <<http://www.el-mundo.es/navegante/2000/11/20/portada/974723816.html>>. Acceso: 13 out. 2014.

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. 2009. Disponible: <[http://www.epic.org/privacy/carnivore/foia\\_documents.html](http://www.epic.org/privacy/carnivore/foia_documents.html)>. Acceso: 13 out. 2014.

ESPIONAJE en el ciberespacio. *Él País*, 06 Jul. 2001. Disponible: <[http://www.barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/delitos%20inform\\_ticos/DocPDF/S\\_nchez%20Bravo,%20Alvaro%20A.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informa.pdf](http://www.barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/delitos%20inform_ticos/DocPDF/S_nchez%20Bravo,%20Alvaro%20A.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informa.pdf)>. Acceso: 13 out. 2014.

ESTADOS UNIDOS y China, ante la primera ciberguerra fría. *Él País*, Washington, 19 Feb. 2013. Disponible: <[http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/19/actualidad/1361300185\\_954734.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/19/actualidad/1361300185_954734.html)>. Disponible: 13 out. 2014.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. 2013. Disponible: <<http://www.fbi.gov>>. Acceso: 13 out. 2014.

GOMEZ TORRES, C. El abuso de los derechos fundamentales. En: PEREZ LUÑO, A. E. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1979.

JUDICIARY COMMITTEE. 2011. Disponible: <<http://www.house.gov/judiciary/hr2975terrorismbill.pdf>>. Acceso: 13 out. 2013.

MUÑOZ, D.; SALLABERRY, J. P. Tres pruebas para Eyzaguirre. *Qué Pasa*, 20 nov. 2002.

NARRO, I. *IBL News*. 2007. Disponible: <<http://www.iblnews.com/news/noticia.php?id=36294>>. Acceso: 13 out. 2014.

NOTICIAS DOT. 2002. Disponible: <<http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2002/0402/0505/noticias0504-14.htm>>. Acceso: 13 out. 2014.

OBAMA firma una orden ejecutiva para responder a la amenaza cibernética. *El País*, Washington, 13 Feb. 2013. Internacional. Disponible: <[http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/13/actualidad/1360731100\\_027874.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/02/13/actualidad/1360731100_027874.html)>. Acceso: 13 out. 2013.

PARLAMENTO EUROPEO. Informe sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas. *Echelon*, 11 Jul. 2001.

PÉREZ-LUÑO, A. E. Aspectos jurídicos y problemas en Internet. En: LORENZO, J. de. *Medios de Comunicación Social y Sociedad: de información a control y transformación*. Valladolid: Ed. Universidad de Valladolid, 2000.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *Ciberciudadani@ o Ciudadani@.com*. Madrid, 2003.

PÉREZ-LUÑO, A. E. Del Habeas Corpus al Habeas Data. *Informática y Derecho*, n. 1, P. 153-161, 1992.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 11 ed. Madrid: Tecnos, 2011.

PÉREZ-LUÑO, A. E. Informática jurídica y derecho de la informática en España. *Informatica e Diritto*, n. 2, p. 97, 1983.

PÉREZ-LUÑO, A. E. La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 4, p. 259, 1987.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *La Seguridad Jurídica*. 2. ed. rev. y puesta al día. Barcelona: Ariel, 1994.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

PÉREZ-LUÑO, A. E. Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de los nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática. *Anuario de Derecho Público y Estudios Públicos*, n. 2, p. 171-175, 1990.

PÉREZ-LUÑO, A. E. Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática. *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n. 2, p. 172, 1989.

RAN NETWORKS. 2010. Disponible: <http://www.def.com.ar.ar/news>. Acceso: 13 out. 2014.

SANCHEZ BRAVO, A. El Convenio del Consejo de Europa sobre cibercrimen: control *versus* libertades públicas. *Diario la Ley*, n. 5528, 22 Abr. 2002.

SANCHEZ BRAVO, A. *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*. Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 2001a.

SANCHEZ BRAVO, A. *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*. Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1998.

SANCHEZ BRAVO, A. Una política comunitaria de seguridad en Internet. *Diario La Ley*, n. 5414, 08 Nov. 2001b.

SERRANO, C. L. La excusa Carnívoro? *Noticias ZedNet*, 29 Oct. 2001. Disponible: <<http://www.elrinconcito.com/noticias/not64.htm>>. Acceso: 13 out. 2014.

TECH LAW JOURNAL. 2002. Disponible: <<http://www.techlawjournal.com/courts/epicvdoj/20020325order.asp>>. Acceso: 13 out. 2014.

THE EU-FBI TELECOMMUNICATIONS SYSTEM. 2002. Disponible: <<http://www.statewacht.org/eufbi/index.html>>. Acceso: 15 out. 2014.

YUPI TECNOLOGIA. 2013. Disponible: <[http://www.yupimsn.com/tecnologia/leer\\_articulo.cfm?article\\_id=27340](http://www.yupimsn.com/tecnologia/leer_articulo.cfm?article_id=27340)>. Acceso: 13 out. 2014.



# TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD

Rodolfo Capón Filas\*

## 1 CULTURA Y TECNOLOGÍA

La creación del hombre sostenido por el Otro es la cultura, que no se entiende sin la solidaridad. La cultura es el conjunto de formas, modelos, patrones explícitos o implícitos, a través de los cuales una sociedad se manifiesta. Incluye costumbres, prácticas, códigos, normas y reglas de la manera de ser, vestimenta, religión, rituales, normas de comportamiento y sistemas de creencias. Incluye la información y habilidades que posee el ser humano. Dentro de tales habilidades, la tecnología.

La Unesco en su Declaración de México<sup>1</sup> afirmó:

[...] la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden.

Posteriormente, en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural<sup>2</sup> (02.11.2001) sostuvo: “la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.”

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesor universitario de Derecho del Trabajo; Docente en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y en el Instituto Internacional de Formación, Estudios y Capacitación Social del Sur; Juez en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Buenos Aires); Miembro honorario de la ABRA; Alberti 36, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; caponfilas@fibertel.com.ar

<sup>1</sup> Unesco (1982).

<sup>2</sup> Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (2001).

Cuando la madre de Teilhard de Chardin, a los 8 años, le hace *sentir* que el pedazo de piedra que coloca en sus manos *vive*, le ayuda a intuir que la evolución continúa desde el eco-sistema al socio-sistema. Una piedra que vive muestra un universo en evolución: la vida, la materia y el pensamiento están involucrados en esta tendencia hacia mayores niveles de complejidad y al logro de mayores niveles de conciencia. El Punto Omega, como conciencia cósmica y personal, es solidario: por ello, el Principio Alfa también lo es. Ningún futuro evolutivo aguarda a la persona si no se asocia los demás.

## 2 CONCIENCIA Y DISFRUTE

Al funcionar un apartheid cultural ya desde la infancia temprana, muchísimos bienes culturales están cerrados a la mayoría de la población.

Ese alejamiento es evidente en el Ciber-Espacio, al que incluso muchos adultos profesionales no logran acceder por carecer de decisión para afrontar los cambios necesarios. Estudios realizados en algunos países demuestran que los productos culturales apenas llegan al 20% de la población. Menos del 10% de los habitantes entra a un museo, sólo el 13% va al cine, el 17% compra libros y el 92% de los municipios no tiene ni cine ni teatro.

La solución puede ser la que propone el ministro de Cultura de Brasil, Juca Ferreira, de entregar a la población un “vale Cultura”, siendo el 70% del costo financiado estatalmente, el 30% por el interesado. En caso de los trabajadores, el 20% corre a cargo del empleador y el 10% será sufragado por el trabajador. Dicho vale permitirá acceder a los bienes culturales como los festivales, museos, teatros, cines.

Otras soluciones, realizadas con éxito, es la puesta en valor de los bienes culturales comunes, como mercados, paseos, monumentos, la presentación gratuita de películas, teatros, la realización popular de festivales e incluso la posibilidad abierta a todos de acceder gratuitamente a Internet a través de Wi Fi.

Un caso aparte es la difusión gratuita por Internet, en la que se destaca Wikipedia, verdadera enciclopedia que, con los reparos del caso, brinda un servicio magnífico al introducir los lineamientos de lo que se pretende conocer.



### 3 CONCIENCIA Y OBRA CULTURAL

¿Hasta qué punto el creador es dueño de su obra? Esta pregunta ha sido contestada por las diversas norma, adjudicándole los derechos morales y materiales que le correspondan. Reconocen, con razón, los derechos morales ya que toda creación es fruto del esfuerzo personal o grupal si son varios. Siempre que abierta la regulación de los derechos económicos por la obra. De todos modos cabe recordar que nadie crea solo. De ahí que el reconocimiento económico debería ser matizado.

### 4 CREACIÓN Y PUEBLOS ORIGINARIOS

La actual civilización se compone de muchas parcelas de cultura, siendo la de los Pueblos Originarios una de ellas, generalmente pisoteada o negada, como sinónimo de barbarie. Cabe recordar que las empresas farmacéuticas se han apropiado injustificadamente de la sabiduría ancestral y volcado a medicamentos cada vez más caros.<sup>3</sup> Si a esto se añade el avallamiento del hábitat de los Pueblos Originarios, precisamente en nombre de la tecnología, cabe deducir que la actual civilización es deudora de un resarcimiento importante. Su pago puede concretarse en brindarles a todos el acceso irrestricto a los bienes culturales, además de reconocerles y garantizarles el uso de su cosmo-visión, de su lenguaje y de sus normas.

### 5 EDUCACIÓN Y CONTINUIDAD DEMOCRÁTICA

La educación tiene un lugar preferente en el discurso político y en la preocupación ciudadana, dado que la enseñanza pública obligatoria es característica nueva y esencial de la modernidad.

---

<sup>3</sup> Capon Filas y Candelero (1981, p. 180).

Una sociedad para sobrevivir debe la reproducción material y la reproducción simbólica. Mientras la primera supone eficiencia en la producción de bienes materiales la segunda se vincula a que los principios, reglas e instituciones sean generalmente reconocidos como válidos y vinculantes.

La modernidad confiaba en el progreso constante y en la superioridad de la democracia como estilo de vida. Tal confianza ha sido erosionada por los desvaríos y horrores del siglo XX, que continúan en estos años del XXI. Ante ello, cada posible subgrupo social atiende sólo o principalmente sus necesidades inmediatas, sin reparar en los daños que pudieran llegar a ocasionarse.

Ante esa realidad, la educación cumple un papel importante, expresando nuestro deseo más profundo: durar, continuar, persistir en el tiempo, tornándose en programa de supervivencia social.

La educación es pues un asunto muy serio en el que se pone en juego nuestra capacidad de sobrevivir como nación democrática independiente con niveles razonables de bienestar y seguridad.

Los elementos importantes en materia educacional son los siguientes:

- + Debe asegurar la libertad, la ética y la solidaridad.
- + Se debe garantizar el acceso de todos a la educación y en materia de enseñanza el ciclo primario ha de ser gratuito.
- + El contenido transmitido ha de capacitar al educando para lograr una digna subsistencia, mejorar su nivel de vida y ser útil a la sociedad.

## **6 EDUCACIÓN Y LIBERACIÓN: HAMBRE o, EDUCACIÓN 100**

La tarea educadora fundamenta la liberación integral porque permite al ser humano elegir y discernir. Hubo eones históricos en que prácticamente no existían opciones porque todo o casi todo estaba marcado y señalado. Solamente una idea revolucionaria y una praxis consecuente permitían al hombre elegir entre seguir la corriente o abrir nuevos caminos. La irrupción del cristianismo en el Imperio Romano,

la revolución americana, la francesa, la rusa, la destrucción del Muro de Berlín, fueron momentos históricos de inflexión de la Especie y de saltos hacia “adelante” y “arriba”.

Por el contrario, en estos momentos la historia retrocede. La confusión conceptual y práctica potencia un nuevo Pensamiento único, proponiendo un mundo mágico y milagroso.<sup>4</sup> Todo está resuelto si el hombre silencia sus temores y se entrega a quien manda, sea gobernante, empleador o supermercado.

La Administración brasilera lanzó el programa Hambre cero.

Conviene lanzar en toda América Latina otro, más completo:

Hambre 0, Educación 100, que una la alimentación del cuerpo a la del espíritu.

Dentro de esa tarea (FREIRE, 1970:140), los puntos más importantes son:

- a) Desarrollar una pedagogía *de la pregunta* porque siempre estamos escuchando una pedagogía de la respuesta;
- b) La alfabetización implica comprender críticamente la realidad social, política y económica en la que estamos inmersos. Nunca podremos liberarnos de las cadenas que atenazan nuestras mentes y voluntades si no captamos cuáles sean aquéllas;
- c) La pedagogía del oprimido pasa a ser la pedagogía de los hombres en proceso de permanente liberación;
- d) El hombre es hombre, y el mundo es mundo. En la medida en que ambos se encuentran en una relación permanente, el hombre, transformando al mundo, sufre los efectos de su propia transformación.

Las potencialidades, llamadas capacidades por Sen,<sup>5</sup> son vectores energéticos, a veces ocultos, otras veces dormidos, que existen en cada uno de los hombres y en la sociedad misma. Despiertan o se aceleran ante situaciones reales. Mientras la

<sup>4</sup> Fromm (2008, p. 137).

<sup>5</sup> Sen (2000, p. 99).

potencia es mera posibilidad de ser, la potencialidad, aglutinando conciencia, compromiso y poder<sup>6</sup> es absoluta posibilidad de actuar, de existir.

Ante esa fuerza solidaria, el cálculo de probabilidades cede porque todas las variables positivas son posibles. Si en un juego de dados, la probabilidad de que salga el 6 es 1/6, en la fuerza activa de las potencialidades es 6/6. Esta es la diferencia estructural entre la potencia y la potencialidad. Para que esto suceda, cada uno debe descubrir y ejercitar sus potencialidades porque en su singularidad y en conjunto con los demás, la dignidad personal es la palanca que mueve el mundo. Suponiendo que 100 significa el logro total, a ese resultado se llega sumando los guarismos de cada uno: 25 + 35 + 0,50 + 39,50.

## 7 DIAGRAMAR EL MODELO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Distinguiendo entre fenómeno (lo que aparece en la experiencia) y nómeno (la cosa-en-sí), el Desarrollo, si bien se manifiesta como social o económico, es substancialmente ético, cultural y político, porque responde a una pregunta crucial: ¿qué sociedad queremos? ¿Un gran supermercado en el que solamente puedan comprar determinados seres que a su vez viven en ghettos de lujo, separados de “los otros”, protegidos por visores electrónicos, alambres de púa, perros asesinos y, del otro lado, una inmensa y cada vez más extendida villa miseria, sin cloacas, sin agua potable, sin gas, sin luz? Esta actitud corrobora la hipótesis de Thomas Schelling, Premio Nobel de Economía 2005: las personas no sólo se autosegregan, sino que, incluso, paga para hacerlo, mostrando su gusto por la discriminación.

La pregunta no es solamente ¿por qué producir? o ¿por qué trabajar? sino otra, más profunda y comprometida: ¿para qué sociedad?, ¿una sociedad dominada por una minoría ilustrada (tecnológicamente hablando), imponiendo su soberana voluntad incluso a los detentadores del poder público estatal, recreando un sistema feudal de controles rígidos?, ¿una sociedad a tal grado planificada que semeje un

---

<sup>6</sup> Etzioni (1980, p. 215).

hormiguero?, ¿una sociedad basada, internacionalmente, en la división del trabajo con su tradicional dureza? Interrogantes todos que cabe dejar apuntados.

En la base de esa sociedad se encuentra el proceso productivo. Varones y mujeres, sean empleadores o trabajadores, entregan sus mejores energías y encadenan sus sueños al resultado de ese proceso: por lo tanto, tienen el derecho de orientarlo, mediante la participación en la toma de decisiones. Su organización sectorial ayuda al proceso productivo, ya que mediante su autonomía y el cumplimiento de su objetivo preciso, las entidades promueven o aceleran la producción de bienes y servicios. Ningún aparato económico puede moverse sin el concurso positivo de las entidades profesionales que actúan en el sistema social. Pretender encerrarlas en cauces formales es soñar con entubar el aire o poner coto al pensamiento. Las asociaciones profesionales, dentro del marco legal o fuera de él, funcionan como nervio del proceso productivo, máxime en nuestra sociedad, altamente sindicalizada. La doctrina social cristiana ha señalado reiteradamente la importancia, axiológica de las entidades intermedias entre los individuos y el Estado, la que se manifiesta a la luz de todos los días y con cualquier sistema de gobierno o legislación vigente. Lo que en un principio fue el recurso del proletariado, se ha trasladado al sector empresario, no sólo comercial o industrial, sino también rural, significando en este último caso el tránsito del feudalismo a la sociedad moderna. Es innegable que la sociedad tecnológica está formada por grupos sociales heterogéneos que alternativamente se reparten el poder político, con mayor o menor fortuna en los procesos desencadenados. Ese poder se vincula, realmente, con el proceso productivo y ejerce influencia sobre éste. Pensar de otro modo es desconocer la realidad. Toda la vida social debe concebirse de esta manera, porque nos encontramos en una sociedad y en una economía de grupos, y no en una de agentes atomizados, como si expresara un derecho propio. Nuestras ambiciones en materia de desarrollo, aunque se limiten a una exigencia de crecimiento, la más vigorosa y equilibrada posible, no pueden ser satisfechas más que al precio de cierta disciplina interna en el seno de los sectores. Esa disciplina grupal influye decididamente en el proceso productor de bienes y servicios y a su vez en los movimientos de gobierno estatal.

Una sociedad dual, además de in-justa, es in-viable porque los excluidos, más temprano que tarde, re-accionarán.

Para una sociedad decente y justa, satisfacer las necesidades de los hombres constituye el núcleo central de la visión sistémica del desarrollo.

La Comisión Brundtland afirma que es necesario prorizar el concepto de necesidades y, en particular, el de las necesidades esenciales de los más pobres. Esta definición marca un vuelco porque, dentro de la problemática del desarrollo sostenible, transfiere el énfasis, del ambiente, al área social. A partir de esta definición, no se puede asociar la sustentabilidad, exclusiva o prioritariamente a los problemas ambientales. Una vez establecida la prioridad del aspecto social, la Comisión pone en evidencia la relación que vincula el aspecto económico al social y al ambiental: se explica que el deterioro de uno de estos aspectos implica necesariamente el deterioro de los otros. La Comisión subraya la importancia de un amplio paquete de políticas de regulación incluidos los incentivos económicos, la internalización de los costos ambientales y sociales en los precios de mercado, el análisis del impacto ambiental y social y la difusión de informaciones a nivel internacional, nacional y regional. El concepto de desarrollo sostenible implica una amplia reflexión teórica y pragmática. Se necesitan, de modo particular, nuevos sistemas de indicadores del desarrollo y de la sustentabilidad. El desafío radica en construir sistemas que gestionen de modo integral una enorme complejidad y que no la simplifiquen de modo ilegítimo. Es necesario estudiar en el plano metodológico, la interdependencia de todos los factores. Por eso mismo, todavía son pocos los instrumentos elaborados por las ciencias de base, como la filosofía, la lógica, la matemática. La definición dada por la Comisión Brundtland conduce a un dilema que comienza con esta pregunta: ¿qué tenemos que hacer nosotros para satisfacer las necesidades de los pobres del mundo?

La respuesta más razonable es: acelerar el crecimiento económico para crear mayor riqueza, que luego se distribuirá equitativamente. Se requiere, por lo tanto, un crecimiento económico de factor 10.

Esta estrategia, sin embargo, entra en conflicto con los límites ambientales. Los teóricos estiman que la simple duplicación de nuestra actividad económica

actual superaría la capacidad del “sistema tierra” para sostenerla. Parecería que este dilema tiene una sola salida: cambiar el nivel de consumo y de producción. Esto implica nuevos paradigmas tecnológicos, pero también un nuevo comportamiento, una nueva cultura de parte de los consumidores con un compromiso para solucionar la cuestión social, particularmente la pobreza a nivel global y un gran respeto por la naturaleza, basado en nuevos paradigmas económicos, tecnológicos y legislativos que incluyen los estándares de producción y de consumo. Tal vez ella constituya el gran desafío del siglo.

## 8 SUJETOS DEL DESARROLLO

El desarrollo, siendo libertad,<sup>7</sup> el debate público y la participación social fundamentan democráticamente su elaboración económica y social, separándola de los tecnócratas o de los presuntos expertos, muchas veces meros mandaderos de las empresas trans-nacionales. Debemos superar los miedos y tomar el destino en nuestras manos. En un enfoque basado en la libertad, la participación es fundamental para la política económica y social. Los impactos del mercado han de complementarse con la creación de oportunidades sociales básicas para conseguir la equidad y la justicia social.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Mundial Tripartita sobre el empleo, la distribución de los ingresos, el progreso social y la división internacional del trabajo (Ginebra, 1976), al exigir una política orientada hacia la satisfacción de las necesidades esenciales supone la participación de la población en las decisiones que la afectan, a través de las organizaciones libremente elegidas por ella. Los gobiernos deberían tratar de interesar a las organizaciones de empleadores, a los sindicatos y a las organizaciones de trabajadores y de productores rurales en los procedimientos de toma de decisiones y en su aplicación a todos los niveles. Las organizaciones de empleadores y de productores, los sindicatos y otras asociaciones de trabajadores, tales

---

<sup>7</sup> Sen (1999, p. 120) y Pablo VI (1967, p. 20).

como las organizaciones de trabajadores rurales, tienen un papel importante que desempeñar en la elaboración y aplicación de estrategias de desarrollo eficaces.

Para diagramar el Modelo de Desarrollo con rostro humano, el Consejo Económico Social puede ser eficaz en la medida que exista sinceridad y compromiso tanto en las esferas estatales como en las sectoriales. El Consejo Económico y Social, como ámbito de concertación, es un instrumento de propósitos múltiples. Debe ser conducido y orientado teniendo en vista una multiplicidad de objetivos porque cada uno de ellos constituye de facto un operativo político. Por eso, tiene razón el eslovaco Ján Figel, Comisario europeo para la instrucción, la formación, la cultura y la juventud: “[...] en el diálogo uno más uno hace más que dos, porque es una cuestión de ética, no de matemática.”<sup>8</sup>

Los presuntos progresistas, muchos de ellos aliados o vinculados con empresas transnacionales, que gobiernan varios países latinoamericanos lideran una verdadera guerra cultural, apoyada en las enseñanzas de ANTONIO GRAMSCI: para lograr el poder político hay que dominar las mentes, sin reparar en medios. En estas condiciones el diálogo es difícil si no imposible. En un enfoque distinto, NELSON MANDELA, uno de los grandes hombres del siglo XX, prisionero durante muchos años, elegido primer Presidente de Sudáfrica por el sufragio universal, Premio Nobel de la Paz en 1993, gobernó su país desde 1994 hasta 1999. El vicepresidente fue Frederik de Klerk, anterior presidente por el Partido Nacional. Desde ese cargo Mandela puso en marcha una política de reconciliación nacional. Supo ver los matices del problema porque no era un resentido.<sup>9</sup> Afirmó sin dudar:

[...] cuando salí de la cárcel, ésa era mi misión: liberar tanto al oprimido como al opresor. Hay quien dice que ese objetivo ya ha sido alcanzado, pero sé que no es así. La verdad es que aún no somos libres; sólo hemos logrado la libertad de ser libres, el derecho a no ser oprimidos. Ser libre no es simplemente desprenderse de las cadenas, sino vivir de un modo que respete y aumente la libertad de los demás.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Bonanate y Papini (2010, p. 25).

<sup>9</sup> Stenger (2011, p. 94).

<sup>10</sup> Mandela (2004, p. 35).



Al aceptar el Premio Nobel, define su vida:

[...] no creemos que este premio sea una recompensa por algo que ya pasó. Escuchamos las voces que dicen que es un llamado de todos, en el universo, que buscaron un fin al apartheid. Entendemos este llamado, de que dediquemos lo que nos queda de vida al servicio de nuestro país, para demostrar en la práctica que la condición normal de la existencia humana es la democracia, la justicia, la paz, el no racismo, el no sexismo, la prosperidad para todos, un medio ambiente sano y la igualdad y solidaridad entre la gente [...] que nuestros esfuerzos prueben que Martin Luther King no era apenas un soñador cuando habló de la paz y la hermandad genuina entre los seres humanos como bienes más preciados que los diamantes, la plata o el oro.

Karol Wojtyła, desde su visceralidad polaca se abrió a lo universal hasta devenir realmente *catholicós*. En su momento, afirmó:

La acogida de la propia cultura como elemento configurador de la personalidad, especialmente en la primera fase del crecimiento, es un dato de experiencia universal, cuya importancia no se debe infravalorar. Sin este enraizamiento en un humus definido, la persona misma correría el riesgo de verse expuesta, en edad aún temprana, a un exceso de estímulos contrastantes que no ayudarían el desarrollo sereno y equilibrado. Sobre la base de esta relación fundamental con los propios “orígenes” – a nivel familiar, pero también territorial, social y cultural – es donde se desarrolla en las personas el sentido de la “patria”, y la cultura tiende a asumir, unas veces más y otras menos, una configuración “nacional”.<sup>11</sup>

Arraigada esa pertenencia, la persona puede verse en el Otro y hablar ambos en sus propios lenguajes relacionados en la solidaridad: ¿quién no entiende el gesto de compartir el pan, el agua, el vino? El liberar al oprimido y al opresor de Mandela supone, precisamente, que ambos se reconozcan como personas. Estos lenguajes, se expresen en palabras, gestos o conductas, tienen una gramática ética común: los derechos humanos, fundamento de toda civilización.

---

<sup>11</sup> Juan Pablo II (2001, p. 2).

Quienes rompen ese lenguaje, denigran dicha gramática. Así de simple.

Por eso, la tecnología, elemento de la cultura, debe mantener esa gramática.

Si bien las culturas son diferentes, todas se ensamblan en la unidad del género humano, dato histórico y ontológico primario, confirmado científicamente por el genoma humano, “base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad” según la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, de la Unesco (11.11.1997).

Por eso, la dialéctica “vencedores y vencidos” nuevamente utilizada sobre todo en América Latina por los presuntos “progresistas”, aliados a ciertas empresas transnacionales, atenta contra esa unidad antropológica y muy bien puede ser vista como genocidio en grado de tentativa.

¿La persecución a los Pueblos Originarios, devastando sus territorios para instalar pozos petroleros, sembrar soja o realizar tareas mineras sin protección alguna no son, acaso, modos sofisticados de genocidio, muchas veces consentidos por los dirigentes sociales o políticos, co-optados por las empresas?<sup>12</sup>

## 9 CONCLUSIÓN

Podemos cambiar. Debemos cambiar. Así de simple.

## REFERENCIAS

BONANATE, L.; PAPINI, R. Los derechos humanos y el diálogo intercultural. La Declaración Universal de los Derechos Humanos; génesis, evolución y nuevos derechos. *Club de Lectores*, 2010.

CAPON FILAS, R.; CANDELERO, M. Régimen laboral agrario, *Platense*, 1981.

---

<sup>12</sup> Patterson (2010, p. 53).

ETZIONI, A. *La sociedad activa: una teoría de los procesos sociales y políticos*. Madrid: Aguilar, Madrid, 1980.

FREIRE, P. *Pedagogía del oprimido*. Montevideo: Tierra Nueva, 1970.

FROMM, E. *El miedo a la libertad*. Paidós, 2008.

JUAN PABLO II. Diálogo entre las culturas para una civilización del amor y la paz. *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*, 2001.

MANDELA, N. *El largo camino hacia la libertad*. Madrid: Plaza, Madrid, 2004.

PABLO VI. *Populorum progressio. Ocho grandes Mensajes*, Madrid, 1967.

PATTERSON, R. N. *Eclipse*. Roca, 2010.

ROSS, F. La elaboración de una Memoria Nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación. *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, n. 74, 2011.

SEN, A. *Development as freedom*. Oxford: U. Press, 1999.

STENGER, R. *El legajo de Mandela: 15 enseñanzas sobre la vida, el amor y el valor*. 2011.



# O QUE É ISTO, A SURVEILLANCE?: DIREITO E FLUXOS DE DADOS GLOBAIS NO SÉCULO XXI

Jose Luis Bolzan de Moraes\*

Elias Jacob Neto\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O marco civil brasileiro da internet tem sido festejado por diversos setores da sociedade, sendo comumente considerado uma “constituição da internet”. O objetivo da Lei n. 12.965/2014 é disciplinar o uso da Internet no Brasil, assegurando a proteção de diversos direitos fundamentais, inclusive, para fins deste texto, a proteção contra violação dos fluxos de dados e das comunicações privadas armazenadas (art. 7º, incisos II e III). Dessa maneira, pretende garantir a preservação da intimidade e da privacidade, uma vez que esse conteúdo somente poderá ser acessado por ordem judicial. Será mesmo?!

Pouco antes da promulgação do marco civil, Edward Snowden, um analista de segurança que trabalhava para uma empresa contratada pela *National Security Agency* (NSA), trouxe ao conhecimento geral a existência de alguns sistemas de monitoramento telemático: *PRISM*, *Upstream* e *XKeyscore*, entre outros.<sup>1</sup> Esses sistemas revelaram uma capacidade gigantesca dos órgãos de inteligência dos EUA – e, via cooperação, de outros países – para interceptar, armazenar e catalogar quase que todo

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 1D; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Mestrado e Doutorado; Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Avenida Unisinos, Cristo Rei, 93022-000, Caixa postal 275, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; bolzan@hotmail.com

\*\* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes); Advogado; contato@eliasjacob.com.br

<sup>1</sup> Os detalhes desses programas estão sendo amplamente divulgados pelos meios de comunicação de massas e pela Internet. Por todos, remete-se ao dossiê realizado pelo jornal *The Guardian*, uma das fontes originalmente contatadas por Snowden para divulgar os detalhes dos projetos (EDWARD..., 2013).

o tráfego mundial da Internet, além de todos os dados armazenados em servidores das gigantes empresas de tecnologia da informação (TI). Diversos outros sistemas foram revelados posteriormente. E todos eles possuem um traço comum: ignoram a diferença entre público e privado, nacional e internacional. Assim, eles dissolvem as tradicionais fronteiras, os conceitos e os mecanismos manejados pelo aparato jurídico derivado do Estado-nação, como é o caso do marco civil da Internet no Brasil.

Como resposta a esses eventos, o Senado liberou o relatório final da “CPI da espionagem”. O próprio nome da CPI expressa a posição adotada em relação às informações divulgadas por Edward Snowden. Apesar dos eventuais avanços – toda pesquisa sobre o uso da Sigint (Signals Intelligence) parece ser válida, especialmente, se considerarmos que pouco se fala sobre o assunto –, será demonstrado que o relatório da CPI é extremamente míope em relação à compreensão do fenômeno que quer discutir e às soluções elencadas para os problemas.

Para aqueles pouco afeitos ao tema, poderia parecer a concretização do cenário distópico imaginado por George Orwell, na obra *1984*. No entanto, a utilização das comunicações privadas armazenadas – e, por óbvio, de todos os dados que circulam pelo mundo virtual, inclusive os dados sobre os dados (metadados)<sup>2</sup> – está longe de ser do interesse apenas dos governos, pois constituem o maior trunfo de gigantes empresas de tecnologia, como Apple, Google, Facebook, Amazon, Microsoft, WalMart, entre outras. Trata-se, assim, de uma mudança no próprio conceito de privacidade, afinal, o uso de metadados permite a violação desse direito fundamental sem transgredir, nos termos do marco civil, as comunicações privadas armazenadas.

No século XXI, tudo é passível de ser transformado em dados analisáveis, inclusive os próprios dados. Como resultado, o acesso ao fluxo de dados e a qual-

---

<sup>2</sup> Para clarificar um pouco, metadados são informações a respeito de outras informações. De modo grosseiro, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência – e, portanto, protegidos contra violação –, os metadados seriam informações sobre aquela carta: tipo do papel utilizado, tamanho do envelope, dados do remetente e destinatário, data e local de postagem, traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, tipo e cor da tinta utilizada para escrever a carta, tamanho da correspondência, número de letras e palavras, peso da carta, traços de substâncias impregnadas no papel, informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega, etc.

quer tipo de informação armazenada é muito mais do que um problema de privacidade. Passa a ser um problema de violação da igualdade.

A sistemática coleta e processamento dos fluxos de informação possibilita a classificação pouco – ou nada – democrática das pessoas em categorias sociais de seu interesse. Com base na análise das informações de uma troca de *e-mails*,<sup>3</sup> por exemplo, é possível – sem sequer ter acesso ao conteúdo da mensagem – classificar indivíduos em grupos específicos, classificações estas que possuem consequências significativas para suas vidas.

A categorização dos seres humanos tem como finalidade a sua inclusão ou exclusão em determinados grupos. E, com isso, uma nova categoria entra em cena, a *surveillance*, a qual levanta barreiras virtuais, capazes, assim, de garantir ou impedir o acesso aos elementos indispensáveis para uma vida digna, como, por outro lado, permitir novas formas de gestão e controle de pessoas, empresas, governos, etc. E os critérios para a obtenção e uso dessas classificações, ressalte-se, não se submetem aos tradicionais controles e limites democrático-territoriais, sendo geridos, tratados e utilizados a partir da ideia de segredo: seja de Estado, seja comercial, visto que tais informações e as análises que delas derivam são consideradas propriedade da empresa que as obtêm e oferece o serviço.

É por isso que, conforme será visto, não é possível falar apenas de “vigilância”, como parece ser a tentação em muitos setores. A mera tradução da

---

<sup>3</sup> Ressalte-se, aqui, a importância da análise dos metadados. Com uma abordagem estatística adequada, informações como remetente, destinatário, assunto, horário de envio e endereço IP podem ser tão ou mais valiosas que o conteúdo dos *e-mails*. Simplificando: imagine que determinado sistema coleta, durante alguns meses, informações sobre todos os contatos realizados – não o conteúdo das comunicações – por um indivíduo – frequência, duração, destinatário, horário –, além de todas as suas movimentações no espaço – com rotas percorridas, velocidade, etc. Qualquer pessoa poderia extrair conclusões interessantes desses dados: quem são as pessoas importantes para esse indivíduo? Quais os meios de transporte que ele utiliza? Qual a sua profissão provável? Afinal, se todos os dias às três horas da madrugada ele está no hospital, possivelmente é um profissional da saúde. Se isso ocorre apenas excepcionalmente, provavelmente está doente. Obviamente, um sistema pode tirar conclusões muito mais avançadas com esses dados no atacado: esse indivíduo chama-se João, é médico, número de CPF tal, possui uma esposa e quatro filhos, dirige um veículo de marca tal e, por isso, tem 85% de probabilidade de votar no partido X, possui os traços de personalidade Y, Z, K e, portanto, tem um risco de 75% de desenvolver demência na velhice. A concatenação de dados é quase infinita e pode parecer absurda, mas é utilizada diariamente no mundo do *Big Data* para determinar riscos, preferências e hábitos das pessoas. A sofisticação desse sistema (vide, por exemplo, Kosinski et al. (2013)) parece retirada de filmes de ficção científica.

palavra *surveillance* como “vigilância” é inadequada para englobar um fenômeno tão complexo, afinal, não se está falando de um evento específico dirigido contra um sujeito determinado (como é o caso da vigilância), mas de uma característica da vida neste mundo globalizado e interconectado.

Com base no exposto, é possível questionar: qual o papel – se é que existe – do Estado-nação na proteção desses direitos fundamentais violados pela *surveillance*? Será mesmo que, como intenta o Estado brasileiro,<sup>4</sup> o recurso à lei regulamentadora – instrumento tipicamente vinculado à ideia de territorialidade – é capaz de controlar os fluxos globais de dados? Se os escândalos envolvendo brasileiros sendo monitorados resultam, no máximo, em uma “indisposição diplomática”, será que teria realmente algum efeito uma ação tomada dentro dos moldes de uma teoria do Estado – e, diga-se de passagem, também de direito (inter)nacional – vinculada aos preceitos de território e soberania indivisível – ou seja, apta a resolver problemas do século XV?

Obviamente, esse questionamento é meramente retórico. Considerando que as possibilidades de acesso ou exclusão são, no século XXI, definidas por sistemas automatizados de computadores, demonstram-se necessárias formas capazes de proteger os direitos fundamentais e a democracia. No entanto, os modelos de direito e de Estado vigentes demonstram pouca – ou nenhuma – capacidade para lidar com conflitos que envolvem as novas tecnologias, intrinsecamente desespecializadas.

Não se trata, aqui, de propor o fim do Estado, mas, pelo contrário, de reconhecer que a coleta e o processamento de dados pessoais são questões de relevância pública que escapam, em grande parte, ao controle estatal. Em vez da clássica *quis custodiet ipsos custodes?*, deve-se perguntar qual a legitimidade democrática das categorias em que os indivíduos são classificados. Somente mediante a democratização

---

<sup>4</sup> As ações do governo brasileiro, até agora, resumiram-se aos debates diplomáticos e à proposta de criação de um sistema nacional de *e-mails* – que de nada vai adiantar para resolver o problema. Por mais que o sistema jurídico tradicional tente criar mecanismos nacionais para conter a *surveillance*, ele irá falhar sempre por depender desse adjetivo “nacional”. Sobre o sistema nacional de e-mails, remete-se à notícia (observe-se a precariedade teórica da proposta, que ainda acha que *surveillance* se resume à “bisbilhotice” (NERY; AGOSTINI, 2013).



e a transparência desses critérios será possível proteger os direitos fundamentais, ou seja, tornar-se-á as relações de (in)visibilidade mais visíveis.

## 2 ESBOÇO PARA UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SURVEILLANCE NO DIREITO

Os estudiosos, afirma Sassen,<sup>5</sup> enfrentam enorme dificuldade para analisar mudanças significativas que lhes sejam contemporâneas. Os câmbios paradigmáticos frequentemente não podem ser “capturados” por eles, uma vez que estão imersos tanto no paradigma antigo quanto no novo. Os vocabulários, categorias e modelos disponíveis nessa situação-limite são incapazes de explicitar as mudanças fundamentais que causam perplexidade ao pesquisador. Por esse motivo, mostra-se essencial explicar a escolha da palavra *surveillance* para conceituar um fenômeno que, cotidianamente, tem sido simplesmente traduzido como “vigilância”. Considerando-se os diversos “lugares-comuns” ao tratar sobre o tema – especialmente a imagem do presídio panóptico e do mundo distópico orwelliano –, buscar-se-á desconstruir essas imagens, colocando ênfase na realidade da *surveillance* no mundo contemporâneo, bem como na sua associação com os direitos fundamentais e a democracia.

### 2.1 SURVEILLANCE OU VIGILÂNCIA? PROPOSTA PARA UM CONCEITO

Embora a tradução literal – vigilância – seja linguisticamente adequada, a palavra em língua inglesa – bem como na francesa – possui uma polissemia que não é alcançada pelo termo em português.<sup>6</sup> Isso fica nítido quando os teóricos dos

---

<sup>5</sup> Sassen (1996).

<sup>6</sup> Aqui vale o alerta de Arthur Schopenhauer. Para o filósofo alemão, “[...] às vezes ocorre também que uma língua estrangeira expresse um conceito com uma sutileza que a nossa própria língua não lhe dá, de modo que o pensamos apenas naquela língua com tal sutileza. Com isso, cada pessoa que busca uma expressão exata de seu pensamento usará a palavra estrangeira, sem se importar com a algazarra dos puristas pedantes. Em todos esses casos, não é exatamente o mesmo conceito que determinada palavra de uma língua designa, em comparação com outra língua, e o dicionário oferece diversas expressões aparentadas que se aproximam do significado, só que não de modo concêntrico, mas em várias direções como na figura precedente, estabelecendo, assim, as fronteiras entre as quais esse significado se encontra.” (SCHOPENHAUER, 2009, p. 149-150).

estudos sobre a *surveillance* fazem a distinção entre *surveillance* e *new surveillance*, respectivamente, associadas à modernidade tradicional e à modernidade líquida.

A maturidade do debate no exterior, contudo, permite que os autores anglófonos ressignifiquem a palavra em inglês. Como a carga semântica do vocábulo “vigilância” é demasiadamente forte no Brasil – por vários motivos, inclusive por estar muito mais ligada, etimologicamente, à palavra *vigilance* (inglês e francês) –, na ausência de tradução que compartilhe o mesmo sentido, preferimos utilizar o termo diretamente do inglês. Isso não significa que vigilância e *surveillance* estejam completamente dissociadas, mas que *surveillance* expressa um fenômeno diferente que pode ou não ter componentes de vigilância.

Com o propósito de fazer uma diferenciação dessa “*new surveillance*”, Marx<sup>7</sup> critica a definição dicionarizada – no dicionário: uma observação próxima, especialmente de um indivíduo suspeito. Para o referido autor, o uso de novas tecnologias transforma a *surveillance*, uma vez que tais tecnologias não necessitam da proximidade física, tampouco envolvem apenas indivíduos suspeitos de alguma prática ilícita. Além disso, uma definição tradicional de “vigilância” exige polos definidos de função, uma vez que divide os indivíduos em “observador” e “observado”, delimitação bem mais difícil quando tratamos de bancos de dados difusos, análises de padrões de dados, uso de redes sociais, etc.

Assim, esse novo conceito de *surveillance* pode ser caracterizado, especialmente, pelo uso de “sentidos estendidos”, ou seja, pela utilização de meios técnicos capazes de extrair ou criar informações pessoais. Tais informações não são apenas “sobre indivíduos”, dado que também consideram o contexto da sua coleta, o que permite afirmar que boa parte da *surveillance* está ligada ao reconhecimento de padrões relacionais do indivíduo com outros e com o espaço. Dessa maneira, “*Meaning may reside in cross classifying discrete sources of data (as with computer matching and profiling) that in and of themselves are not of revealing. Systems as well as persons are of interest.*”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Marx (2002, p. 9-29).

<sup>8</sup> Marx (2002, p. 12).

De maneira similar, tanto Lyon<sup>9</sup> fala de uma *new dimension of surveillance*, quanto Bennet et al. afirmam que “[...] *we must label as ‘surveillance’ many more practices than just wiretapping or the trailing of suspects by police*”.<sup>10</sup>

Assim, um dos processos-chave para caracterizar a *surveillance* é o atual uso de bancos de dados indexáveis no processamento de informações para diversas finalidades. Entende-se, portanto, que as novas infraestruturas da tecnologia da informação, ao permitirem o processamento em tempo real e o armazenamento ilimitado de dados, não apenas “qualificam” a vigilância, mas introduzem mudanças qualitativas que permitem um “salto” em direção ao conceito de *surveillance*.<sup>11</sup> Assim, “[...] *computers in tandem with advanced statistical techniques help inaugurate a new dimension of surveillance*.”<sup>12</sup>

A *surveillance*, muito além de uma vigilância, é uma das grandes marcas das sociedades contemporâneas e depende intrinsecamente do uso dos bancos de dados pessoais. Dependemos dela para nos mover pelo mundo cotidiano. Logo, “[...] *The surveillance discussed here does not usually involve embodied persons watching each other. Rather, it seeks out factual fragments abstracted from individuals*.”<sup>13</sup> (LYON, 2001, p. 2, tradução nossa).

Nesse sentido, é possível demonstrar algumas características da “*new surveillance*” capazes de diferenciá-la das formas tradicionais de controle social. Trata-se não apenas de uma “versão eletrônica da vigilância”, mas de um fenômeno qualitativamente novo e que possui os seguintes diferenciais:

It transcends distance, darkness and physical barriers. It transcends time, and this can be seen especially in the storage and retrieval capacity of computers; personal information can be ‘freeze-dried’, to use Goodwin and Humphreys’ term. It is of low visibility or invisible; data-subjects are decreasingly aware of it [...] It is frequently involuntary, as we noted above. Prevention is a major concern; think of

---

<sup>9</sup> Lyon (1994, p. 40).

<sup>10</sup> Bennet et al. (2014, p. 183).

<sup>11</sup> De maneira similar, ver a justificativa de Castells (2010, p. 304) para considerar a globalização atual como um fenômeno novo, distinto dos eventos associados à expansão do capitalismo no final do século XIX.

<sup>12</sup> Lyon (1994, p. 40).

<sup>13</sup> Lyon (2001, p. 2, tradução nossa).

bar-coded library books or shopping mall video cameras, which are there to prevent loss, not to teach the immorality, of theft. It is capital – rather than labour – intensive, which makes it more and more economically attractive. It involves decentralized self-policing; again, we noted above how we participate in our own monitoring. It triggers a shift from identifying specific suspects to categorical suspicion. It is both more intensive and more extensive. In Stanley Cohen’s metaphor, the net is finer, more pliable, and wider.<sup>14</sup>

Isso não significa, contudo, que o aspecto tecnológico seja o mais importante na análise do fenômeno. Ele não está “descolado” das realidades social, econômica e política. A tecnologia, antes de causa, é instrumento para coletar, armazenar, processar, classificar e transmitir informações. Em vez de ser um aspecto externo – como nos remete a ideia de vigilância –, a tecnologia é parte da textura que compõe a vida nas sociedades contemporâneas.

Assim, o que se busca é diferenciar “vigilância” no sentido tradicional – ou seja, como espionagem, controle e investigação sigilosa de atividades individuais – das técnicas facilitadas pela tecnologia da informação que, por sua natureza, são endêmicas nas sociedades contemporâneas. Tais técnicas têm como objetivo a sistemática coleta, armazenamento, processamento, individualização e classificação das informações sobre as pessoas em determinados grupos. Logo, o elemento “líquido”<sup>15</sup> e, por consequência, de difícil controle que caracteriza o fluxo de dados por sistemas de computadores é um traço essencial do que se quer, aqui, denominar *surveillance*.

O Quadro 1, trazida por Marx,<sup>16</sup> serve bem para diferenciar a *traditional surveillance* (cuja equivalente, no Brasil, é a vigilância) da *new surveillance* (que, neste texto, identificamos apenas como *surveillance*). A partir dela, é possível verificar algumas dimensões utilizadas como critério para distinguir esses fenômenos.

---

<sup>14</sup> Lyon (1994, p. 53).

<sup>15</sup> Bauman e Lyon (2012).

<sup>16</sup> Marx (2002, p. 28-29).

Quadro 1 – As diferenças entre *Traditional Surveillance* e *New Surveillance*

<b>Dimenson</b>	<b>A. Traditional Surveillance</b>	<b>New Surveillance</b>
Senses	Unaided senses	Extends senses
Visibility (of the actual collection, who does it, where, on whose behalf)	Visible	Less visible or invisible
Consent	Lower proportion involuntary	Higher proportion involuntary
Cost (per unit of data)	Expensive	Inexpensive
Location of data collectors / analyzers	On scene	Remote
Ethos	Harder (more coercive)	Softer (less coercive)
Integration	Data collection as separate activity	Data collection folded into routine activity
Data collector	Human, animal	Machine (wholly or partly automated)
Data resides	With the collector, stays local	With 3rd parties, often migrates
Timing period	Single point or intermittent	Continuous (omnipresent)
Time period	Present	Past, present, future
Data availability	Frequent time lags	Real time availability
Availability of technology	Disproportionately available to elites	More democratized, some forms widely available
Object of data collection	Individual	Individual, categories of interest
Comprehensiveness	Single measure	Multiple measures
Context	Contextual	Acontextual
Depth	Less intensive	More intensive
Breadth	Less extensive	More extensive
Ratio of self to surveillant knowledge	Higher (what the surveillant knows, the subject probably knows as well)	Lower (surveillant knows things the subject doesn't)
Identifiability of object of surveillance	Emphasis on known individuals	Emphasis also on anonymous individuals, masses
Emphasis on	Individuals	Individual, networks systems
Form	Single media (likely or narrative or numerical)	Multiple media (including video and/or audio)

Who collects data	Specialists	Specialists, role dispersal, self-monitoring
Data analysis	More difficult to organize store, retrieve, analyze	Easier to organize, store, retrieve, analyze
Data merging	Discrete non-combinable data (whether because of different format or location)	Easy to combine visual, auditory, text, numerical data
Data communication	More difficult to send, receive	Easier to send, receive

Fonte: Marx (2002).

Em virtude dessas diferenças, o desenvolvimento tecnológico proporciona o aparecimento de novos instrumentos de violação de direitos fundamentais capazes de atuar em duas frentes: por um lado, por meio da identificação, rastreamento, monitoramento e análise de informações relativas aos detalhes da vida íntima e da identidade das pessoas; por outro, em razão das práticas de coleta, armazenamento, processamento, individualização e classificação das pessoas em determinados grupos. Como resultado, tais práticas modificam as relações de visibilidade/opacidade, que não devem ser compreendidas apenas como um atributo físico do sentido humano – o olhar –, mas, de maneira mais abrangente, como a ampla disponibilidade de informações personalizadas e compiláveis sobre indivíduos e grupos.

A coleta, o armazenamento e o processamento automatizado de diversas informações sobre os indivíduos e grupos – transações financeiras, ligações telefônicas, preferências de consumo, hábitos de uso da internet, etc. – permite, além da territorialidade, transcender também a temporalidade, uma vez que, embora estejam relacionadas ao presente, as novas técnicas de *surveillance* empregam o armazenamento quase ilimitado de informações – passado – e o seu uso por ferramentas de análise estatística e de predições de risco – futuro.

Atualmente, um dos objetivos primordiais da *surveillance* é a previsão de comportamentos futuros, seja por parte do poder público – prever atitudes terroris-

tas, por exemplo,<sup>17</sup> seja pela iniciativa privada – para prever quais as melhores formas de ganhar dinheiro com anúncios, exemplificativamente.<sup>18</sup> O homem é um animal de hábitos, de maneira que, com a coleta de informações diversas durante período de tempo suficiente, é possível prever padrões de comportamento, deslocamento, preferências e interação social.

Não apenas nossas comunicações privadas, mas nossos “*alter egos virtuais*”, ou *data doubles* – conceito sintetizado como “[...] *various concatenations of personal data that, like it or not, represent ‘you’ within the bureaucracy or the network.*”<sup>19</sup> –, circulam livremente pelas redes de computadores, e, embora sejam cada vez mais alimentados por nós mesmos e tenham cada vez mais efeitos concretos nas nossas vidas, temos paulatinamente menos controle sobre os dados que são coletados e sobre as formas como eles são manipulados.

A descentralização das informações – paradoxalmente, protagonizada pela convergência das tecnologias – permite que a capacidade da *surveillance* seja aumentada exponencialmente. Isso requer novas formas de entender esse fenômeno, o que culmina na necessidade de desenvolver o conceito de *surveillance*, já não mais reduzido às características da modernidade – de maneira ampla, associadas às limitações espaço-temporais e às relações de visibilidade –, mas aos traços líquidos e incertos do mundo contemporâneo, ou seja, ignorando fronteiras físicas, teóricas e técnicas, bem como as distinções entre público e privado ou nacional e internacional.

Mostra-se claro, assim, que *surveillance* significa muito mais do que vigiar a vida de alguém ou grampear telefones. Trata-se de uma prática organizacional<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, veja-se o *Future Attribute Screening Technology* (FAST) desenvolvido pelo *Department of Homeland Security* dos EUA. Esse sistema pretende, por meio da análise de atributos físicos dos indivíduos – movimentos corporais, mudanças na entonação e ritmo da fala, movimento dos olhos, alterações na temperatura corporal e frequência respiratória – prever quem é “potencialmente perigoso” (BURNS; TEUFEL, 2008).

<sup>18</sup> Basta ver, por exemplo, como funciona o mecanismo de sugestões de compras de grandes *sites* varejistas como o *Amazon*. Ao processar o histórico de compras dos usuários, cliques nas opções “curtir” das redes sociais e itens adicionados às “listas de desejos”, a empresa cruza esses dados com aqueles de outros usuários e elabora listas de sugestões incrivelmente precisas sobre produtos que irão despertar o interesse do consumidor.

<sup>19</sup> Lyon (2007, p. 22).

<sup>20</sup> Bennet et al. (2014, p. 6).

que possui como resultado a categorização de pessoas em grupos diferentes, com o intuito de tratá-los diferentemente. Da Receita Federal brasileira até o Google, passando pela NSA, Amazon, entre outras, a classificação de pessoas em categorias é uma das características essenciais da *surveillance*.

Assim, muito além da privacidade, a questão fundamental da *surveillance* é “como – e com base em quais critérios – somos categorizados?” Embora nenhum instrumento jurídico estatal possa fornecer respostas para essa pergunta, a ausência de qualquer proteção no marco civil brasileiro da Internet é o símbolo do atraso do direito em relação à emergência de problemas reais que violam os direitos fundamentais.

## 2.2 PROPOSTA DE UM MODELO PÓS-PANÓPTICO DA SURVEILLANCE

Ainda que as práticas de vigilância sejam tão antigas quanto a própria civilização ocidental, elas adquiriram maior força em virtude da necessidade de organização burocrática do Estado moderno. No entanto, um aumento exponencial no estudo sobre a *surveillance* somente ocorreu a partir dos anos 1980. Isso ocorre em virtude do surgimento das novas tecnologias da informação e suas nítidas consequências para o armazenamento e o processamento de dados.

Como demonstrado anteriormente, as características inerentes às novas tecnologias e formas de organização social – especialmente a fluidez e a descentralização – possibilitam a superação da ideia de mera vigilância – que, não se deve deixar enganar, continua a existir – para que, em sintonia com a maioria daqueles estudos mais recentes, seja possível “importar” a expressão *surveillance* para a língua portuguesa. Isso, além de especificar o problema a ser tratado, evita as armadilhas que uma simples tradução poderia resultar.

Para o bem e para o mal, é comum, especialmente para o público não familiarizado com o estudo da *surveillance*, visualizar no modelo panóptico de Foucault uma ideia brilhante, pois, além de ser um exemplo “prático” de vigilância, é um arquétipo da estrutura do poder nas sociedades da modernidade. No entanto, é comum que, na literatura especializada da *surveillance*, “[...] mere mention of the pa-



*nopticon elicits exasperated groans. For them, too much has been expected by too many of the panopticon with the result that the diagram is wheeled out at every conceivable opportunity to, well, explain surveillance.*"<sup>21</sup>

Jeremy Bentham, um jurista inglês do século XVIII, propôs uma penitenciária panóptica como estrutura capaz de resolver diversas mazelas sociais. Esse presídio possuía uma arquitetura distinta, cujo objetivo era maximizar a visibilidade que se tinha dos detentos. Estes ficariam isolados em celas individuais, retroiluminadas e dispostas ao redor de uma torre de observação. Nela, guardas gozariam de uma visibilidade unidirecional: embora pudessem ver os detentos, estes não poderiam vê-los. Um detalhe de extrema importância é que os vigiados tinham plena consciência de que a qualquer momento poderiam estar sendo observados. Essa incerteza gerada nos prisioneiros era o principal objetivo do projeto arquitetônico proposto por Bentham, cujo desejo era transformar o comportamento dos presidiários por meio das contínuas reflexões que deveriam ter sobre as próprias atitudes.

É necessário questionar, contudo, os limites do modelo foucaultiano para lidar com a dissolução dos muros das diversas “prisões” no mundo contemporâneo. Torna-se imprescindível ultrapassar a ideia do panóptico para compreender, para além da mera vigilância, a *surveillance*. Por essa razão, Lyon<sup>22</sup> demonstra um problema central que faz com que o modelo panóptico não seja compatível com o atual momento histórico: quanto mais rigoroso e visível é o controle – como ocorre no panóptico –, mais gera resistência por parte dos indivíduos a ele submetidos. Inversamente, quanto mais sutil e imperceptível, ou seja, líquido, mais tende a criar os tão desejados corpos dóceis.

O caráter opressivo do panóptico continua muito além das prisões, no campo dos estudos sobre a *surveillance*. Obviamente, não pelos motivos originais do projeto de Jeremy Bentham, mas por ter deixado de ser apenas um edifício prisional e ter sido transformado em uma metáfora para analisar as manifestações do poder e

---

<sup>21</sup> Bauman (2012, p. 52).

<sup>22</sup> Lyon (2006, p. 4).

da *surveillance* em um mundo com características imprevisíveis por Bentham e negligenciadas por Foucault.<sup>23</sup>

Até mesmo pela sua importância histórica e aplicabilidade – ainda que restrita –, os estudos sobre o tema não podem ignorar o panóptico, mas, certamente, devem ir além dele. Um pouco mais radical é a proposta de Kevin Haggerty. Para ele, o paradigma do panóptico e sua pretensão de totalidade deve ser abandonado. O excessivo apego a esse modelo pode resultar na imobilização dos estudos da *surveillance*, uma vez que predetermina quais análises devem ser priorizadas e, pior, negligenciadas. Isso ocorre porque é comum ver a extrapolação da aplicação do modelo panóptico para tentar explicar fenômenos que dificilmente podem ser abarcados pela proposta de Foucault.

Como consequência dessa predileção pelo marco teórico do panóptico, é possível verificar a ampla remissão da literatura aos diversos “-ópticos”. Cada um deles representa uma expansão/adaptação do modelo de Foucault, com distinções para superar as limitações do original. Isso demonstra, além da óbvia popularidade da ideia, a incapacidade do panóptico para lidar com os aspectos da *surveillance* nos dias de hoje. Por isso, contra a permanência da metáfora do panóptico, Haggerty<sup>24</sup> é bastante radical. Para ele,

[...] changes in surveillance processes and practices are progressively undermining the relevance of the panoptic model for understanding contemporary surveillance. Foucault continues to reign supreme in surveillance studies and it is perhaps time to cut off the head of the king. The panoptic model masks as much as it reveals, foregrounding processes which are of decreasing relevance, while ignoring or slighting dynamics that fall outside of its framework.

A perspectiva panóptica, para Foucault, tem como objetivo principal “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegure o funcionamento automático do poder.”<sup>25</sup> Esse estado de autoconsciência induzido na

---

<sup>23</sup> Haggerty (2006, p. 23-45).

<sup>24</sup> Haggerty (2006, p. 27).

<sup>25</sup> Foucault (1999, p. 166).

relação entre observador-observado não ocorre na maioria das situações encontradas na *surveillance* contemporânea. Muito pelo contrário, existem diversos motivos – geralmente comerciais ou políticos – para ocultar tanto os detalhes sobre quais informações são coletadas quanto o modo como elas são processadas. Como defendido neste trabalho, esse é um dos principais traços que permitem o surgimento de novas relações de (in)visibilidade: a ausência de transparência sobre como a *surveillance* opera é, possivelmente, a característica mais importante da sociedade pós-panóptica.

A aplicação da proposta de Bentham certamente ultrapassou a prisão para a qual foi originalmente pensada, mas um traço comum entre todas as suas posteriores utilizações é a aposta na racionalização como ferramenta para economizar recursos e aumentar a eficiência das manifestações de poder. No mundo contemporâneo, contudo, as aplicações da *surveillance* ultrapassam aquele traço comum dos modelos panópticos. Muito além das prisões, a *surveillance* está envolvida em uma infinidade de projetos que vão desde a suposta “guerra contra o terror” – que patrocina, entre outros, os já mencionados *PRISM* e *Upstream* – até o incentivo ao consumo – como ocorre, por exemplo, por meio da compilação de bancos de dados com preferências de compras dos clientes de determinadas empresas. Nesse sentido, é possível afirmar que

[...] *surveillance* comes out of specific enclosures to permeate all of life. *Surveillance* is universal in the sense that no one is immune from the gaze. *Surveillance* is also universal in the sense that wherever new systems are adopted they tend to have a similar technological character.<sup>26</sup>

Além disso, a crescente capacidade de armazenar uma enorme quantidade de informações para somente depois analisá-las de infinitos modos possíveis – fenômeno geralmente conhecido como *dataveillance* – deixa claro o fato de que não existe uma finalidade predeterminada para a *surveillance*. Pelo contrário: tal como a tecnologia que ela utiliza, a *surveillance* é um fenômeno incapaz de ser reduzido a uma série de conceitos estáticos e, atualmente, somente encontra dois limites, a saber, a capacidade técnica dos seus instrumentos e a criatividade dos indivíduos para

---

<sup>26</sup> Lyon (2007, p. 56).

criar novos sistemas de categorização e análise de dados. Dessarte, é cada vez mais difícil associar a *surveillance* ao simples controle social ou a um delimitado número de finalidades, como ocorre com os modelos derivados do panóptico.

Outra distinção é que os tipos de visibilidade relacionadas ao modelo panóptico envolvem o monitoramento de pessoas que, de alguma forma, são considerada socialmente inferiores ou dependentes. Nesse sentido, “[...] *it is reminiscent of the functioning of a microscope, where specific marginalized or dangerous groups are situated under the unidirectional gaze of the powerful who can watch while remaining unseen by their charges.*”<sup>27</sup> Embora seja verdade que diversas instituições utilizam a *surveillance* com a finalidade de monitorar grupos considerados inferiores, o exclusivo apelo ao modelo panóptico ignora o fato de que as tradicionais hierarquias de visibilidade estão sendo completamente reconfiguradas, pois, como visto, a *surveillance* ocorre de maneira onipresente nos mais diversos âmbitos da sociedade contemporânea, não sendo direcionada exclusivamente contra grupos desfavorecidos.

Como não poderia ser diferente em assuntos com essa complexidade, aos diversos fenômenos da *surveillance* misturam-se, no mundo real, traços panópticos – ou, para seguir a linha de raciocínio desenvolvida por David Lyon “modernos” – e pós-panópticos – também, para o mesmo autor, “pós-modernos”. Entretanto, reconhecer que o modelo panóptico é incapaz de explicar todo o fenômeno da *surveillance* já permite observar melhor a complexidade da liquidez pós-panóptica que inunda o cotidiano e ameaça os direitos fundamentais.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira similar ao que afirma Couto<sup>28</sup> em seu texto *Os sete sapatos sujos*, o tema aqui proposto é fruto de algumas questões e ignorâncias. Com o autor moçambicano, é possível afirmar que não podemos entrar na modernidade com

---

<sup>27</sup> Haggerty (2006, p. 29).

<sup>28</sup> Couto (2011).

o atual fardo de preconceitos ou, acrescento, achar que os instrumentos jurídicos atualmente disponíveis são capazes de lidar com problemas qualitativamente novos.

Em vez de uma conclusão, parece importante propor uma reflexão a partir das seguintes perguntas:

- a) o leitor ficou intrigado em relação ao papel da tecnologia da informação no mundo contemporâneo?
- b) Mesmo que não inteiramente satisfeito com o conceito, conseguiu entender as diferenças entre vigilância (modernidade tradicional) e *surveillance* (modernidade líquida)?
- c) Ficou perplexo com as informações – talvez novas – sobre a utilização da *surveillance* pelos poderes públicos e privados?
- d) Compreendeu que essas mudanças requerem a superação do modelo amplamente difundidos do panóptico?
- e) Compartilhou da angústia sobre os limites da democracia e da proteção dos direitos fundamentais, especialmente da igualdade, pelos mecanismos estatais tradicionais?
- f) indagou a respeito das necessidades de transformação do Estado e do direito em virtude dos fluxos desterritorializados de dados?

Caso “sim” seja a resposta para a maioria ou para a totalidade dessas perguntas, o objetivo deste texto foi alcançado. A pretensão, aqui, não foi “desatar” nenhum nó insolúvel da humanidade no mundo contemporâneo. O objetivo foi bem menor: colocar o problema da *surveillance*, estudo ainda incipiente no direito brasileiro, e questionar as possibilidades – se é que viáveis – de controle desse fenômeno na tentativa de proteger os direitos fundamentais. Este trabalho não é de futurologia, de modo que qualquer aposta em determinada solução, X ou Y, não seria mais que isso, uma aposta, ainda mais por tratar de novas tecnologias telemáticas, cujas mudanças podem ocorrer em tempo menor que o necessário para escrever este texto.

Tendo refletido sobre o que é a *surveillance* e como ela afeta os direitos fundamentais e a democracia, a teoria jurídica – não necessariamente aquela associada ao Estado territorial da modernidade – deve pensar como encarar o problema. Ao que parece, existem duas abordagens possíveis: podemos, por um lado, aumentar a produção legislativa, criar emendas constitucionais e resolver possíveis violações nos tribunais; ou, por outro lado, podemos reconhecer a incapacidade desses mecanismos para controlar algo tão líquido quanto o fluxo de dados e discutir propostas para proteger os direitos fundamentais. A primeira abordagem fornece uma segurança (jurídica) que, infelizmente, é falsa.

Embora sejam uma herança da “modernidade sólida”, os direitos fundamentais são, inquestionavelmente, essenciais para mantermos nossa humanidade em tempos líquidos e, por mais paradoxal que pareça, somente será possível mantê-los por meio de ferramentas caracterizadas pela liquidez, adjetivo tão pouco apreciado pela teoria jurídica.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Tradução Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BAUMAN, Z.; LYON, D. *Liquid Surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity Press, 2012.

BAUMAN, Z.; LYON, D. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENNET, C. *Transparent lives: surveillance in Canada*. Edmonton: AU Press, 2014.

CASTELLS, M. *The power of identity: the information age: economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

COUTO, M. Os sete sapatos sujos. In: COUTO, M. *E se Obama fosse africano? E outras interinvenções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

EDWARD, S. Latest on the computer analyst whistleblower who provided the Guardian with top-secret NSA documents leading to revelations about US surveillance on phone and internet communications. *The Guardian*, London, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/edward-snowden>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HAGGERTY, K. D. Tear down the walls: on demolishing the panopticon. In: LYON, D. (Org.). *Theorizing Surveillance: the panopticon and beyond*. Cullompton: Willan Publishing, 2006.

KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Washington, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 9 abr. 2013.

LYON, D. (Org.). *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond*. Cullompton: Willan Publishing, 2006.

LYON, D. *Surveillance society: monitoring everyday life*. Buckingham: Open university press 2001.

LYON, D. *Surveillance studies: an overview*. Cambridge: Polity Press, 2007.

LYON, D. *The electronic eye: the rise of surveillance society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MARX, G. T. What's new about the "new surveillance"? Classifying for change and continuity. *Surveillance and society*, v. 1, n. 1, p. 9-29, 2002.

SASSEN, S. *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia University Press, 1996.

SASSEN, S. *Territory, authority, rights: From Medieval to Global Assemblages*. Woodstock: Princeton University Press, 2006. 493 p.

SCHOPENHAUER, A. *A arte de escrever*. Tradução Pedro Sússekind. Porto Alegre: L&PM, 2009.



# O PARADOXO DA TECNOLOGIA E A INCERTEZA CIENTÍFICA

André Rafael Weyermüller\*

Haide Maria Hupffer\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A realidade complexa e contingente que se apresenta indica que a atividade transformadora do homem é produtora de riscos e perigos futuros por meio das decisões. O aumento da população mundial, a globalização econômica, o incremento tecnológico, a fragmentação do Estado e a ação do Direito revelam um quadro de alta complexidade e perigo para a existência da humanidade. Isso remete aos riscos das novas tecnologias, pois se relacionam diretamente com a vida, com o bem-estar, com o meio ambiente e com o compromisso com as gerações presentes e futuras.

Tal como o incremento da tecnologia representa melhorias consideráveis para a qualidade de vida, paradoxalmente, também representa risco. Isso ocorre pelo fato de o risco ser imprevisível em razão das complexas redes de interconexões que se produzem em um ambiente de alta complexidade. Por outro lado, as tecnologias como a genética e as nanotecnologias são marcos importantíssimos que possibilitam a abertura de novas fronteiras.

Assim, a proposta das reflexões que seguem é evidenciar as dificuldades verificáveis quando da abordagem da questão ambiental e suas inevitáveis repercussões jurídicas. Para tanto, busca-se demonstrar a realidade complexa em que se insere a temática dos riscos das novas tecnologias para depois analisar se o Princípio da Precaução é apto como princípio norteador e fundamentado de ações que visem impedir que determinadas atividades não sejam implementadas, caso exista

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e Pesquisador na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e na Universidade Feevale; Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; andrerw@unisinos.br

\*\* Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora e Pesquisadora na Universidade Feevale; haide@feevale.br

incerteza quanto às consequências. Porém, existem incongruências importantes na utilização da Precaução.

## 2 A SOCIEDADE DE RISCO E A INCERTEZA CIENTÍFICA

O alto grau de incerteza científica em relação aos avanços da tecnociência e as consequências desses avanços para a humanidade caracterizam a sociedade de risco. Com a constatação de que o risco é um problema coletivo, no final do século XX e no início do século XXI, emerge o conceito de sociedade produtora de risco desenvolvido por Beck,<sup>1</sup> que traz consigo a reflexão sobre as consequências negativas resultantes de decisões tomadas no processo de industrialização e globalização.

Os riscos ambientais têm potencial de se deslocarem, invadirem fronteiras, atravessarem continentes e comportarem danos sem limites, globais, incalculáveis e irreparáveis ao meio ambiente. Essa percepção de Beck<sup>2</sup> é um alerta para a crescente exportação invisível de perigos e riscos ambientais, ou seja, eles cruzam fronteiras sem serem detectados. Isso significa dizer que existem determinados riscos cujos danos para as gerações presentes ou futuras não podem ser previstos no tempo e no espaço, como é o caso dos resíduos de energia nuclear.

Viver na Sociedade de Risco é também, na visão pessimista de Morin,<sup>3</sup> estar ciente de que “[...] existem dois novos poderes de morte ou dois novos perigos para a humanidade.” O primeiro refere-se à ameaça da possibilidade de “[...] extinção global de toda a humanidade pelas armas nucleares.” Para o autor, a humanidade terá que conviver com o potencial de auto-aniquilamento da bomba. A segunda ameaça está na “possibilidade da morte ecológica”, que é a resposta ao lançamento continuado de dejetos, emanações e exalações que acompanham o “[...] desenvolvimento técnico-industrial urbano e degradam a biosfera e ameaçam envenenar irremediavelmente o meio vivo ao qual pertencemos.”

---

<sup>1</sup> Beck (2008).

<sup>2</sup> Beck (2008, p. 83-84).

<sup>3</sup> Morin (2003).

Nesse alerta, Morin<sup>4</sup> ressalta que “[...] a dominação desenfreada da natureza pela técnica conduz a humanidade ao suicídio.” Por isso, convida a humanidade a refletir sobre as consequências perigosas da tecnociência, típicas de uma realidade de alta complexidade.

Nesse novo cenário, Beck<sup>5</sup> levanta uma questão que está calcada no que ele classifica como “fracasso do Estado”, que, ao aprovar a produção, a comercialização e o consumo de novas tecnologias, é incapaz de encontrar soluções proativas para evitar danos futuros, tanto para o meio ambiente quanto para o ser humano. E o mais dramático, na perspectiva de Beck, é que a responsabilidade das consequências é transferida para o consumidor que não tem ciência de que determinado produto carrega consigo ameaças imperceptíveis. Por isso, para o autor, a ciência e o Estado se convertem em parte do problema que deveriam solucionar.

Do mesmo modo, Bauman<sup>6</sup> refere-se à “colonização do futuro”, na medida em que o controle do risco é privatizado. Ao invés de ser uma preocupação coletiva ou pública, assevera que, cada vez mais, esse controle é transferido para o privado. São visíveis os sinais da natureza no sentido de que o nível de utilização dos recursos naturais está cada vez mais elevado e, por consequência, mais difícil de ser objeto de controle e programação por estratégias políticas.<sup>7</sup>

A relação da sociedade de risco com as necessidades impostas pelo mercado e com a tecnologia é paradoxal em face das possíveis consequências futuras que a técnica representa. A atuação do Direito, por sua vez, enquanto sistema social, também é paradoxal, tornando a questão ainda mais complexa.

Aqui reside o ponto fulcral: a humanidade, ao minimizar a discussão sobre o desenvolvimento econômico baseado na tecnologia e na exploração exacerbada dos recursos naturais, criou uma nova realidade em que a dependência da própria tecnologia representa um risco futuro, na medida em que não se pode precisar até

---

<sup>4</sup> Morin (2003, p. 70-71).

<sup>5</sup> Beck (2008, p. 86-87).

<sup>6</sup> Bauman (2011, p. 96-100).

<sup>7</sup> Giddens (2010, p. 25).

que ponto ela irá compensar os passivos criados para o seu desenvolvimento ligado ao risco futuro.

Por tais razões, os riscos das novas tecnologias e a degradação do meio ambiente tornam-se cada vez mais presentes e preocupantes, sendo necessário aprofundar o conhecimento sobre elas.

### 3 NOVAS TECNOLOGIAS

As tecnologias desenvolvidas em diversas áreas do conhecimento prometem grandes melhorias nas condições de vida. Por outro lado, essas mesmas tecnologias podem envolver riscos e incertezas substanciais que podem ter efeitos imprevisíveis, tanto para a saúde humana quanto para o meio ambiente.

Beck<sup>8</sup> alerta que pouco se discute sobre os perigos da tecnociência. Também sustenta que há uma contradição: de um lado, as tecnociências avançam sem esperar diagnósticos sobre possíveis perigos; por outro, seguem caminhando firmemente desde os dias do império, apoiadas no monopólio da resposta certa. É nesse sentido o questionar de Beck:<sup>9</sup> “*Cuán seguro es lo suficientemente seguro?*” Para o autor, os cientistas assumem uma posição de poder, pois tanto o direito quanto a política deixam para a ciência a competência de decidir segundo seus critérios “[...] *de medida qué dicta el ‘estándar de la técnica’.*” Para o autor, somente uma crise de realidade como a que ocorreu em Chernobil possibilitou que grande parte da opinião pública compreendesse que entre “[...] *la seguridad y la probabilidad de la seguridad hay todo un universo.*”

A incapacidade de lidar com os efeitos da tecnociência paira como uma espécie de névoa sobre a sociedade e sobre o planeta. Os riscos submetem a condição humana às incertezas do futuro, o qual não pode mais ser objeto de controle efetivo, sobretudo pela impossibilidade de precisar sua ocorrência. Para Bauman,<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Beck (2008).

<sup>9</sup> Beck (2008, p. 61-62).

<sup>10</sup> Bauman (2008, p. 129-130).

[...] o que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos de probabilidade não calculável, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de 'risco' comumente refere. Perigos não calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular, onde as consequências interrompidas e a não repetição de sequências se tornam a regra, a anormalidade, a norma. A incerteza sob um nome diferente.

Na sua crítica, Morin<sup>11</sup> destaca a ideia de ambivalência em relação aos benefícios e malefícios do desenvolvimento baseado na ciência. Os perigos aos quais a humanidade se expôs andam juntos a uma gama de benefícios. Essa ambivalência geral do século atual é o resultado dessa avaliação entre o bom e o negativo, entre aquilo que veio como benefício indiscutível e aquilo que foi criado como um grande risco presente e futuro.

A ambivalência destacada por Morin<sup>12</sup> é bastante evidente em relação às questões relativas ao meio ambiente, posto que toda a ação humana no sentido do desenvolvimento está, de alguma maneira, ligada ao sistema da Economia e, assim, ligada à utilização de recursos naturais. Dessa forma, “[...] estamos diante de problemas que desafiam a inteligência humana e cobram respostas rápidas, porque é a própria existência humana que está em perigo.”<sup>13</sup> A insegurança passa a não ter fronteiras na mesma proporção que as possibilidades positivas se estendem sem restrições importantes.

Na verdade – e isso é discutido por Morin –<sup>14</sup> “[...] o presente está em estado de danação. O planeta vive, cambaleia, fere, arrotta, soluça, geme, sem contar como o amanhã. Tudo é feito, vivo a curto prazo.” Além disso, a humanidade ganhou um “complexo de ideias ‘crísicas’” e tem ciência de que está no século das revoluções e isso significa conviver com rupturas e transformações sempre mais radicais. Assim, o autor fala também “[...] que a evolução talvez tenda para sua auto-

---

<sup>11</sup> Morin (2010, p. 35).

<sup>12</sup> Morin (2010).

<sup>13</sup> Efken (2005, p. 123).

<sup>14</sup> Morin (2010, p. 35).

destruição. Dessa forma, estamos num mundo que nos parece simultaneamente em evolução, em revolução, em progressão, em regressão, em crise e perigo.”

Além dessas questões, o segmento industrial lança novos produtos para diversos objetivos em escala nano em que ainda não é possível prever os efeitos, a médio e longo prazo, no meio ambiente e na saúde humana. É uma realidade marcada pelos extremos e pelas inúmeras possibilidades sobre as quais não se tem o controle como se pensava ter no passado. A crença e a confiança nas novas tecnologias ainda promove uma falsa sensação de segurança:

As forças geradas pela economia tecnocientífica são agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, ou seja, as fundações materiais da vida humana. As próprias estruturas das sociedades humanas, incluindo mesmo algumas das fundações sociais da economia capitalista, estão na iminência de ser destruídas pela erosão do que herdamos do passado humano. Nosso mundo corre risco de explosão e implosão.<sup>15</sup>

Face ao exposto, questiona-se: é possível dizer que a humanidade já chegou ao nível de irreversibilidade? Esta é uma questão central de preocupação com o futuro da vida no Planeta Terra ou de secundária importância?

A resposta pode estar na metáfora de Bauman.<sup>16</sup> Para o autor, essa incapacidade de perceber a realidade e a irresponsabilidade com a qual o ser humano conduz suas práticas relacionadas ao meio ambiente e ao futuro podem ser assim compreendidas:

Somos para a natureza o que o aprendiz de feiticeiro era para o mestre. Tal como aquele jovem impetuoso, ousado, mas não particularmente circunspecto, nós obtivemos o segredo de liberar e desencadear forças reprimidas e resolvemos usá-las antes de termos a chance de aprender a suspendê-las. E ficamos horrorizados com a ideia de que, estando as forças em movimento e com permissão de desenvolver seu ímpeto, talvez seja tarde demais para aplicar os encantamentos mágicos capazes de colocá-las novamente sob controle.

---

<sup>15</sup> Hobsbawm (1995, p. 562).

<sup>16</sup> Bauman (2008, p. 123).

Surge uma realidade paradoxal no tocante ao avanço tecnológico e à capacidade de suporte do meio ambiente. A sociedade atual convive com o alto grau de capacidade para transformar o ambiente com base na técnica e com um significativo número de pessoas que não terão, em futuro próximo, acesso aos avanços tecnológicos.

Os riscos da tecnologia, no dizer de Stern,<sup>17</sup> podem ser radicalmente reduzidos a um custo razoável para as gerações presentes e futuras com ações conjuntas entre países e adoções de políticas claras e bem estruturadas. Protelar decisões pode criar cenários devastadores e aumentar substancialmente os riscos no futuro. O autor argumenta que o adiamento de decisões se tornaria uma estratégia anti-crescimento, pois certamente o custo da inação é maior do que o da ação. Além do mais, se a humanidade demorar demais para agir e deixar para as gerações futuras essa decisão, não apenas permitirá que os danos se acumulem, como se arriscará a cometer erros nas decisões de investimento, o que poderá se tornar muito caro e de difícil viabilidade econômica.

Aliás, uma nova era tecnológica tem início com o advento das nanotecnologias, aumentando a complexidade da questão. Drexler<sup>18</sup> tornou popular o termo ao se referir à construção de máquinas tão diminutas que teriam escala molecular com poucos nanômetros de tamanho, defendendo a possibilidade de criar motores, robôs e computadores muito menores que uma célula. Já é possível a produção de objetos a partir de estruturas com essas dimensões nanométricas, multiplicando as possibilidades de desenvolvimento de novos materiais e tratamentos de saúde promissores. Medicina, eletrônica, farmácia e biotecnologia são as principais aplicações das nanotecnologias.

Nem tudo, porém, são benefícios. Entre os possíveis aspectos negativos temos a “nanopoliuição”, que é gerada por nanomateriais de difícil controle, em virtude do seu tamanho muito reduzido, podendo causar danos ainda não conhecidos. Ou seja, incerteza científica e risco.

---

<sup>17</sup> Stern (2014, p. 4-16).

<sup>18</sup> Drexler (1992).

## 4 PRECAUÇÃO E TECNOLOGIA

Pensar a realidade de forma responsável e realista significa considerar o cuidado com a sustentabilidade em sentido amplo, ou seja, o desenvolvimento tecnológico não pode ser barrado. Isso, porém, transforma-se em um desafio para o Direito.

Assim, frente à realidade dos efeitos das novas tecnologias e de extensas expectativas em relação ao futuro, torna-se necessária uma atitude antecipadora aos riscos por meio de práticas e políticas dos Estados nacionais, como leis e mecanismos de controle, bem como de entes supranacionais e privados que possam produzir ações preventivas em face dos danos, talvez irreversíveis, que a humanidade pode gerar.

A proteção desse direito enfrenta dificuldades impostas por uma complicada equação composta por elementos diversos, como a Economia, o Direito, o desenvolvimento tecnológico, o ser humano e o meio ambiente. Os resultados são incertos frente às diversas variáveis somadas nesse complexo cálculo, que dificulta o controle pelos atores sociais e econômicos, bem como dos entes estatais, em que se insere a atuação do Direito.<sup>19</sup>

Por mais que seja relevante a necessidade de uma atuação preventiva efetiva, quando tais expectativas são depositadas sobre o Direito, nada melhor, aparentemente, que a “fundamentação” em um princípio, no caso, o Princípio da Precaução, que está relacionado à necessidade de antecipação aos riscos em benefício do meio ambiente.

O Princípio da Precaução foi formulado na Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) Sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972. Antes disso, porém, já tinha sido incorporado pelo ordenamento jurídico da Alemanha, onde foi denominado *Vorsorgeprinzip*.

Com a realização da Conferência da ONU<sup>20</sup> sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro, em 1992, o Princípio da Precaução passou a integrar o rol de princípios produzidos naquela oportunidade, com o desiderato de

---

<sup>19</sup> Weyermüller (2014).

<sup>20</sup> Organização das Nações Unidas (1992, p. 15).



promover a proteção do meio ambiente, estabelecendo um compromisso a ser observado pelos Estados. Corroborou-se, sobretudo, que “[...] quando houver ameaças de sérios danos ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

No Brasil, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981,<sup>21</sup> que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, já tinha adotado uma postura de precaução, mesmo que não expressando o princípio literalmente. Na legislação brasileira verifica-se a incorporação expressa do Princípio da Precaução com a regulamentação dos incisos II, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal,<sup>22</sup> previsão considerada de suma importância para a tutela do meio ambiente. Essa regulamentação ocorreu por meio da Lei n. 11.105/05,<sup>23</sup> a qual estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que explorem, de alguma forma, organismos geneticamente modificados ou transgênicos.

A Lei n. 11.105/05<sup>24</sup> faz referência expressa ao princípio no cuidado com a manipulação genética. Para os objetivos do presente estudo, não se fará o enfrentamento da questão da utilização dos princípios, porém, já é possível um indicativo no sentido da incorreta e ineficaz utilização deles para a pretensa resposta às necessidades de tutela ambiental.

Veja-se que o Princípio da Precaução utiliza como fundamento três irritações provenientes da incerteza científica: a incerteza científica acerca da existência e da natureza do dano ambiental, a incerteza científica em relação à extensão dos danos e a incerteza científica em relação ao nexo de causalidade existente entre determinada conduta e determinado dano.

Em face da incerteza científica, o Princípio da Precaução, na sua forma mais simples, “[...] propõe que devem ser tomadas medidas de proteção contra ris-

---

<sup>21</sup> Brasil (1981).

<sup>22</sup> Brasil (1988).

<sup>23</sup> Brasil (2005).

<sup>24</sup> Brasil (2005).

cos ambientais (e, por inferência, contra outras formas de risco), mesmo que não haja dados científicos seguros sobre eles.”<sup>25</sup> Porém, estabelecer um limite definido entre certeza e incerteza revela-se paradoxal, pois em termos tecnológicos, por exemplo, lida-se sempre com a incerteza, pois ela faz parte dessa realidade de riscos que as inovações trazem consigo quando surgem a partir da ciência.

Dos inúmeros exemplos de inovação tecnológica que dispomos e que se pretende utilizar de precaução, um dos mais promissores é a nanotecnologia, ou seja, a possibilidade de danos ambientais futuros deve ser enfrentada hoje, mesmo sem a certeza de que tais práticas irão realmente causar alguma consequência no futuro. Algo como: na dúvida, não faça.

Em termos econômicos isso não é tão simples, pois, muitas vezes, determinadas inovações introduzidas no mercado não estão devidamente testadas a ponto de serem consideradas seguras em relação a eventuais consequências ambientais futuras. A aplicação do Princípio da Precaução nas nanotecnologias já é um novo problema em termos de normatização e utilização de princípios.

As pressões do desenvolvimento globalizado dificilmente são compatíveis com a noção ampla de precaução que o princípio estabelece. É preciso ressaltar que, aplicando a precaução, a dúvida implicaria em não fazer. Em termos econômicos isso é complicado.

Dito de outro modo, se de um lado existem gravíssimas consequências em utilizar determinados benefícios construídos pela criatividade técnica humana, de outro é preciso ter presente que a maior parte daquilo com que a sociedade está habituada não pode ser simplesmente proibido ou abandonado. A realidade complexa exige entendimentos capazes de buscar alternativas viáveis que considerem sempre os dois lados dessa complexidade.

---

<sup>25</sup> Giddens (2000, p. 40).

## 5 CONCLUSÃO

As múltiplas possibilidades decorrentes do desenvolvimento humano representam complexidade e riscos, sobretudo pelas dificuldades de controle sobre esse incremento tecnológico extremamente promissor. Testemunha-se, hoje, o que Beck<sup>26</sup> denomina “Sociedade de Risco”, que se torna ainda mais complexa em virtude do fenômeno da globalização e sua forte vinculação com a economia, financiadora das pesquisas que viabilizam novos produtos para as novas e crescentes necessidades.

Por outro lado, as complexas necessidades materiais da sociedade atual não se encaixam em formulações vazias de “precaução”, atribuindo-se essa postura como um princípio de direito que sirva de justificativa e fundamentação para decisões judiciais favoráveis ao meio ambiente. A aplicação do Princípio da Precaução não pode ocorrer com base em vagueza semântica e na ambiguidade que o princípio carrega.

Ninguém nega que se faz necessário atuar de forma efetiva na defesa do meio ambiente por meio, também, do Direito. De igual forma, não se pretende negar, com o presente estudo, que a precaução deve estar presente nas decisões relacionadas ao futuro de todos. Mas de qual precaução se fala? Uma precaução em sentido amplo que todos aplicam em suas decisões ordinárias ou uma precaução no sentido de planejamento do futuro? Ou, ainda, uma precaução como elemento central de uma decisão jurídica em um caso concreto?

O destaque que se pretende fazer é sobre a precaução utilizada em um sentido jurídico. Essa ambiguidade característica de uma Teoria do Direito que se fundamenta em princípios criados e nominados de acordo com as tendências do tempo ou da estação certamente não contribui de forma eficiente e segura para a problemática ambiental. Segura, sim, pois o que se espera do Direito é segurança, sobretudo no que se refere à resposta dada às lides que se lançam diariamente ao Judiciário.

---

<sup>26</sup> Beck (2008).

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Z. *Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução Alexandre Wernek. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BECK, U. *La Sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 ago. 1981.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança (PNB), revoga a Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

DREXLER, K. E. *Nanosystems: molecular machinery, manufacturing and computation*. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 1992.

EFKEN, K. H. A ciência e a conscientização a serviço dos recursos hídricos: a água como fonte de comunicação biológica global. In: PETERS, T. P. S. et al. *Água: fonte de vida*. Recife: Ed. Unicap, 2005.

GIDDENS, A. *A política da mudança climática*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GIDDENS, A. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Presença, 2000.

HOBBSBAWM, E. J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MORIN, E. *Os sete saberes à educação do futuro*. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Janne Sawaya. 8. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2003.

MORIN, E. *Para onde vai o mundo?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento: princípio 15*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

STERN, N. *O caminho para um mundo mais sustentável*. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro, 2014.

WEYERMULLER, A. R. *Água e adaptação ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.



# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INFORMÁTICA JURÍDICA DECISIONAL<sup>1</sup>

Nuria Beloso Martín\*

## 1 INTRODUCCIÓN

La sociedad del conocimiento y de la información,<sup>2</sup> surgida a mitad de la década de los setenta, nos abrió las puertas a un tipo de sociedad caracterizada por un modo de ser comunicacional, que se proyecta en todas las actividades y áreas. En la misma, en ella, la información ocupa un lugar relevante y favorece el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En este contexto de la sociedad de la información y del conocimiento, al que España se ha sumado (Ley n. 56/2007, de 28 de diciembre) de medidas de impulso de la sociedad de la información, la percepción que hasta ahora se tenía de la labor de los juristas se ha visto modificada como consecuencia de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación – NTIC – a la ciencia jurídica. No cabe duda de que estas mudanzas implican consecuencias inmediatas en la ciencia jurídica. Frente al carácter dogmático y elitista del saber jurídico, la realidad es que ahora todos pueden conocer el Derecho, todos pueden opinar sobre el Derecho en los nuevos espacios virtuales, tales como los foros o los blogs. La presencia de la informática en el Derecho va adquiriendo madurez y se multiplican los recursos y

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid; Profesora Titular de Filosofía del Derecho (CA) en la Universidad de Burgos (España), donde ejerce la función de Directora del Departamento de Derecho Público; Hospital del Rey, s/n, 09001, Burgos, España; nubello@ubu.es

<sup>1</sup> El presente trabajo es una versión reducida del trabajo publicado como Entre la ciencia y la técnica del Derecho. ¿Hacia una hermenéutica telemática?, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada, 47 (2013), Ciencia de la Legislación, pp.139-161. [Disponible en: <http://revistascug.ugr.es/index.php/acfs>]

<sup>2</sup> Castells (2000).

herramientas que las NTIC ponen a disposición tanto de los operadores jurídicos como de cualquiera que desee acceder a la ciencia jurídica.<sup>3</sup>

Las NTIC no se limitan a facilitar el acceso a las fuentes del Derecho sino que también podría estar afectando al propio Derecho. Los poderes públicos están generalizando y fomentando la aplicación e interpretación del Derecho mediante la red – Ley n. 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que regula la administración electrónica –, ley que consolida la política de la Unión Europea al respecto.

Nos encontramos así en la era de la conmutación y de la información, lo cual nos permite considerar la primacía, extensión y expansión de las nuevas tecnologías – NTIC – a todas las Areas temáticas entre las cuales se encuentra el Derecho.<sup>4</sup> ¿Qué puede aportar la Filosofía del Derecho al respecto?

Hacer Filosofía del Derecho en la actualidad implica reflexionar sobre distintos tipos de actividades jurídicas: acceso a textos jurídicos (jurisprudencia, legislación, bibliografía), interpretación del Derecho, aplicación del Derecho, construcción de dogmas y construcción de teorías. A ello hay que sumar la posibilidad de que cada una de estas tareas sea auxiliada por las técnicas de la información y de la comunicación. Ello equivale a reconocer que es posible hacer consideraciones

---

<sup>3</sup> Se puede citar el movimiento de acceso abierto – *Open Access* –, las wikis – como la *Wikipedia* –, el aprendizaje a través de Internet – *e-learning* –, las comunidades virtuales, y tantas otras.

<sup>4</sup> Basta observar la polémica desatada entre los defensores de la libertad en la red y quiénes abogan por pagar por el uso de la misma. Concretamente, en España, el día 06 de marzo de 2011 se ha promulgado la *Ley de Economía Sostenible (Ley n. 2/2011, de 04 de marzo, de Economía sostenible*. BOE. Núm. 55. Sec. I, p. 25033) cuya Disposición final 41ª (más conocida como ‘Ley Sinde’, nombre de la Ministra de Ciencia e Innovación que la ha promovido) se ocupa de la regulación de webs y la protección de la propiedad intelectual. A favor de dicha ley se han pronunciado quienes argumentan que las descargas sin consentimiento del autor no son legales, que el canon es para compensar la copia privada y que es discutible que la ‘Ley Sinde’ pisotee derechos fundamentales, ya que como garantía se establece la participación de un juez en diferentes momentos del procedimiento estableciendo un sistema con ciertas garantías. Quienes abogan por la ‘libertad’ y la ‘gratuidad’ en la Red, en realidad defienden el lucrativo negocio de quienes no pagan por los contenidos por los que intermedian. Cabe preguntarse si realmente todo esto desemboca en un debate entre propiedad intelectual y libertad. Lo cierto es que sin libertad no hay creación ni propiedad intelectual, y quien defiende los abusos no defiende la libertad, sino los privilegios (sean éstos tecnológicos o de casta)”. Los defensores de “la *ley Sinde*” sostienen que no criminaliza a los usuarios de la Red, persigue a quien abusa, oculto tras la tecnología o el anonimato, del trabajo, curiosamente siempre intelectual, de otros. En contra de la mencionada ley se sitúan quienes consideran que la neutralidad de la red es imprescindible en el acceso, difusión y expresión de la cultura y que su eliminación sólo estaría favoreciendo a los intermediarios que se enriquecen a costa de hacerse con los derechos de los creadores.



jurídicas sobre las técnicas de programación que utilizan los ingenieros informáticos en el entorno jurídico.<sup>5</sup> Hemos podido asistir a un paralelismo entre los avances de la ciencia y tecnología y del derecho, lo que ha permitido diferenciar diversas etapas de informatización del Derecho.<sup>6</sup>

Por su parte, según Strangas,<sup>7</sup> la Filosofía del Derecho, en tanto que teoría jurídica del Estado tiene como objeto “[...] el gobierno de las consecuencias de la utilización de la informatización automatizada, y por ello, parece justificado darle a la materia correspondiente el nombre de iuscibernética.” Incluso se podría decir – continúa – que la “iuscibernética” no es sino Filosofía del “Derecho de la informática.”

Las máquinas ya no son puros autómatas, confinados en el cometido de soporte material de la comunicación según pautas operativas, previamente establecidas e inmodificables, de tratamiento y difusión entre operadores sino que disponen de mayor autonomía para intervenir en el flujo de representaciones simbólicas, utilizando modos y formas muy próximas a las de los procesos mentales humanos. La tecnología afecta, principalmente a los campos profesionales: al proceso de redacción de textos jurídicos (*drafting*), al proceso de toma de decisiones (*sentencing*) y al proceso de ejercicio de la propia profesión de abogado (*lawyering*).<sup>8</sup>

Es decir, podríamos distinguir tres principales estadios de desarrollo de la informática jurídica: en un primer momento, la informática jurídica documental, que nos ha facilitado en numerosas ocasiones obtener información jurídica muy completa en un corto espacio de tiempo; en un segundo momento, la Informática jurídica de gestión, que cada día avanza más en su empeño de liberar al jurista de las tareas más rutinarias, haciendo que el trabajo de despacho sea más rápido y cómodo. Y por últi-

<sup>5</sup> Galindo (1998, p. 216-217).

<sup>6</sup> La posibilidades de aplicación de la informática al Derecho son diversas. Entre las mismas, destacamos: Informática jurídica documental: ayuda a obtener información jurídica muy completa en un corto espacio de tiempo; Informática jurídica de gestión: intenta liberar al jurista de las tareas más rutinarias, haciendo que el trabajo de los operadores del Derecho sea cada vez más sencillo e Informática jurídica decisional: vamos a analizar esta posibilidad en las páginas que siguen.

<sup>7</sup> Strangas (2005, p. 201) advierte que, en cualquier caso, se debe rechazar cualquier concepción utópica de la cibernética que atribuya al uso automatizado de la información un sentido distinto del estrictamente instrumental y técnico y lo asocie con elucubraciones pseudocientíficas sobre la condición humana en la nueva sociedad tecnológica.

<sup>8</sup> Para acceder a información sobre Derecho y tecnología, *vid.* Alfa Redi (2013).

mo, la Informática jurídica decisional, que analizaremos de forma más detallada en los epígrafes siguientes. Es quizá el área de la Informática jurídica que más se está desarrollando en los últimos años y la que tiene un futuro más prometedor. Pero también, como contrapartida, es la esfera que más susceptibilidades y reticencias provoca.<sup>9</sup>

Concretamente, vamos a prestar especial atención a dos de las diversas posibilidades o campos de aplicación que actualmente tienen las nuevas tecnologías: Proyección de las NTIC en las decisiones judiciales, tanto en la vertiente de la Inteligencia Artificial como en la de los Sistemas Expertos Jurídicos e Proyección de las NTIC en la gestión de conflictos *on-line* ODR.<sup>10</sup>

## 2 PROYECCIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS DECISIONES JUDICIALES

La aplicación del Derecho tiene como objetivo la resolución de un determinado conflicto, para lo que se utilizarán procedimientos y textos legales. Consiste en la averiguación de las características de los hechos conflictivos, la fijación de la cuestión de hecho, y el señalamiento de la relación de los mismos en relación al Derecho. La aplicación del derecho depende básicamente de la resolución de la autoridad, fundamentalmente del juez.

El ámbito de la aplicación judicial es diferente al de la aplicación administrativa.<sup>11</sup> No nos estamos refiriendo al ámbito burocrático de la oficina judicial, don-

---

<sup>9</sup> Como apunta Cuadrado Gamarra (2011): “Los juristas nos aferramos al papel firmado, aceptamos con reservas pedir al ordenador algún antecedente de jurisprudencia, desconfiamos en mayor o menor medida de los trámites judiciales informáticos y rechazamos con verdadera indignación cualquier propuesta que implique que una máquina pueda decidir la menor de las controversias.”

<sup>10</sup> Hay una generación de investigadores que han trabajado sobre las implicaciones de las técnicas y modos de programación en el campo jurídico desde la perspectiva técnica: Giovanni Sartor, Dan Hunter, Antonio Martino, Mario Losano y Carlos Barriuso, entre otros. En el ámbito español, Pérez-Luño (1987, 1996) fue pionero en el estudio de la informática aplicada al Derecho. También Galindo (1998) en la Universidad de Zaragoza así como la Universidad de Alicante han seguido esta estela. En nuestra exposición tendremos especialmente presente los interesantes estudios de Bourcier y Casanovas (2003). Vid. también Barragán (1994) y Grauband (1993).

<sup>11</sup> Galindo (1998, p. 241) recoge el ejemplo del INEM de Zaragoza, en el que se utiliza un sistema de ayuda informática para documentar con criterios concretos la distribución de fondos para subvencionar el empleo con respecto a contratos de obra y servicios a realizar por parte de las Corporaciones Locales de la provincia. “El programa propone a lo largo del procedimiento de decisión distintas formas de repartir

de claramente sí tienen cabida (bien sea para la tramitación de los expedientes o para utilizar los ordenadores para acceder a la documentación jurídica que sea necesario en los diversos procesos). Los cursos para jueces de introducción a la informática son frecuentes, adiestrándoles en el acceso y utilización de bases de datos jurídicas y en el manejo de un programa de tratamiento de textos e introducción al posible uso en la oficina judicial del correo electrónico.

De todo esto derivan varios interrogantes: El lenguaje (y los sistemas) informáticos, ¿pueden sustituir al lenguaje jurídico? La lógica jurídica tradicional (el silogismo judicial) ¿puede evolucionar hacia una lógica jurídica más amplia que abarque tanto el estudio del razonamiento jurídico como el desarrollo de nuevos instrumentos informático-jurídicos? ¿Es posible una nueva lógica jurídica para la argumentación telemática? Los sistemas informáticos, ¿pueden ir de la subsunción a la ponderación? ¿Cabe transferir los modelos interpretativos que aplicamos a nuestros semejantes (creencias, objetivos, intenciones) a los entes artificiales?<sup>12</sup>

Sartor<sup>13</sup> coloca el acento en el uso de la informática como instrumento para facilitar la organización del conocimiento, su comunicación. El objetivo no es sustituir el papel del juicio humano en el razonamiento jurídico, sino proporcionar instrumentos gracias a los cuales se pueda ejercitar mejor el juicio. Es evidente que el lenguaje jurídico tradicional o “natural” no puede sustituirse por el lenguaje de la informática, ni es posible atribuir a los ordenadores la capacidad de aplicar disposiciones formuladas en lenguaje natural. El verdadero problema consiste en establecer de qué modo, para qué finalidad y en qué contexto resulte oportuno formalizar (aspectos) de la normativa (y del conocimiento) jurídico para traducirlo en reali-

---

fondos entre los municipios solicitantes, atendiendo a criterios de distribución contemplados en la norma vigente que ordenan la información relevante para la decisión de modo diferente. La decisión es adoptada por el Director Provincial del INEM tras recibir los asesoramientos de las Comisiones obligadas a ello.”

<sup>12</sup> Con respecto a este último aspecto, pensemos por ejemplo en la posibilidad de que un contrato se haya concluido (querido) por un sistema informático, que un sistema informático pueda ser víctima de un engaño (mentira), que pueda caer en un error (falsa creencia), que pueda dañar a un tercero dolosamente (intencionalmente), etc. La intencionalidad del sistema informático se pone en tela de juicio porque le estamos adscribiendo nuestro propio estado mental (creencias, objetivos, intenciones) (SARTOR, 2002, p. 23-51).

<sup>13</sup> Sartor (2000b, p. 190-191): “Una nuova logica giuridica per l’argomentazione telematica?”

zaciones informáticas. Este problema no se puede resolver en abstracto sino que se debe afrontar con una referencia específica a los intereses, a los problemas y a los valores jurídicos implicados en los diversos sectores de la disciplina jurídica, y en los diversos momentos de su aplicación.

Resulta imprescindible que el jurista mantenga con especial celo, ejerciéndola con corrección y sometiénola a los controles adecuados, la propia soberanía con respecto a la actividad de los ayudantes-sustitutos electrónicos. Es decir, el poder de decidir si el caso en examen es susceptible de ser tratado adecuadamente mediante los filtros del sistema automático, o si en cambio, la excepcionalidad del caso requiere una solución diversa.<sup>14</sup>

## 2.1 INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

¿Es posible una máquina para juzgar?, es decir, una máquina que proporcione una respuesta exacta a un problema y no sólo un conjunto de informaciones sobre un problema.<sup>15</sup> La IA “comprende las investigaciones y las aplicaciones que

---

<sup>14</sup> La ponderación o valoración sólo es posible realizarla por los agentes jurídicos que son los responsables de las decisiones o aplicaciones: juez, jurado, funcionarios, parlamentarios, Gobierno, ministros, miembros de un comité, firmantes de un contrato. Recordemos el artículo 15 de la Directiva Europea sobre protección de datos (95/46/EC), que prohíbe someter al individuo a procesos decisionales completamente automatizados. En este mismo sentido, Strangas (1995, p. 200) sostiene que no se debe permitir o facilitar la concentración desmesurada, la libre difusión o el uso injustificado de informaciones que se refieren a los aspectos más íntimos de la persona. Siguiendo a Pérez-Luño, el autor ha advertido del problema de la correcta valoración de los peligros que surgen al almacenar tales informaciones de forma ilimitada. Pérez-Luño defiende que es un dilema falso el de que, o se deja inerte al Estado y a la sociedad, o se debe aceptar la existencia de un gigantesco aparato informativo y de control de manera que nadie sepa con certeza lo que los demás saben de él, cómo pueden utilizar esta información y con qué intenciones la utilizarán. Ante este dilema falso la alternativa racional no puede ser otra que la de reglamentar jurídicamente de manera eficaz y democrática el uso de los medios tecnológicos de información y control. A fin de cuentas, nos enfrentamos al viejo dilema de “quis custodiet custodes”. Incluso se podría afirmar que el dilema de escoger entre estas disposiciones extremas – por un lado, desarrollo de la tecnología a cualquier precio, y por el otro, exclusión del desarrollo por sus peligros implícitos – supone que se presenta de una nueva forma el dilema de escoger entre la equidad y la certeza del derecho, principalmente bajo la cobertura de intentar lograr una síntesis correcta. “La reglamentación jurídica por medio de la cual se limitan los peligros mencionados, combinada eventualmente con la regulación de las cuestiones derivadas del uso de las computadoras electrónicas (por ej., los problemas concernientes a la prueba procesal, a la tutela jurídica del ‘software’, a la responsabilidad “du fair de la machina”) se puede considerar como constituya de una nueva rama de la ciencia jurídica: el ‘Derecho de la informática’.

<sup>15</sup> Un software desarrollado en China está siendo usado por jueces de ese país para decidir las sentencias a aplicar por 100 tipos de delitos distintos, entre los que figuran asalto y violación. Esta “calculadora legal”

tienen como objetivos dotar al ordenador de capacidades habitualmente atribuidas a la inteligencia humana (razonamiento, toma de decisiones, etc.) y simularlas en un ordenador.”<sup>16</sup> Constituye una multi-disciplina que abarca: Informática, Ciencia neurótica, Filosofía, Psicología, Robótica y Lingüística, entre otras.

El término inteligencia artificial – IA –, que se empezó a utilizar sobre 1956, expresaba que el concepto de inteligencia se extendía más allá del comportamiento humano y animal para abarcar también las operaciones que pueden efectuar los sistemas artificiales, las computaciones de los ordenadores. Desde este origen la IA ha ido produciendo lenguajes para permitir el tratamiento simbólico de secuencias de acciones y de razonamientos. Con el tiempo se han desarrollado estructuras para la modelización de las propiedades de la mente (memoria, asociaciones, a través de *scripts, frames*, etc.). Todo ello ha permitido establecer la base de las simulaciones contemporáneas de los procesos más característicos de la inteligencia humana: percepción, memoria y razonamiento.

IA estudia y desarrolla: la capacidad de los autómatas y robots, con el fin de resolver problemas por medio de procesos afines a los del pensamiento humano y los mecanismos de dotación de facultades propias de la inteligencia humana a los computadores u ordenadores.

Consiste en la incorporación de mecanismos manipulables en la computadora que comprenden el conocimiento de algún tema y los procedimientos necesarios para dar solución o respuesta a los problemas planteados acerca del tema en

---

realiza sus cálculos y dicta su sentencia, incluyendo la pena capital. El software fue desarrollado con el fin de reducir el problema de los jueces corruptos, y hasta ahora ha sido empleado en 1.500 causas judiciales. El desarrollador de este macabro software, Qin Ye, ha trabajado en el desarrollo de este programa desde 2003. El mismo, analiza los datos ingresados y lo compara con una base de datos de legislación y jurisprudencia china. Una vez terminados de analizar los datos, el programa dicta sentencia. Por ahora el programa ha sido usado durante un período piloto de dos años, pero muy pronto será adoptado en el resto del país asiático. Voces críticas a la aplicación de este “juez virtual”, argumentan que el software permitirá a los jueces relajarse y trabajar en causas complejas, que requieren aplicación de criterio y que ninguna máquina lo puede aplicar. Además recalcan que el software, como cualquier otro, puede ser hackeado y alterado dando cualquier clase de sentencia. China aplica la pena de muerte para 68 delitos, que incluyen la bigamia, el robo de combustible, la evasión impositiva y el delito informático. En ese país, el Estado quita la vida a más personas que ningún otro país del mundo, incluso en términos demográficos relativos. En 2005 se documentaron 1.779 ejecuciones en China, pero según Amnistía Internacional la cifra real se acerca a las 8.500 debido al número de ejecuciones sumarias secretas.

<sup>16</sup> Bourcier y Casanovas (2003, p. 51).

discusión. De esta manera, a través de la inteligencia artificial, se proyecta mediante técnicas, la introducción en la computadora del conocimiento y los procedimientos que son necesarios para que al surgir un problema, de la forma más sencilla y natural, se ofrezca una o varias soluciones al respecto.

El encuentro entre la IA y el Derecho ofrece varias posibles lecturas:

- a) Teoría positivista: Visión del Derecho como un sistema de reglas (*system of rules*); Separación entre Derecho y moral; No hay preocupación por los valores de la justicia;
- b) *Mechanical Jurisprudence*: El raciocinio jurídico puede implementarse a través de una estricta deducción lógica;
- c) Realismo Jurídico Americano: Escepticismo respecto a las reglas; Paradigma basado en casos;
- d) *Jurimetrics*: Uso de expresiones matemáticas para representar decisiones judiciales; Análisis estadístico-comportamental de los jueces, como forma de prever futuras decisiones.

Todo ello permite la introducción de métodos matemáticos y estadísticos en la apreciación del raciocinio jurídico simbólico. Asistimos, así, al paradigma del avance tecnológico, de manera que al tiempo que viabiliza una apertura hacia el saber, representa un obstáculo insalvable debido a la cantidad de material y dificultad de acceso al mismo.

Uno de los grandes interrogantes es el de cómo seleccionar la información. De hecho, el desarrollo inicial de la informática jurídica fue en su vertiente documental, facilitando el acceso a la información, optimizando su racionalización. Se han construido diversos modelos para representar el conocimiento de la IA. Modelar un sistema jurídico es reproducir su contenido, estructura y funcionamiento de forma simplificada, sirviéndose de rigurosos métodos científicos.

Se pueden diferenciar diversos modelos de computarización del Derecho a través de las técnicas de la IA:

- a) Normativistas: sistema jurídico como un conjunto ordenado de reglas);<sup>17</sup>
- b) Realistas basado en decisiones: sistema jurídico desde el punto de vista de la solución de casos y se sirve tanto del raciocinio inductivo como analógico (RJA). Pueden diferenciarse entre:
- Inductivos: las prácticas jurídicas consistentes en precedentes serían fuentes inductivas;
  - Deductivos: los estatutos pueden considerarse fuentes jurídicas deductivas;
  - Argumentativos: La verdad jurídica debe ser la búsqueda dentro de la argumentación, del proceso contradictorio de argumentos. Adecuado para capturar la naturaleza dialéctica del proceso argumentativo. Se basa en la construcción de una verdad dentro de un “juego” de argumentos;
  - Basados en la experiencia: bastaría tomar como punto de referencia el patrón de solución de los casos jurídicos (ni uso de reglas ni conocimiento formal para tomar decisiones).

## 2.2 SISTEMAS EXPERTOS JURÍDICOS (SEJ)

Cuando se trata de producir simulaciones en términos del conocimiento de un ámbito específico, hablamos de Sistemas Expertos (SE). Estos sistemas almacenan, ordenan y hacen operativos para el usuario el conocimiento adquirido y elaborado durante tiempo por los especialistas de la disciplina.

---

<sup>17</sup> Un ejemplo de regla de producción jurídica sería la siguiente:

Si se toman cosas y;

- Las cosas son ajenas y;
- No hay el permiso del dueño y;
- Hay ánimo de lucro;
- Entonces será castigado como reo de hurto.

Un SEJ es un programa de ordenador construido/diseñado con la ayuda de un especialista en derecho para solucionar problemas en el área jurídica. Interesaron a los juristas por su capacidad de representar el conocimiento bajo la forma de reglas, y su capacidad de simular funciones como la decisión. Estos programas se desarrollaron con el objetivo de ayudar a resolver, de forma inteligente, los problemas dentro del área jurídica utilizando la pericia de un especialista incorporado a tal programa. Por ejemplo, ayudaría al alcalde de una localidad a escoger el tratamiento de una situación de molestias sonoras, como un centro de ocio nocturno: le proporcionaría un diagnóstico sobre la gravedad de la situación y seguidamente le propondría una solución jurídica compatible con el derecho vigente.<sup>18</sup>

Muchos científicos son de la opinión de que la actividad de juzgar (*legal decision making*) constituye una tarea exclusivamente humana, razón por la cual los SEJ deberían funcionar solamente como programas de auxilio para la toma de decisiones jurídicas y tal vez, deban ser conocidos como “*legal advisory system*” o “*legal decision support system*.”<sup>19</sup>

Cabe diferenciar tres categorías de sistemas informáticos-jurídicos inteligentes:

- a) sistema para el análisis jurídico
- b) sistema para la recuperación de la información jurídica
- c) sistema para la planificación jurídica

---

<sup>18</sup> Tomamos el ejemplo de Bourcier y Casanovas (2003, p. 71): “Los SEJ son las herramientas más utilizadas por los juristas. Los modos de estructuración bajo forma de reglas se adecuan perfectamente a priori al razonamiento jurídico; sin embargo, su modo de razonamiento es a menudo limitado con respecto a los conocimientos que deben representar y a los casos difíciles que pueden serles sometidos.”

<sup>19</sup> El principal problema con el que se ha topado el Derecho en relación a la Informática es que, en un principio, se mantenía la pretensión de una adaptación total de éste a los rígidos esquemas informáticos. Sólo con una estrecha colaboración por parte de ambos sectores se puede lograr que la investigación en este terreno alcance los frutos deseados. Los juristas deben hacer un esfuerzo por depurar, en todo lo posible, el proceso de interpretación y aplicación de la norma, pero sin tener que corregir a cualquier precio los rasgos que le son propios: la textura abierta, la presencia continua de valoraciones, el carácter vago de algunas palabras, la peculiaridad de su orden jerárquico y fundamentalmente su semántica. Es aquí donde los informáticos tienen también que adaptarse a estas peculiaridades propias del lenguaje jurídico para poder crear Sistemas Expertos coherentes y de verdadera ayuda para los juristas.



El SEJ puede basarse:

a) Tanto en reglas: Estos sistemas hacen uso de la fórmula “*si...entonces*” (*if...them*) para representar el conocimiento incorporado en la BC:

- *SI* una boda entre menores se realiza sin el consentimiento de los padres de los menores *ENTONCES* será nula;
- una boda se realizó sin el consentimiento de los padres;
- Por consiguiente, esta boda será nula.

b) Como en casos: asumiendo que los problemas que se asemejan poseen soluciones también semejantes. En nuestro día a día, cuando nos encontramos con un problema, buscamos, aunque inconscientemente, en nuestra experiencia pasada alguna situación que se asemeje con este nuevo caso intentando encontrar puntos comunes que nos ayuden en la toma de decisiones para una solución más idónea. Hay cuatro pasos secuenciales:

- Recuperar los casos más relevantes;
- Reutilizar los casos en el intento de resolver el problema;
- Revisar la solución propuesta si es necesario;
- Conservar la nueva solución como parte de un nuevo caso.

Las posibilidades de aplicación del SEJ son variadas. Podemos citar las siguientes:

a) Sistema de cláusulas de Horn:

- Reglas del tipo “*A si B1 y B 2 y ... B n*”;
- donde cada cláusula tiene exactamente una conclusión;

- y puede o no tener una o más condiciones de la que dependa la validez de la conclusión;<sup>20</sup>
- b) Sistema Hypo: Es un sistema inteligente que intenta resolver un problema analizando el caso presente y procurando similitudes con casos pasados lo que, obviamente, posee bastante afinidad con el uso de precedentes en el raciocinio jurídico. Se aprecia la conveniencia de utilizar sistemas híbridos: así, RBR estaría, en términos generales, más adaptado al país del *civil law*, donde las fuentes legales son primordialmente estatutarias. En cambio, RBC estaría más indicado para los países del *Common Law*, donde la jurisprudencia de casos asume un papel relevante dentro de las fuentes jurídicas y los precedentes tienen un valor equiparado al texto legal;
- c) Trabajos con modelado artificial de la argumentación jurídica: Influidos por las teorías de la filosofía (Habermas, Apel) y por la filosofía del derecho (Alexy, Toulmin, Perelman), algunos autores han orientado sus investigaciones hacia el campo de la argumentación como: Proceso dialéctico; Negociación; Problema de la aceptabilidad y comparación de argumentos; Argumentación probabilística.
- d) Redes neuronales artificiales (RNA): Se basan en la idea de que dentro de una máquina podemos representar el modelo de tratamiento de la información que llevan a cabo nuestras neuronas. La policía, la inspección de hacienda, los bancos y las empresas aseguradoras utilizan estas redes en tratamientos para clasificación de expedientes.

---

<sup>20</sup> VG. Una persona nacida en el Reino Unido debería ser ciudadano británico si en el momento de su nacimiento su padre o su madre era:

- (a) ciudadano británico;
- (b) establecido en el reino Unido se daría de la siguiente forma;
- x es ciudadano británico;
- si x nació en el Reino Unido;
- y x nació en la fecha T;
- y T es después el *commencement*;
- e y es padre o madre de x y ;
- e y es ciudadano británico en la fecha T;
- o y se encuentra establecido en el Reino Unido en la fecha T.

Otro ejemplo, modelar la práctica existente en los tribunales de conceder o no una fianza a alguien acusado de cometer un determinado delito. Para ello, el dominio será limitado para incluir solamente un número limitado de factores relevantes que serán:

- si el delito fue cometido con violencia;
- si el acusado tiene antecedentes delictivos.

Este sistema de fianza se representará a través de una simple RNA donde encontramos: sólo dos entradas (`delito_con_violencia` y `antecedentes_delictivos`) y sólo una salida (`concesión_de_fianza`), utilizando sólo una neurona.

Se plantean diversas cuestiones con respecto a las RNA:

- a) ¿Hasta qué punto la teoría jurídica puede admitir un modelo estadístico para la solución de casos?
- b) El raciocinio jurídico ¿puede ser planteado sólo como una cuestión de cálculos estadísticos?
- c) Los métodos estadísticos que están en el corazón de la RNA, ¿son capaces de abarcar la compleja naturaleza del raciocinio jurídico? Y si la respuesta es afirmativa, ¿Hasta qué punto se compromete la teoría jurídica con una visión esencialmente formalista del derecho?<sup>21</sup>
- d) Otro problema es que las RNA no nos proporcionan una explicación de cómo llegan a una determinada conclusión, lo que en el caso del derecho es especialmente importante.

Pueden destacarse diversas dificultades de los SE para su proyección en el Derecho:

---

<sup>21</sup> Sartor (1998), Sartor (2000a, p. 23-51) y Bourcier (1995, p. 221-232).

- a) El carácter imperativo de las normas jurídicas, que constituyen mandatos que surgen de quien tiene el poder legislativo y no de elaboraciones lógicas;
- b) La interpretación judicial, no tiene un significado automático y/o mecánico, por cuanto las decisiones del juez, se realizan en función de normas que no tienen un significado claro y unívoco, sino pluralidad de sentidos, que se aplican a las situaciones de la realidad social, mientras los Sistemas Expertos (SE) “operan siempre dentro de un modelo lógico, que permite llegar a soluciones fijas e indiscutibles.”

Tanto la IA como los SEJ parten del presupuesto de que es posible apoyarse en una visión neutral de la representación de la realidad (Ciencias naturales como la ingeniería, la física o la biología). Sin embargo, en el Derecho no se trabaja con leyes causales, no hay perspectivas neutras o desinteresadas. El significado de la norma sólo se logra tras un proceso interpretativo. Los valores personales, dimensiones culturales, éticas, sociales y emocionales juegan un papel decisivo. Es la manifestación de la textura abierta (*open texture*) del lenguaje jurídico. ¿Qué implicaciones tiene esto para la formalización simbólica? Entendemos que se puede reducir la incertidumbre del lenguaje, pero no eliminarla completamente.

Por todo ello, actualmente, no podemos considerar la IA y los SEJ más que como sistemas de apoyo y ayuda a la decisión pero no como sustitutivos de la capacidad de valorar y ponderar por parte del órgano judicial.

### 3 A MODO DE CONCLUSIÓN

El diseño de un juez robot o una máquina de decidir o incluso, de un legislador cibernético, sigue siendo una utopía más en la idea de sustituir el gobierno de las personas por el de las máquinas. Como señala Bourcier,<sup>22</sup> la IA, como

---

<sup>22</sup> Bourcier (1995).

rama de la informática, intenta reproducir las funciones cognitivas humanas como el razonamiento, la memoria, el juicio o la decisión, y después, confiar una parte de estas facultades, a los ordenadores. Sin embargo, cabe cuestionarse si la evolución informática ha sido capaz de llegar a representar adecuadamente toda la complejidad que encierra el Derecho y, más concretamente, una decisión jurídica. Un lenguaje formal, ¿puede ser un modelo conceptual lo suficientemente profundo como para representar objetos de una forma flexible y natural, especialmente los conceptos de textura abierta citados por Hart (*open-structured concepts, open texture of language*); ¿Y los conceptos jurídicos indeterminados? ¿y las lagunas jurídicas? A lo que hay que sumar en qué situación queda la protección de datos de carácter personal (LOPROD 15/1999, de 13 de diciembre) de los potenciales acusados (estado civil, situación bancaria, antecedentes penales, propiedades, estudios, y tantos otros aspectos que quedan bajo la cobertura del derecho a la intimidad. La base de datos del ordenador, ¿puede contener toda esa información?

Y queda la prueba de fuego: la valoración de la prueba. Por muy completo que sea el sistema de auxilio a la decisión, tanto técnicamente como jurídicamente, una máquina no puede sustituir la capacidad de apreciación y valoración de la prueba como un ser humano. Tampoco puede motivar la sentencia, como debe hacer un juez. Los SEJ no se limitan a calcular sino que razonan, proporcionando un resultado en el que se ha tenido en cuenta el conjunto del derecho positivo. Pero, ¿el Derecho se reduce exclusivamente a las normas del ordenamiento jurídico? Como ya sostuvo el juez O.Wendel Holmes, una sentencia está impregnada de historia, de teoría del derecho, de sociología, de valores, además de la normativa jurídica. Un SEJ no puede integrar todos estos elementos que resultan imprescindibles para llegar a una decisión.

A los sistemas de auxilio a la decisión siempre se les podrá hacer una crítica como es la de que clasifican la realidad atendiendo a los diseños del diseñador, por lo que los criterios que aplican son los del diseñador del programa. Por ello, el resultado de la decisión estará muy influido por los valores, creencias y convicciones de quien haya diseñado el programa computacional. Por muy bien que conozcan el Derecho y su funcionamiento, por muy objetivos e imparciales que intenten ser en

el diseño de sus programas de auxilio a la decisión, será difícil lograr un resultado impecablemente imparcial y justo.

Como ha subrayado P. Heritier,<sup>23</sup> nos encontramos ante un debate científico y filosófico, “[...] el problema de la hermenéutica telemática”, en el que se funde la filosofía del derecho y la informática jurídica. El propio desarrollo de la telemática, con las complejas cuestiones filosóficas, sociales y jurídicas que lleva aparejadas al emerger del ciberespacio y de la llamada realidad virtual puede constituir un tipo de puente entre la filosofía del derecho y la informática jurídica, dirigido a integrar dos disciplinas tradicionalmente distintas en la didáctica y en la investigación. Ya no se puede seguir pensando en la informática jurídica como disciplina principalmente técnica sino más bien con una significativa aportación crítica, filosófico-jurídica y atenta a la necesaria visión de conjunto, cuyo objeto de discusión abarca muchas temáticas: de la *privacy* a la seguridad informática, de los derechos de autor a la organización empresarial en red, del comercio electrónico a la democracia telemática, del *e-money* al *e-learning*, del proceso telemático a los bancos de datos jurídicos, de la hipertextualidad a la multimedialidad, del *open source* a los agentes inteligentes, y otros más.

La Filosofía del Derecho actual puede aspirar, legítimamente, a convertirse en una disciplina transversal que, a modo de cordón umbilical, atraviesa, nutre e impulsa las demás disciplinas jurídicas. La Filosofía del Derecho del siglo XXI, con todas las aportaciones que puede ofrecer respecto a las teorías de la argumentación, de la ponderación, de la seguridad jurídica, de la hermenéutica y de tantas otras posibilidades que integran su rico contenido temático, está en condiciones de ofrecer unas claves esenciales para que la hermenéutica telemática se desarrolle orientada por un criterio de justicia y de respeto a los derechos humanos. No podemos dejar a la filosofía en el reducido reducto de la metodología jurídica, la lógica jurídica o la ontología jurídica.

---

<sup>23</sup> Heritier (2003, p. 165-166).

## REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, J. Informática jurídica legislativa, teoría general del derecho y técnica legislativa. En: PÉREZ LUÑO, A. E. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.

AIBAR, E. Inteligencia artificial y sistemas expertos: nuevas perspectivas y viejos dogmas sobre el conocimiento. *Arbor*, n. 557, p. 69-92, 1992.

ALFA REDI. *Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2010. Disponible <<http://www.alfa-redi.org>>. Acceso: 25 mar. 2011.

BARRAGÁN, J. *Informática y decisión jurídica*. México: Fontamara, 1994.

BOURCIER, D. *La decision artificielle: le droit, la machine et l'humain*. Paris: PUF, 1995.

BOURCIER, D.; CASANOVAS, P. (Ed.). *Inteligencia artificial y derecho*. Barcelona: UOC, 2003.

CASTELLS, M. *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. La sociedad red*, México, v. 1, siglo 21, 2000.

CUADRADO GAMARRA, N. Inteligencia artificial y Derecho: ¿un encuentro posible? *Barzallo*, 2011. Disponible: <[http://barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/inform\\_tica%20legal/DocPDF/Cuadrado%20Gamarr,%20Nuria.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informa.pdf](http://barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/inform_tica%20legal/DocPDF/Cuadrado%20Gamarr,%20Nuria.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informa.pdf)>. Acceso: 25 mar. 2011.

CUENA, J. *Introducción general a la Inteligencia Artificial, en Inteligencia Artificial y Sistemas Expertos*. Madrid: Alianza editorial, 1986.

FAMELI, E. Il ruolo dell'intelligenza artificiale nei sistemi informativi giuridici: tendenze problemi e prospettive. *Informatica e diritto*, n.1-3, p. 5-26, 1991.

FROSINI, V. *Cibernética, Derecho y Sociedad*. Traducción A. Salguero y R. Soriano. Madrid: Tecnos, 1978.

GALINDO, F. *Derecho e informática*. Madrid: La ley, 1998.

GRAUBAND, S. R. (Comp.). *El nuevo debate sobre la inteligencia artificial, sistemas simbólicos y redes neuronales*. Barcelona: Gedisa, 1993.

HERITIER, P. La rete fra il testo e il Diritto verso un'ermeneutica figurale? En: PAGALLO, U. (Ed.). *Prolegomeni d'informatica giuridica*. Milán: CEDAM, 2003.

IGARTUA SALAVERRIA, J. La motivación de las sentencias. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 31, p. 143-157, 1991.

LOSANO, M. *Curso de Informática Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.

LOSANO, M. *La informática y análisis de los procedimientos jurídicos*. Traducción A. Elvira. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NAVARRO, J. A favor de Internet... y de la 'ley Sinde'. *El País.com*. 2011. Disponible: <[http://elpais.com/artículo/opinión/favor/Internet/ley/sinde/elpepio-pi/20110127\\_12/Tes?print=1](http://elpais.com/artículo/opinión/favor/Internet/ley/sinde/elpepio-pi/20110127_12/Tes?print=1)>. Acceso: 25 mar. 2011.

PÉREZ-LUÑO, A.E. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

PÉREZ-LUÑO, A. E. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*. Madrid: Fundesco, 1987.

ROLSTON, D.W. *Principios de inteligencia artificial y sistemas expertos*. Bogotá: McGraw-Hill, 1990.

SARTOR, G. Il linguaggi (e i sistema) informatici e linguaggio giuridico. *Rivista del Notariato*, n. 5, p. 825-859, 1998.

SARTOR, G. L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 23-51, 2000a.


SARTOR, G. Una nuova logica giuridica per l'argomentazione telematica? *Scrittura e Diritto. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 190-191, 2000b.



SARTOR, G. L'inteziionalità dei sistema informatici e il diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 23-51, 2002.

STRANGAS, J. Las relaciones entre la Informática y los fines de la Filosofía del Derecho. Traducción C. Alarcón Cabrera. *Informática y Derecho*, n. 8, p. 185-204, 1995.





**CAPÍTULO II  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES CIVILES  
Y SOCIALES Y NUEVAS  
TECNOLOGÍAS**



# BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Narciso Leandro Xavier Baez\*

Eraldo Concenção\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a inteligência humana tem produzido inventos que facilitam a comunicação rápida e a vida em sociedade. As máquinas e os equipamentos estão cada vez mais complexos e digitais, proporcionando melhores condições de vida, conforto e bem-estar. Os meios de transporte e de comunicação são rápidos e modernos. Foi-se o tempo dos equipamentos simples e das cartas escritas manualmente. Vieram os computadores, a internet, os correios eletrônicos, os carros velozes, os aviões. A vida mudou, fazendo surgir, no final do século XX, a sociedade da informação, que coincidentemente (ou não) veio com a globalização.

Nesse tipo de sociedade, as informações são incontáveis, sendo amplo o uso de tecnologias do conhecimento e da comunicação, de modo a promover a interação entre pessoas e instituições. Trata-se de um processo contínuo e em permanente construção.

Os avanços da tecnologia e os problemas dela decorrentes têm originado inúmeras discussões. Se, por um lado, impulsionam a geração de riquezas e melhoram a qualidade de vida; por outro, também causam poluição e interferem nas relações pessoais, nem sempre de forma positiva.

---

\* Pós-doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Coordenador Acadêmico-científico do Centro de Excelência em Direito e do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz Federal da Justiça Federal desde 1996; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; narciso.baez@gmail.com

\*\* Especialista em Direito Previdenciário pela LFG; Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; econcenco.adv@hotmail.com

Em todos os aspectos da vida, as mudanças são imensas, sendo necessário aprender a lidar com elas. As pessoas tornam-se conhecidas com muito mais facilidade e rapidez do que no passado. As produções literárias, em meio impresso e, principalmente, digital, são inúmeras.

A vida das pessoas públicas, e até das anônimas, é constantemente veiculada nos meios de comunicação, despertando o interesse dos expectadores. As obras biográficas, em especial as não autorizadas, têm despertado a atenção, não somente no Brasil, mas no mundo, pois inúmeras personalidades, sobretudo, artistas e políticos, têm suas vidas privadas expostas e publicadas.

Essa nova realidade faz surgir a dúvida de se a concepção de intimidade e privacidade, tal qual assegurada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. X, teria sofrido alteração em seu espectro de abrangência, em face dos novos paradigmas trazidos pela sociedade da informação.

O objetivo deste estudo foi o de discutir esse polêmico assunto, buscando-se compreender se a publicação de biografias não autorizadas pode ou não acarretar a violação do direito à privacidade.

Para tanto, este estudo foi estruturado em três partes. Inicialmente, apresentam-se aspectos conceituais e características fundamentais da sociedade da informação. Após, aborda-se a problemática da publicação de biografias não autorizadas. E, por fim, analisam-se os limites que devem ser observados por esse tipo de biografia, em decorrência do direito à privacidade, utilizando-se como parâmetro alguns *leading cases* discutidos em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

## **2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

Ao longo dos tempos, o homem tem produzido inventos que o auxiliam no dia a dia, sejam ferramentas simples, como uma pá, bolsa ou faca, sejam máquinas complexas, como o motor à combustão, equipamentos de radiografia e ultrassonografia, computadores e tantos outros. De todas as suas criações, muitas

têm proporcionado melhores condições de vida, conforto e bem-estar. Por outro lado, também produzem resultados não desejados ou esperados e prejudiciais, inclusive, podendo destruir-lhe a própria vida. Como exemplos, citam-se os meios de transporte, que muito têm facilitado a locomoção, mas que, ao mesmo tempo, geram poluição e provocam doenças, desemprego e mortes decorrentes, também, de acidentes.

A comunicação sempre foi empregada pelo homem, ainda que em diferentes escalas. Ao longo da história, diversos meios e equipamentos dessa natureza têm sido criados, como linguagem, sinais, desenhos, escrita, entre outros.<sup>1</sup> De certo modo, essa realidade alterou e aperfeiçoou os padrões de convivência em sociedade. Contudo, em determinado momento, não foram mais suficientes. Então, buscaram-se instrumentos capazes de ampliá-los, como o telégrafo, os telefones, o rádio, a televisão, os computadores e a internet. Nesse sentido, o emprego da tecnologia foi de fundamental importância, inclusive para o surgimento da denominada sociedade da informação.

Gouveia e Gaio<sup>2</sup> definem essa sociedade como aquela que troca informações utilizando tecnologias relacionadas ao conhecimento e à comunicação em meio digital, as quais devem ser suficientes para promover a interação entre indivíduos e instituições, em um processo contínuo e em permanente construção.

Como a sociedade não é estática, sofre constantes mudanças. Todos os dias, novas tecnologias que prometem facilitar a vida do homem são apresentadas. Considerável parte delas está relacionada à informática e à comunicação.

Os avanços e os problemas da tecnologia, bem como a sua importância para a sociedade atual, têm sido objeto de inúmeras discussões. A produção do conhecimento exerce papel fundamental no desenvolvimento econômico-social e também na geração de riquezas e qualidade de vida.<sup>3</sup> Objetiva-se que todos tenham acesso à informação e ao conhecimento. Por isso, pode-se afirmar que tais tecnolo-

---

<sup>1</sup> Aldazabal (2005).

<sup>2</sup> Gouveia e Gaio (2004).

<sup>3</sup> Castells (2002).

gias constituem instrumentos imprescindíveis nas relações pessoais e profissionais.<sup>4</sup> Entretanto, não se pode esquecer que as diferenças sociais existem. Enquanto para alguns o acesso aos meios tecnológicos é amplo, para outros é inacessível.<sup>5</sup> Há ainda situações em que, mesmo estando disponíveis, os recursos financeiros são insuficientes para adquiri-los. Por outro lado, essa realidade pode ser inversa quando a capacidade financeira e econômica é suficiente para o acesso, mas sua disponibilidade inexistente.

Já havia mencionado Arendt,<sup>6</sup> “Se somos capazes de perceber a natureza e a história como sistema, é porque somos capazes de agir [...]” Em muitas sociedades, o uso da informática tornou-se de vital importância. Até algumas décadas atrás, saber ler, escrever, interpretar textos e realizar cálculos matemáticos era imprescindível para aqueles que pretendiam a inserção no mercado de trabalho. No entanto, esse cenário vem sofrendo drásticas mudanças. Atualmente, são requisitos necessários formação profissional ampla e especializada, ideais empreendedores, criatividade, conhecimento de, no mínimo, mais de um idioma, além do falado no país de origem, e tantos outros. Para isso, é importante, cada vez mais, saber lidar com as novas tecnologias de comunicação e informação.<sup>7</sup> Nesse contexto, verifica-se o empenho pela busca contínua de soluções mais complexas, capazes de proporcionar o amplo acesso à informação, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento do conceito de sociedade do conhecimento. Nesse sentido, Negroponte,<sup>8</sup> economista norte-americano, criou o programa *One Laptop Per Child* (um *laptop* por criança), cuja finalidade é a inclusão digital de crianças de países em desenvolvimento, como a Nigéria, o Perú, a China, a Tailândia, o Egito, entre outros. A ideia de Negroponte é a produção de computadores portáteis de baixo custo, capazes de se conectarem com a internet sem a necessidade de cabos, proporcionando, além da inclusão digital, educação de

---

<sup>4</sup> Castells (2002).

<sup>5</sup> *One Laptop Per Child* (2014).

<sup>6</sup> Arendt (2007).

<sup>7</sup> Negroponte (1995).

<sup>8</sup> *One Laptop Per Child* (2014).



melhor qualidade. Seu projeto tem sido apoiado por mais de uma centena de empresas do ramo da informática e entretenimento.

O mercado de trabalho, incluindo indústria, comércio e serviços, está se tornando cada vez mais competitivo. Para que todos tenham acesso aos meios de produção, geradores de renda, e, conseqüentemente, de qualidade de vida, é necessário estar em condições de competir e assumir os postos de trabalho oferecidos.<sup>9</sup> Assim, a sociedade da informação assume, paulatinamente, papel fundamental na escola e na formação dos cidadãos.

Entretanto, é necessário destacar não apenas os aspectos positivos que essa sociedade proporciona, mas também os negativos. Com o avanço da tecnologia, em muitas situações, o homem é substituído por máquinas, a exemplo dos robôs empregados, principalmente, nos setores automobilístico e cerâmico, o que gera desemprego. É preciso compreender, também, o deslocamento do trabalho, da operação de máquinas para a sua criação e funcionamento. Além disso, ao terem acesso à rede cibernética, muitas pessoas acabam sendo vítimas de crimes e tendo sua intimidade e privacidade invadidas.

Em todos os aspectos da vida, as mudanças produzidas pela tecnologia da informação são relevantes, sendo necessário aprender a manuseá-la. Há facilidade em expor a vida pessoal e pública, em editar livros, revistas, jornais e outros. As produções literárias, na forma impressa e digital, são incontáveis. As digitais estão em franco crescimento, em razão dos avanços e da disponibilidade dos meios tecnológicos.

A vida das celebridades, e até de indivíduos comuns, é constantemente exposta, principalmente, na televisão e na internet, despertando o interesse das pessoas. As obras biográficas, autorizadas ou não, despertam a atenção. Inúmeras personalidades, sobretudo artistas e políticos, já foram alvo desse tipo de publicação, gerando diversas discussões sobre os limites de proteção da vida privada.

---

<sup>9</sup> Castells (2002).

### 3 BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Para entender o que é uma biografia não autorizada, primeiramente, faz-se necessário conceituar o referido termo. Segundo Vilas Boas,<sup>10</sup> biografia “[...] é a compilação de uma (ou várias) vida(s). Pode ser impressa em papel, mas outros meios, como cinema, a televisão e o teatro podem acolhê-las bastante bem.” Etimologicamente, é composta das palavras de origem grega *bios* (*vida*) e *graphein* (*escrever*). Assim, *biografia* significa *escrever sobre a vida de alguém* ou a descrição da vida de uma pessoa.

Consiste na narração escrita dos principais fatos e trajetória da vida de um indivíduo, apresentando informações, incluindo nomes, locais e datas, podendo também conter fotos e documentos que os comprovem. Pode descrever a vida do biografado, do nascimento à morte. Há ainda as autobiografias, narradas pelo próprio biografado, normalmente, escritas na primeira pessoa.

Enquanto gênero literário, a biografia é um texto narrativo e expositivo, redigido na terceira pessoa e, na maioria das vezes, tem como protagonista um sujeito público e famoso. Segundo Eco,<sup>11</sup> para identificar se um texto ou obra são literários, é necessário analisar a existência da tríade de intenções do autor, do próprio texto e do leitor. Salienta o linguista que a natureza sistêmica do texto literário apresenta interligação entre os fatos, tendo como objetivo a comunicação e pressupondo relações externas ao indivíduo. Os escritos que atendem aos requisitos destacados são classificados como obras literárias. Assim, não se pode negar que as biografias são obras do gênero literário.

O grau de subjetividade empregado em uma produção biográfica é relevante, pois fica sob a responsabilidade do biógrafo, que pode não expressar estri-

---

<sup>10</sup> Vilas Boas (2002, p. 18).

<sup>11</sup> Eco (1995, p. 10).

tamente os fatos em sua essência. Assim, esse tipo de obra pode oferecer, de forma intencional ou não, riscos à honra, à privacidade e à imagem do biografado.

As obras biográficas despertam muita atenção no Brasil, pois inúmeras personalidades brasileiras já tiveram suas vidas relatadas. A partir da década de 1930, foram escritas biografias de Antônio da Silva Jardim, em 1936, por Dornas Filho,<sup>12</sup> intitulada *Silva Jardim de Frei Caneca*; intitulada *A gloriosa sotaína do primeiro Império: Frei Caneca*, por Brito, em 1937;<sup>13</sup> ambas publicadas pela Editora Brasiliense. Em 1940, Serrano escreveu a biografia do filósofo cearense Raymundo de Farias Brito, *O homem e a obra*.<sup>14</sup> Após, outras desse gênero foram escritas, entretanto, uma das mais relevantes, talvez por se tratar de uma celebridade conhecida internacionalmente, foi a obra intitulada *O ABC de Carmen Miranda*,<sup>15</sup> escrita pela jornalista Dulce Damasceno de Brito, publicada pela Companhia Editora Nacional, em 1986.

Diversas biografias têm sido a razão de contendas judiciais, haja vista que, por vezes, os biografados, seus herdeiros ou outras pessoas citadas na obra se sentem ofendidas com os escritos. Em muitos casos, o desagravo ocorreu mediante reparação moral, proibição de veiculação da obra ou parte dela, sob a alegação de invasão da intimidade e da privacidade. Como exemplo, citam-se as biografias de Manuel Francisco dos Santos,<sup>16</sup> *Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha*, escrita por Ruy Castro (Companhia das Letras, 1995); de Virgulo Ferreira da Silva,<sup>17</sup> *Lampião – o mata sete*; e a obra intitulada *Sinfonia de Minas Gerais – A vida e a literatura de João Guimarães Rosa*,<sup>18</sup> escrita por Alaor Barbosa (LGE Editora, 2008).

---

<sup>12</sup> Dornas Filho (1936).

<sup>13</sup> Brito (1937).

<sup>14</sup> Serrano (1940) e Carvalho (1935).

<sup>15</sup> Brito (1968).

<sup>16</sup> Brasil (2006).

<sup>17</sup> Sergipe (2014).

<sup>18</sup> Rio de Janeiro (2014).

Todavia, as questões mais polêmicas têm surgido nas situações de biografias não autorizadas, as quais se proliferam cada vez mais, em face da ausência de previsão legal que exija pré-autorização para a sua produção.

Nessa discussão, aqueles que se sentem lesados com a publicação sustentam a violação da intimidade e da vida privada, asseguradas no art. 5º, inc. X da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e nos arts. 20 e 21 do Código Civil.<sup>19</sup> Para ilustrar essa situação, vale registrar as interpelações judiciais de biografias não autorizadas de Raul Seixas, João Guimarães Rosa, Manuel Carneiro de Sousa Bandeira Filho, Agenor Miranda Araújo Neto (Cazuza), Anderson Spider da Silva, Washington Olivetto, Javier Llussá e Gabriel Zellmeister, Celso Lafer, João Goulart, entre outros.<sup>20</sup> Mais recentemente, uma das biografias não autorizadas que gerou muita polêmica foi a do cantor Roberto Carlos Braga, escrita por Paulo César Araújo.

Roberto Carlos sentiu-se ofendido moralmente e entendeu que o autor havia invadido sua intimidade e sua vida privada. Por isso, ingressou com ação judicial, requerendo, além de indenizações por danos morais e materiais, proibição de circulação e recolhimento dos exemplares. O pedido foi concedido pelo juiz Maurício Chaves de Souza Lima, da 20ª Vara Cível da Comarca da Capital (RJ), nos autos 2007.001.006607-2. O magistrado entendeu que o autor ultrapassou os limites da liberdade de expressão, invadindo a privacidade e causando ofensas morais ao biografado. Fundamentou sua decisão nos arts. 5º, inc. X, da CF/88, e 20, do Código Civil.<sup>21</sup>

O posicionamento do Judiciário, na mencionada lide, provocou descontentamento de jornalistas, editoras, escritores, juristas, associações, fundações e ór-

---

<sup>19</sup> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>20</sup> O Globo Cultura (2015).

<sup>21</sup> Informações retiradas do Livro *O Réu e o Rei – minha história com Roberto Carlos em detalhes*, em que o escritor apresentada toda a trajetória jurídica, inclusive comentários e descrições dos processos movidos por Roberto (ARAÚJO, 2014, p. 237-321).

gãos de classes profissionais. Em julho de 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4.815/2012) no Supremo Tribunal Federal, alegando inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil, por incompatibilidade com os art. 5º, incs. VI, IX e XIV da CF/88.

A raiz da contenda entre biografado e biógrafo baseia-se no conflito entre dois princípios constitucionais, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Se, por um lado, os autores têm direito ao exercício livre da profissão e a não terem sua expressão censurada, os biografados também têm direito de preservar sua privacidade, intimidade, honra e imagem.

#### 4 DIREITO À PRIVACIDADE

Ao longo da história, os direitos do ser humano foram denominados naturais, individuais, do homem e do cidadão, fundamentais e essenciais. Os fundamentais servem de base para outros direitos e são garantidos por lei, normalmente em textos constitucionais. Já os essenciais são inerentes a todos os indivíduos, sendo permanentes e invariáveis.<sup>22</sup>

Os primeiros registros de positivação dos direitos do homem ocorreram, na história ocidental, entre 1250 e 1210 a.C. Esse foi o período em que os hebreus saíram do Egito, onde viviam como escravos, e, sob o comando de Moisés, foram para Canaã. Logo após a saída do Egito, no Monte Horebe, na Península do Sinai, Moisés recebeu as tábuas dos Dez Mandamentos, escritos “pelo dedo de Deus” e, posteriormente, reescritos por Moisés.<sup>23</sup> Depois, o Código foi ampliado para cerca de 613 leis, comumente chamado de Lei Mosaica ou *Toráh*, pelos judeus.<sup>24</sup> Essas leis

<sup>22</sup> Mori (2004, p. 16).

<sup>23</sup> Bíblia de Estudos Almeida (2006, p. 78-80, 100-102).

<sup>24</sup> *Torá* (ou *toráh*) significa instrução, apontamento, ensino, doutrina, lei. Também é chamado de “Lei de Moisés” e se refere ao compêndio das 613 leis judaicas que se encontram no Pentateuco (os cinco primeiros livros da Bíblia escritos por Moisés) (CENTRO APOLOGÉTICO CRISTÃO DE PESQUISAS, 2015).

tinham como foco a preocupação com a proteção do homem, incluindo o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à individualidade, entre outros. Já na idade média, destaca-se a Constituição francesa de 1215, importante para o desenvolvimento de liberdades públicas e para a elaboração das declarações dos direitos humanos.<sup>25</sup> Nos Estados Unidos, duas Declarações, a da Independência da Nação americana<sup>26</sup> e a do Estado da Virgínia,<sup>27</sup> ambas de 1776, são consideradas paradigmas no processo de positivação dos direitos do homem.

A Declaração de Independência foi escrita por Thomas Jefferson. Do texto, destaca: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”<sup>28</sup>

O art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia enaltece os homens como livres e independentes, com direitos inatos, destacando “[...] o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.” Quanto a publicações, determinava: “XII – Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”<sup>29</sup>

Na França, em 1789, foi aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Em seu preâmbulo, há menção à ignorância, ao esquecimento e ao desprezo quanto aos direitos do homem, atribuindo a isso a causa da corrupção dos governos e dos problemas públicos. Os direitos ali grafados foram definidos como naturais, inalienáveis e sagrados. Esse documento possui 17 artigos, entre os quais se destacam o 4º e o 11º. O primeiro define liberdade para o exercício dos direitos naturais, desde que o próximo não seja prejudicado, e estabelece que os limites para isso somente podem ser determinados em lei. O 11º aponta a livre comunicação de ideias e opiniões como um dos mais preciosos direitos.

---

<sup>25</sup> The Magna Carta (2014).

<sup>26</sup> Becchi (2007, p. 196).

<sup>27</sup> Becchi (2008, p. 197).

<sup>28</sup> Jefferson (2014).

<sup>29</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP (2014a).

O texto continua afirmando que “Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.”<sup>30</sup>

Essa Declaração influenciou o comportamento dos povos europeus, e os direitos nela previstos foram contemplados por constituições de outros países, principalmente europeus. Mori<sup>31</sup> lembra que por meio dessas declarações e constituições, os direitos humanos, que até então consistiam em reivindicações políticas, tornaram-se normas jurídicas. Desde então, esses direitos, quando positivados nas normas internas de um país, são denominados fundamentais, e quando presentes em documentos internacionais, direitos humanos.

Ao definir direitos humanos, Bobbio afirma que “[...] são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização.”<sup>32</sup> Também menciona que o constitucionalismo tem, na Declaração desses direitos, um dos pilares centrais de desenvolvimento e conquistas, que consagram as vitórias do cidadão sobre o poder. Classificam-se em civis, políticos e sociais, os quais, para serem assegurados de forma consistente, devem estar interligados. Assim, é correto afirmar que constituem um conjunto de direitos e garantias positivados na Constituição e um Estado cujo objetivo é assegurar respeito à dignidade humana, sendo esta o centro para o qual convergem os direitos fundamentais.<sup>33</sup> Silva<sup>34</sup> o define como valor supremo.

Mori<sup>35</sup> destaca que, em consequência da consagração da dignidade da pessoa humana como direito, emergiram, entre outros, o direito à intimidade, à honra, à imagem e à privacidade. Dessa forma, não se pode olvidar que há estreita relação entre os direitos humanos e a proteção à vida privada.

---

<sup>30</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP (2014b).

<sup>31</sup> Mori (2004, p. 17).

<sup>32</sup> Bobbio (1992, p.17).

<sup>33</sup> Bobbio (1995, p. 353-354).

<sup>34</sup> Silva (1997, p. 106).

<sup>35</sup> Mori (2004, p. 20).

A concepção de intimidade como direito e a necessidade de seu abrigo estão diretamente relacionadas ao surgimento da burguesia como classe social, a qual foi impulsionada por condições sociais e econômicas privilegiadas.<sup>36</sup> A defesa do direito à privacidade tornou-se um traço da cultura dessa classe, ganhando consistência no século XIX.<sup>37</sup>

Não se sabe, ao certo, quando o Judiciário acolheu o primeiro caso de defesa da vida privada, mas é comum a citação de um julgamento ocorrido na França, no Tribunal Civil do Sena, em junho de 1858, quando foi determinado o recolhimento de desenhos e provas fotográficas, que retratavam uma artista em seu leito de morte. Os retratos foram tirados para atender à vontade da própria moribunda e o fotógrafo foi contratado por sua irmã. No entanto, em razão da grande exposição e comercialização por determinado estabelecimento, a Justiça foi acionada. Em sua decisão, o Tribunal francês fez distinção entre vida privada e pública e defendeu que uma pessoa, por mais notória e célebre que tenha sido em vida, tem o direito de morrer em silêncio, sem exposição, a menos que a família autorize formalmente.<sup>38</sup>

A privacidade como direito ganhou expressão nos Estados Unidos com a publicação do artigo *The right to privacy*, pela Harvard Law Review, de autoria de dois advogados Warren e Brandeis. Warren era casado com a filha de um conhecido político americano e, além de advogado, era industrial e frequentava a alta sociedade de Boston. Por ser uma personalidade conhecida, tinha sua vida privada constantemente exposta na imprensa local, o que o motivou a escrever e divulgar o artigo, que se tornou referência sobre o assunto e base doutrinária para outros escritos e decisões judiciais em defesa da intimidade. Iniciou-se, então, o conflito entre o direito à informação e à privacidade.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Mori (2004, p. 13).

<sup>37</sup> Aicta (1999, p. 3).

<sup>38</sup> Fernandes (1977).

<sup>39</sup> Aicta (1999, p. 81).



Para que os indivíduos possam conviver em sociedade, de forma harmônica, direitos e deveres devem ser observados. Isso pressupõe a própria liberdade e o respeito à dos demais. Desde que não interfira no direito alheio, o indivíduo possui a liberdade de escolher a forma de viver, o que inclui o direito de ser deixado em paz, sem sofrer interferências dos demais indivíduos ou prestar contas sobre suas escolhas.

Assim, o direito à privacidade pode ser definido como prerrogativa que a pessoa tem de controlar sua própria exposição e a disponibilização de informações pessoais, bem como sua restrição a terceiros. Podem estar relacionadas à intimidade, trabalho, família, opção sexual, religiosa, entre outras.

## 5 POSITUAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NO BRASIL

O direito à privacidade está consolidado na Carta Magna brasileira, aprovada em 1988, a qual expressa em seu art. 5º, inc. X, “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Antes de 1988, esse direito não estava previsto de forma expressa. Havia uma proteção implícita nos textos constitucionais.

A Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 1824, no art. 179, incs. VII e XXVII, protegia a inviolabilidade do domicílio e das correspondências. O Texto Constitucional determinava a casa de todo cidadão como asilo inviolável. Adentrá-la no período noturno somente era possível com o seu consentimento, a menos que fosse para defendê-la de incêndio ou inundação. Durante o dia, somente por determinação prevista em lei. Da mesma forma, as cartas não poderiam ser violadas, sendo responsabilidade da administração do Correio assegurar a não violação.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Brasil (1824).

Portanto, nesse período, a privacidade era agasalhada no que se refere às correspondências e ao domicílio, mas nada estava previsto quanto às publicações ou outras formas de exposição da intimidade.

As Constituições de 1891, 1934 e 1937 repetiram o conteúdo da Constituição de 1824, limitando-se a proteger o domicílio e as cartas. Isso também ocorreu com a Constituição de 1946, que resgatou o regime democrático, mas não ampliou esses direitos.

Em 1967, a Constituição ampliou a tutela da intimidade, garantindo sigilo às ligações telefônicas e telegráficas e, por meio de sua Emenda n. 1, de 1969, no art. 153, determinou a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Foi somente em 1988 que o Texto Constitucional explicitamente tutelou o direito à intimidade, sob o Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Mori<sup>41</sup> destaca que “[...] o direito à intimidade passou a gozar de um regime jurídico especial. Assim, passou a ter garantia de ‘cláusulas pétreas’<sup>42</sup> (CF, art. 60, § 4º, IV); aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º).”

De acordo com o art. 60 da CF/88, é possível alterar o Texto Constitucional por meio de emendas. Entretanto, o parágrafo 4º e seus incs. estabelecem restrições à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação entre os Poderes; e, aos direitos e garantias individuais.

Portanto, está vedada a abolição dos direitos e garantias individuais do Texto Constitucional. Já os direitos de resposta; inviolabilidade do domicílio, das comunicações escritas e faladas; proteção dos direitos autorais e de propriedade; liberdade de expressão, de pensamento e crença; de acesso à retificação das informações

---

<sup>41</sup> Mori (2004, p. 24).

<sup>42</sup> Refere-se a “petrificação” de determinados assuntos, tornando-os insuscetíveis de serem excluídos da órbita constitucional e funcionam como uma espécie de verdadeira barreira para a reforma dos conteúdos que compõem o núcleo da Constituição Federal. Como exemplo, cita-se o direito à vida, que constitui um dos direitos basilares na ordem constitucional brasileira, apenas podendo ser abolido por meio da elaboração de uma nova Constituição.

personais, além de outros, constituem formas indiretas de proteção da vida privada, todos consagrados na Constituição Federal de 1988.

O direito à privacidade encontra-se positivado no art. 5º, inc. X da Lei Maior. Mas também está previsto nas leis infraconstitucionais, como é o caso dos arts. 20 e 21 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002<sup>43</sup>), que impõem restrições à transmissão ou divulgação de conteúdos que causam prejuízo à honra, à imagem e à privacidade. A requerimento da parte, podem ser tomadas medidas cessantes de ato contrário aos mencionados dispositivos.

Da mesma forma, os arts. 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90<sup>44</sup>) asseguram proteção às informações de consumidores e fornecedores, prevendo, inclusive, a imediata alteração de informações incorretas. Os arts. 72 e 73 estabelecem penalidades para aqueles que descumprirem o estabelecido pelo código consumerista.

A Lei n. 9.269/96,<sup>45</sup> que regulamenta a parte final do inc. XII do art. 5º da CF/88, assegura sigilo das comunicações e estabelece como e em quais situações poderão ser realizadas as interceptações telefônicas. O parágrafo único do art. 1º estende a proteção às informações dos sistemas de informática e telemáticos, protegendo a privacidade de quem as utiliza.

Não se pode deixar de mencionar, também, a importância do Código Penal (Lei n. 2.848/40<sup>46</sup>), que prevê punições para aqueles que praticarem atos que lesem o mencionado direito. Além de punir o ofensor, as penas buscam, também, coibir a reincidência.

Os arts. 150 a 154 versam sobre a violação de domicílio; correspondência pessoal e comercial; informações comerciais; divulgação de segredos; exposição de segredos comerciais e profissionais; e invasão e violação de dados contidos no sistema de informática. O art. 313-A trata de penalidade específica a funcionários públi-

---

<sup>43</sup> Brasil (2002).

<sup>44</sup> Brasil (1990).

<sup>45</sup> Brasil (1996).

<sup>46</sup> Brasil (1940).

cos que insiram dados falsos ou excluam dados verdadeiros do sistema de informação dos bancos de dados, mediante vantagem econômica. Da mesma forma, o art. 313-B prevê punição àqueles que danifiquem ou alterem programas de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Portanto, verifica-se que o direito à privacidade é respaldado pela Carta Magna brasileira e também pela legislação infraconstitucional, como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 9.269/96 (que dispõe sobre interceptação telefônica), entre outras leis. Também, o Código Penal é aplicável, estabelecendo penalidades àqueles que praticam atos de violação à vida privada.

## **6 DIREITO À PRIVACIDADE NO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Além dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, é importante conhecer o posicionamento que as cortes superiores vêm adotando em relação ao direito à privacidade. Muitas das contendas envolvendo a produção biográfica são resolvidas em acordos entre as partes nos primeiro e segundo grau de jurisdição, não chegando, na maioria dos casos, à apreciação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, as mencionadas Cortes já se manifestaram sobre temas que possuem relação com os direitos à privacidade e à intimidade, pleiteados, com frequência, pelos biografados.

No Recurso Especial<sup>47</sup> n. 1.258.389/PB, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Município de João Pessoa pleiteava indenização por danos morais em face da Rádio e Televisão Paraíba Ltda. A alegação era de que esta havia ofendido a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade do Ente Municipal, cujos direitos estariam previstos nos incs. V e X do art. 5º da CF/88.

---

<sup>47</sup> Brasil (2014a).

Em seu voto, o Relator Ministro Luiz Felipe Salomão argumentou que tanto a liberdade de expressão quanto a de manifestação de pensamento possuem seus limites. A mera veiculação pela imprensa de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência, por si só, não são capazes de produzir ofensa moral ao recorrido. Além do mais, o jornalista apenas difundiu fato já noticiado por outras emissoras. O Relator também mencionou que se tratava de uma clarividente colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada).

O jornalista tem o direito e o dever de informar à sociedade os eventos de interesse público, os quais são de suma importância para assegurar a própria democracia. O recorrido teria, sim, direito a pleito indenizatório se a notícia fosse caluniosa, difamatória ou injuriosa, tendo como único objetivo atingir a vítima, mas não foi o ocorrido no presente caso. Por unanimidade, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso.

Outro *decisum* relativo ao tema, também apreciado pelo STJ, é o Mandado de Segurança n. 19.239/DF,<sup>48</sup> no qual uma policial rodoviária federal, flagrada liberando veículo irregular mediante pagamento de propina, requeria a anulação do processo administrativo e a reintegração ao cargo. Alegou que a prova (filmagem) que comprovava o ato ilícito era inválida, pois invadiu a sua privacidade.

Em seu voto, o Relator entendeu que a ação da impetrante incidiu nos arts. 117, inc. IX, e 132, incs. IV e XI, ambos da Lei n. 8.112/90, estando, portanto, a ato administrativo dotado de legalidade. Salientou que a filmagem, realizada em via pública, não representava qualquer violação à intimidade ou privacidade da autora. O Relator, Humberto Martins, assim como os demais Ministros, negou o pedido da impetrante.

Já, no Recurso Especial n. 1.331.098/GO,<sup>49</sup> o Deputado Federal Sandro Antônio Scodro ingressou com ação contra a empresa Globo Comunicações e Par-

---

<sup>48</sup> Brasil (2014a).

<sup>49</sup> Brasil (2014b).

ticipações S.A., pleiteando danos morais por ter, a emissora, veiculado matéria jornalística acusando-o indevidamente de participar de diversos escândalos, entre os quais, o esquema do “mensalão”. O Deputado argumentou que foi o único absolvido de todas as acusações pelo Comitê de Ética da Câmara dos Deputados, ainda em 2005, e que somente em 2006, um ano depois, a matéria foi veiculada, caracterizando a má-fé da emissora. Requereu indenização por danos morais com base no art. 5º, inc. X, da CF/88 (honra e imagem).

No julgamento, os Ministros entenderam que tanto a atividade de informação e a liberdade de expressão quanto a imagem, a honra, a intimidade e a privacidade gozam da proteção constitucional. Entretanto, nenhum dos direitos é absoluto. Para que seja preservada a dignidade da pessoa humana, ambos encontram limites no Estado Democrático de Direito.

Os Magistrados decidiram que as garantias individuais não excluem o direito à informação e à liberdade de expressão, mas impõe-lhes limites. Não foi a notícia em si que gerou o dano ao Deputado, mas a forma pela qual foi apresentada. O jornalista ultrapassou os limites do direito à informação e atribuiu qualidades negativas e injuriosas ao Deputado, mesmo depois de inocentado pelo Comitê de Ética da Câmara dos Deputados.

No Recurso Especial n. 521.697/RJ,<sup>50</sup> as herdeiras de Manoel Francisco dos Santos (Garrincha) pleiteavam indenização por danos morais e matérias contra a Editora Schwarcz Ltda. (Companhia das Letras), pela produção da biografia de seu genitor, intitulada *Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha*. Alegavam que a obra havia sido produzida sem autorização delas e o conteúdo violava o direito à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade do ídolo do futebol brasileiro.

Em primeiro grau foi concedida indenização por danos morais no valor equivalente a mil salários mínimos. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença concedendo dano material, no importe de 5% do valor dos livros

---

<sup>50</sup> Brasil (2006).

comercializados, e não reconhecendo dano moral. As partes recorreram e, em fevereiro de 2006, a contenda teve seu desfecho final.

Em seu voto, o Relator Ministro César Asfor Rocha argumentou que mesmo após sua morte o indivíduo tem direito à preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem, direitos estampados no art. 5º, inc. X da CF/88. Também mencionou que a liberdade de expressão, prevista no inc. IX do mesmo dispositivo, não é um direito absoluto e não pode invadir a intimidade alheia em troca de proveito econômico. Informou que lera toda a obra biográfica de *Estrela solitária* e constatou que o biógrafo extrapolou os limites da liberdade de expressão ao expor fatos íntimos da vida de Garrincha, sem necessidade alguma. Por fim, o Ministro votou pelo provimento dos danos morais, arbitrado em 100 salários mínimos para cada herdeira, e pela manutenção da condenação em danos materiais concedidos pelo TJRJ.

Não diferente ao posicionamento adotado pelo STJ vem decidindo o STF. No Recurso Extraordinário n. 740.640/DF,<sup>51</sup> Fabio Luis Lula da Silva, filho do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, ingressou com ação requerendo indenização por danos morais em face de Claudio Humberto Rosa e Silva por ter, o jornalista, editado matéria jornalística mencionando que o “Lulinha” teria adquirido uma mansão em um condomínio de luxo em São Bernardo, SP.

Em decisão monocrática (24 de abril de 2013), o Relator Ministro Marcos Aurélio declarou que a matéria não era de competência do STF, mas mesmo assim julgou o feito. Salientou que a CF/88 consagrou a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem e também a liberdade de expressão, comunicação e pensamento sem a necessidade de prévia licença. Tratava-se de uma clarividente colisão entre os princípios estampados nos incisos XI e X do art. 5º. Ademais, por sua natureza, a Constituição não admite conflito consigo mesma.

---

<sup>51</sup> Brasil (2013b).

Utilizando-se do sopesamento da razoabilidade e da proporcionalidade, o Ministro concluiu que o jornalista não extrapolou os limites da liberdade de expressão e informação, mesmo tendo divulgado a matéria com ironia. Ele limitou-se a repetir a fala do então Senador Antônio Carlos Magalhães a respeito do patrimônio de Fábio Luis. Salientou que “[...] a notícia tida por ofensiva não consubstancia conduta ilícita, idônea a ensejar compensação pecuniária ao autor pelo suposto dano moral” e que o assunto era de interesse público, necessário à democracia, negando provimento ao pleito.

Na mesma corrente foi o julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário interposto pelo Sindicato dos Médicos do Distrito Federal contra o Distrito Federal (n. 766.390/DF).<sup>52</sup> A parte autora alegou que a divulgação dos salários e proventos invadia a intimidade e a vida privada dos médicos, ferindo o disposto no art. 5º, inc. X da CF/88.

Em seu voto, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski lembrou a importância da prevalência do interesse público sobre o privado para a democracia e o respeito que se deve ter com os limites de cada direito. Mencionou que as informações se referiam a custos de cargos públicos e não de natureza pessoal.

O Ministro também falou da importância da publicidade e transparência dos gastos públicos, que encontra amparo na Lei n. 12.527/11, a qual regulamenta o direito de acesso à informação previsto nos arts. 5º, inc. XXIII; 37, § 3º, inc. II; e 216, § 2º, todos da CF/88. Assim, o ato do Ente Público encontra-se dotado de legalidade e não houve invasão alguma aos limites do art. 5º, inc. X. Todos têm direito ao acesso à informação que, no presente caso, prevalece sobre o direito à privacidade. Negou provimento ao recurso.

No Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 689.593/SP,<sup>53</sup> o Ministério Público do Trabalho demandou contra a Embraer Liebherr Equipamentos do Brasil Ltda. (ELEB), alegando que a revista nas bolsas dos funcionários, realizada

---

<sup>52</sup> Brasil (2014c).

<sup>53</sup> Brasil (2013a).



pela empresa, fere o direito à intimidade e privacidade. Em sua defesa, a ELEB justificou a necessidade da medida.

Em seu voto, o Relator Ministro Dias Toffoli entendeu que os empregados possuem direito à intimidade e privacidade no local de trabalho, mas que a medida adotada pela empresa não se mostrava abusiva, dada a possibilidade de o empregado optar em deixar sua bolsa nos armários fornecidos pela empresa, excluindo-se da revista.

O Magistrado concluiu, ainda, que a atividade da empresa (fabricação de equipamentos aeronáuticos para os setores civil e militar) exigia sigilo diferenciado. Por fim, asseverou que o *caput* do art. 5º da CF/88 prevê o direito à segurança e à propriedade. Por unanimidade, o provimento foi negado.

Portanto, diante dos julgados analisados, verifica-se que as decisões relacionadas à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem seguem uma linha de entendimento. O interesse público se sobrepõe ao privado. Mas quando se trata da colisão de dois direitos de interesse privado, eles impõem limites a si mesmos, não havendo superioridade deste ou daquele. A decisão depende da situação concreta, bem como dos fatos envolvidos.

Considerando as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da violação do direito à privacidade, depreende-se que a produção biográfica não deve transpor os limites do direito à privacidade do biografado, ou seja, não deve apresentar fatos puramente especulativos, cuja finalidade seja apenas exacerbar a curiosidade alheia. O biógrafo deve ater-se à veracidade das informações colhidas, tratando-as com esmero, ser capaz de identificar aspectos históricos e não expor fatos íntimos e privados da vida do biografado, sem analogia com a finalidade literária da obra.

## 7 CONCLUSÃO

Na sociedade da informação, destaca-se a presença das tecnologias do conhecimento e da comunicação, as quais facilitam a interação entre as pessoas e a troca de informações entre si e com as instituições. Como consequência, a exposição das pessoas, principalmente públicas, gera conflitos, considerando o interesse de proteção à vida privada.

Nesse contexto, destacam-se as publicações biográficas não autorizadas, nas quais os autores descrevem fatos da vida de alguém conhecido, normalmente uma celebridade do mundo político ou artístico. Essas divulgações não autorizadas têm provocado inúmeras demandas judiciais, sob a alegação de proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

O direito à privacidade está positivado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. X, como também em normas infraconstitucionais, como nos Códigos Civil, de Defesa do Consumidor e Penal e na lei que regulamenta a interceptação telefônica.

Entretanto, se por um lado está o direito à privacidade, por outro, estão os direitos à liberdade de expressão, ao livre exercício da profissão e à informação. Portanto, para decidir se as biografias não autorizadas violam ou não o direito à privacidade, faz-se necessário sopesar cada situação concreta e analisar se foram extrapolados limites de princípios envolvidos.

Também, observou-se nos julgados do STF e do STJ, o entendimento de que os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada não são absolutos. A eles impõem-se limites, cabendo ao julgador analisar caso a caso, empregando a razoabilidade e a proporcionalidade, e ponderando sobre aquele que deve prevalecer na situação concreta.

Portanto, conclui-se que a publicação de biografias não autorizadas pode, sim, violar o direito à privacidade, quando o escritor excede os limites da liberdade de expressão e da informação, expondo fatos da vida pessoal do biografado que não são verdadeiros ou que não têm relevância histórica. A biografia é uma obra literária,

que exige zelo e cuidado no manuseio das informações que a compõem. Encontrar o ponto de equilíbrio entre os princípios e os direitos não é tarefa fácil, mas é imprescindível à harmonia e ao bem-estar da sociedade e da própria democracia.

## REFERÊNCIAS

AIETA, V. S. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALDAZABAL, J. *Gestos e símbolos*. São Paulo: Loyola, 2005.

ARAÚJO, P. Cesar de. *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ARENDT, H. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BECCHI, P. O princípio da dignidade humana. Tradução Guilherme Genro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RCEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 7, p. 191-222, jun./set. 2008.

BÍBLIA DE ESTUDOS ALMEIDA. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA USP. *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 20 out. 2014a.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA USP. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 18 out. 2014b.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N. *Dicionário de Política*. 7. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRITO, D. D. de. *O ABC de Carmem Miranda*. São Paulo: CEN, 1968.

BRITO, J. G. de L. *A gloriosa sotaina do Império*: Frei Caneca. São Paulo: CEN, 1937.

BRASIL. *Constituição Federal do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 12 out. 2014.

BRASIL. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 18 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Retificado em 03 de janeiro de 1941. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l0406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l0406.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 19.239/DF. 1ª Seção. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento em 26 de março de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 01 abr. 2014a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=%2219239%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 521.697-RJ (2003/0053354-3). Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 4ª Turma. Julgamento em 16 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 mar. 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=%22521697%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=%22521697%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. n. 766.390 AgR/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento em 24 de junho de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 ago. 2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28766390%2EENUME%2E+OU+766390%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlndnbo>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.258.389/PB. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgamento em 17 dez. 2003. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 abr. 2014b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=%221258389%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REEx. n. 689.593 Are/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma. Julgamento em 20 de agosto de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 out. 2013a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28689593%2EENUME%2E+OU+689593%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pw6ex8h>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REEx. n. 740.640/DF. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgamento em 16 de fevereiro de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 08 maio 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28740640%29%28740640%2EENUME%2E+OU+740640%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q5rhnt7>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

CARVALHO, A. G. de. *Calógeras*. São Paulo: CEN, 1935.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. Lisboa: Fundação Caloute Golbenkian, 2002.

CENTRO APOLOGÉTICO CRISTÃO DE PESQUISAS. *Os 613 Mandamentos da Lei*. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/os-613-mandamentos-da-lei/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

DORNAS FILHO, J. *Silva Jardim*. São Paulo: CEN, 1936.

ECO, H. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

FERNANDES, M. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOUVEIA, L. M. B.; GAIO, S. *Sociedade da Informação: balanço e oportunidades*. Porto, Portugal: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2004.

JEFFERSON, T. Declaration of Independence. In: General Congress Assembled, July 4, 1776. *A Declaration by the Representatives of the United States of America*. Disponível em: <<http://www.wdl.org/pt/item/109/view/1/1/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

MORI, M. K. *Direito à intimidade versus direito à informática*. Curitiba: Juruá, 2004.

NEGROPONTE, N. *A vida digital*. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

O GLOBO CULTURA. *As batalhas das biografias não autorizadas*. Disponível em: <<http://oglobo.com/infográficos/batalha-biografias/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

ONE LAPTOP PER CHILD. Disponível em: <<http://one.laptop.org/>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 0180270-36.2008.8.19.0001*. 2ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elisabete Filizzola. Rio de Janeiro, julgamento em 08 out. 2014.

SERGIPE (Estado). Tribunal de Justiça de Sergipe. 7ª Vara Cível de Aracaju. Processo n. 201110701579. Agravante: Pedro de Moraes Silva. Agravado: Expedita Ferreira Nunes. *Jus Brasil*, Sergipe, 24 set. 2014.

SERRANO, J. *Farias Brito – O homem e a obra*. São Paulo: CEN, 1940.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

THE MAGNA CARTA. 1215. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

VILAS BOAS, S. *Biografias e biógrafos: jornalismo sobre personagens*. São Paulo: Summu, 2002.





# LA TECNOLOGÍA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD

Ramiro Acosta Cerón\*

Vinícius Almada Mozetič\*\*

## 1 INTRODUCCIÓN

Iniciaremos con dos aclaraciones. La primera, desde ya dejamos sentado que en modo alguno – además sería absurdo – estamos en contra o nos oponemos a los avances tecnológicos, que vertiginosamente vive este mundo globalizado, a partir de la denominada revolución digital y comunicacional, algunos de cuyos beneficios nos referiremos más adelante. La segunda aclaración: este trabajo se remitirá a la normativa internacional emitida después de la segunda guerra mundial, confrontando ciertos aspectos fácticos y jurisprudenciales que sobre la afectación a los derechos de intimidad y privacidad se han pronunciado algunos de los más importantes Tribunales y Cortes. Esta precisión es importante porque la afectación a tales derechos se han producido a lo largo de la historia de la humanidad, a través del típico espionaje directo y antes que éste el fisgoneo, la propalación de rumores; y más tarde con la invención de la cámara fotográfica y grabadora, se utilizaron estos

---

\* Doctor a nivel de posgrado, en Ciencias Internacionales Universidad Central del Ecuador Quito; Doctor en Jurisprudencia y abogado de los tribunales de la república por Universidad Central del Ecuador, Quito; Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales Universidad Central del Ecuador, Quito; Posgrado en proyectos de desarrollo social, diploma de 700 horas de asistencia Universidad Católica Santiago de Guayaquil en convenio con el inedes; Diplomado a nivel superior en técnica legislativa y formación de la ley Pontificia Universidad Católica de Quito; Especialista a nivel superior en Derecho Empresarial; Magister en derecho empresarial; [ceronacosta@yahoo.es](mailto:ceronacosta@yahoo.es)

\*\* Doctorado en Derecho por la Universidad del Valle del Río de los Sinos - UNISINOS (2016) con etapa postdoctoral en la Universidad del Valle del Río de los Sinos - UNISINOS (2017); Profesor titular del Programa de Postgrado - Maestría en Derecho de la UNOESC - Dimensiones Materiales y Eficacia de los Derechos Fundamentales. Abogado. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8801-990X>. Experiencia en el área de Derecho, con énfasis en Hermenéutica Jurídica, Derecho Constitucional, Derecho Civil y Derecho Digital actuando principalmente en temas relacionados a las nuevas tecnologías; [vinicius.mozetic@unoesc.edu.br](mailto:vinicius.mozetic@unoesc.edu.br)

inventos, en ciertos casos para espiar, perseguir, chantajear a personajes públicos; las víctimas preferidas fueron – y hoy con mayor razón – personajes de la política, cine, artistas en general y personas de cierta fama.

## 2 HIPÓTESIS

Procuraremos demostrar la hipótesis que a mayor desarrollo tecnológico digital y comunicacional mayor afectación de los derechos de privacidad e intimidad de los seres humanos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la **intimidad**, en su segunda acepción: *Zona espiritual íntima y reservado de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*. En tanto que por **privacidad** entiende *ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*. Por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas conceptúa **intimidad**, en su segunda acepción: *Parte personalísima y reservada de un caso o persona. Su revelación puede originar responsabilidad cuando cause perjuicio haya dolo o grave imprudencia...* Sobre el vocablo **privadamente**, señala: *de modo particular como opuesto a lo público u oficial. II Familiarmente. II Con separación. II Reservadamente. II En la intimidad*.

## 3 NORMATIVA PROTECTORA DE LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD

Como es conocido, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se crea el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos de América, la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con la misión de preservar la paz y seguridad internacionales, fomentar la cooperación internacional y “[...] reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...]

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU*, adoptada y proclamada en París, por la Asamblea General en su Resolución de 10 de diciembre

de 1948, al referirse al tema, expresa en su Artículo 12 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá en mayo de 1948, preceptúa en su “Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)* aprobada en 1949, dispone:

Art. 11. Protección de la honra y de la dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación
3. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que entró en vigor el 26 de marzo de 1976, prescribe:

Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.  
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* del 2000 y proclamada por segunda ocasión en diciembre del 2007, manifiesta: “Art 7. Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

La *Constitución de la República del Ecuador* vigente desde el 20 de octubre del 2008, en el Artículo 66 número 20 consagra “El derecho a la intimidad personal y familiar.”

Resumiendo la normativa citada, podemos manifestar, de una parte, que plasma protección a la vida privada de los seres humanos; y de otra, que tal protec-

ción implica expresa e implícitamente -porque a ello va dirigida la protección- a prohibir toda injerencia, intervención o ataque a la vida privada, que comporta intimidad, aunque es preciso diferenciar la linde sutil que separa la privacidad con la intimidad; a nuestro juicio la intimidad está inmersa en la privacidad, no así siempre la privacidad. En otras palabras, lo íntimo conlleva forzosamente privacidad, en tanto que no todo lo privado es íntimo. En uno y otro caso se visualiza en la esfera del ser, hacer o no hacer algo sin que se perjudique o altere la esfera de espacio y tiempo de otra u otras personas.

#### **4 ASPECTOS JURISPRUDENCIALES REFERENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD**

A manera de ejemplo señalaremos algunos casos con los cuales se apreciará cómo algunos de los más altos tribunales de justicia han entendido, desarrollado y tutelado los derechos motivos de este estudio.

*Tribunal Constitucional Federal Alemán*, en la sentencia de la Primera Sala del 15 de diciembre de 1999, sentencia BVerfGE 101,361 (Carolina de Mónaco) caso en que se discutían el derecho a la libre expresión frente al derecho a la privacidad personal por la publicación sin consentimiento de fotografías de la Princesa de Mónaco, en el número1 del resumen se indica:

La esfera privada protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art.1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico. El individuo debe tener la posibilidad de moverse libremente en otros lugares – distinguidos de manera clara y separados-, sin ser molestado con fotografías de carácter periodístico.

El Tribunal en el párrafo 22 de la letra A (Fundamentos) del fallo expuso:” Las fotografías pueden ser divulgadas o puestas a disposición del público, sólo con la aprobación del fotografiado. En caso de duda, la aprobación se tendrá como impartida, si el fotografiado ha cobrado para dejarse tomar la fotografía [...]” En el acápite cc) de la letra B (Recurso de amparo se encuentra fundado en parte) se anota:

A diferencia del derecho a la propia imagen, la protección de la esfera privada – cuyas raíces se encuentran también el derecho general de la personalidad – no se refiere específicamente a imágenes, sino que se encuentra delimitada espacial y temáticamente. Esta protección de la esfera privada abarca, por un lado, situaciones que por la información que contienen se clasifican típicamente como “privadas”, debido a que su ventilación pública se considera indecorosa, su exhibición resulta o puede suscitar reacciones adversas por parte del entorno a este grupo pertenecen, por ejemplo, la exposición que uno hace de sí mismo en un diario privado (BVerfGE 80,367) las comunicaciones confidenciales entre esposos (BVerfGE 27,344), el ámbito de la sexualidad (BVerfGE 47,46;49,286), los comportamientos sociales anormales (BVerfGE 44,353) o las enfermedades (BVerfGE 32,373) [...] Quien voluntaria o involuntariamente se convierte en una persona de la vida pública, no pierde por ésta razón su derecho a una esfera privada que deba quedar fuera de la mirada del público [...] (1)

*El Tribunal Supremo Español*, en el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandantes D. Jose Ángel, D<sup>a</sup> Bibiana y D. Luis Carlos, representados ante esta Sala por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, contra la sentencia dictada el 06 de octubre de 2008 por la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n. 511/08, su Sala Primera, el cinco de Marzo de dos mil doce, relacionada con la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, por intromisión ilegítima por ruido superior a los límites legalmente permitidos derivados de un piano de los vecinos de un piso inferior, y recoge doctrina emanada del Tribunal Europeo de derechos Humanos.

Al efecto en los fundamentos de derecho, se indica:

*Cuarto.* La estimación del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal determina, conforme a la regla 7<sup>a</sup> de la D. Final 16<sup>a</sup> LEC, que se deba dictar “nueva sentencia” teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

Esto supone, de un lado, que proceda tener por probados los hechos básicos de la demanda, es decir, que los demandantes sufrieron persistentemente en su vivienda un nivel de ruido superior al límite legal a causa del sonido del piano instalado en la vivienda inmediatamente inferior habitada por los demandados, tal y como declaró la sentencia de primera instan-

cia; y de otro, que deba decidirse si estos hechos constituyen o no una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes a su intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, ya que el asunto ha accedido a esta Sala por la vía del ordinal 1.º del art. 477.2 LEC y el recurso de casación se funda en infracción del art. 18 de la Constitución según su interpretación por las SSTC 17-2-84 y 23-2-04 en relación con el art. 8 del ya citado Convenio de Roma interpretado según las SSTEDH 23-2-90 (Powell y Rainer contra Reino Unido), 9 de diciembre de 1994 (López Ostra contra España) y 16 de noviembre de 2004 (*Moreno Gómez contra España*), todo ello partiendo del resultado de las dos mediciones reflejadas en el informe pericial acompañado con la demanda más su aclaración, en el acto del juicio, de que *el doble de ruido no es el doble numérico, sino dos o tres decibelios más.*

*Quinto.* Para decidir si los hechos probados constituyen o no la intromisión ilegítima de que se trata debe seguirse la jurisprudencia de esta Sala que, con base principalmente en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encuadra la protección frente al ruido en el ámbito de la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que también quepa dicha protección al amparo de la legislación civil ordinaria.

Así la sentencia de Pleno de 12 de enero de 2011 (rec. 1580/07), pese a estimar el recurso de la parte demandada y en consecuencia desestimar la demanda, constató que a partir de la sentencia de esta misma Sala de 24 de abril de 2003 (rec. 2527/97) la jurisprudencia había incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual “[...] *determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad*” y, por tanto, “[...] *para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales.*” Más extensamente, la sentencia de 31 de mayo de 2007 (rec. 2300/00), que desestimó el recurso de la empresa condenada en la instancia por los ruidos que la circulación de sus trenes transmitía al interior de las viviendas de los demandantes, recopiló la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representada por sus sentencias de 9 de diciembre de 1994 (López Ostra contra España), 14 de febrero de 1998 (Guerra contra Italia), 2 de octubre de 2001 (Varios ciudadanos contra el Reino Unido) y 16 de noviembre de 2004 (*Moreno Gómez contra España*) para

admitir la vía de la tutela de los derechos fundamentales como una de las posibles en materia de protección civil frente al ruido. Y anteriormente, la sentencia de 29 de abril de 2003 (rec. 2527/97), fundándose también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, había mantenido la condena de la empresa titular de una fábrica que transmitía ruidos al interior de la vivienda familiar de la demandante, fundándose entonces esta Sala en la combinación del derecho fundamental a la intimidad, como “*derecho a ser dejado en paz*”, con los arts. 590, 1902 y 1908 CC y en la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción fundada en la Ley Orgánica 1/1982 y las fundadas en el Código Civil.

*Sexto.* Admitiendo por tanto la jurisprudencia de esta Sala que el ruido puede vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar, debe recordarse, como más especialmente representativa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos para el presente caso, su ya citada sentencia de 16 de noviembre de 2004 (*Moreno Gómez contra España*) en cuanto declaró que, conforme al art. 8 del Convenio de Roma, “[...] [e]l individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio” (apdo. 53); que “[...] [e]l atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias” (apdo. 53); que “[s]i la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo” (apdo. 53); que

[...] [a]unque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos (apdo. 55).

Y en fin, que soportar durante años una intensa contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, constituía una vulneración de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 (apdo. 60).

*Séptimo.* También nuestro Tribunal Constitucional, especialmente en sus sentencias 119/2001, 16/2004 y 150/2011, ha incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, declarando que

[...] una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que pueden objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad;

Si bien añade “*siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida*” y resultando indispensable que el demandante acredite bien que padece un nivel de ruido que le produce insomnio y por tanto ponga en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos en el interior de su vivienda es tan molesto que impida o dificulta gravemente el libre desarrollo de su personalidad (STC 150/2011, FFJJ 6º y 7º).

*Octavo.* En atención a todo lo razonado hasta ahora, debe concluirse que los hechos probados sí constituyen una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, según una interpretación del art. 18 de la Constitución ajustada al art. 8 del Convenio de Roma conforme a su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no exige que la lesión sea imputable directamente a los poderes públicos.

Ante todo debe tenerse presente que la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el hecho notorio de que España es uno de los países más ruidosos del mundo revelan las dificultades que encuentran los ciudadanos para lograr una protección efectiva, no meramente teórica, contra el ruido. De hecho los aquí recurrentes intentaron sin éxito, antes de interponer su demanda, que fuese la comunidad de propietarios la que emprendiera la vía judicial (2).



La Primera Sala del *Tribunal Constitucional de España* en la sentencia 17/2012, de 13 de febrero de 2012 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012), que resuelve el recurso de amparo núm. 9894-2009, promovido por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., y siguiendo su propia doctrina, pondera como prevalente el derecho a la intimidad personal frente al derecho a la información. Así se verifica en los fundamentos jurídicos que a continuación se transcriben literalmente:

“4. En el proceso que nos ocupa, el enfrentamiento entre el derecho fundamental a la información y el derecho a la propia imagen ha constituido el objeto de la controversia judicial ya desde la primera instancia, de modo que la vulneración del derecho a la libertad de información pudo ser y, de hecho, fue denunciada antes del incidente de nulidad de actuaciones.

En efecto, la Sentencia del Juzgado declaró la prevalencia del derecho a la propia imagen en detrimento del derecho a la información, rechazando que existiera una lesión del derecho al honor y a la intimidad. En su recurso de apelación, la demandante de amparo alegó que no existía intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora, dado que la información difundida era veraz, de interés general y se había realizado con animus informandi. La Sentencia 374/2004 de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que resuelve el recurso de apelación, tras confirmar los razonamientos del Juzgado, concluye que no se justifica el sacrificio del derecho de la actora a su propia imagen publicada en varios medios de comunicación, en aras a una información sobre sus opiniones que debe considerarse irrelevante e innecesario por lo que las molestias y sinsabores que ha producido a la actora la emisión de su imagen en el reportaje litigioso no aparecen proporcionadas al rédito social que supuestamente se pretende obtener con la información publicada.

El recurso de casación que se interpone contra la Sentencia de apelación citada se basa en un único motivo, la vulneración del derecho a la libertad de información (art. 20 CE) en relación con el derecho a la propia imagen y la jurisprudencia que lo desarrolla, vulneración que nuevamente es rechazada, ahora por la Sala de lo

Civil del Tribunal Supremo que, en su Sentencia 506/2009, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante de amparo.

En este único motivo fundamenta también la demandante de amparo, con reiteración de los argumentos esgrimidos en las sucesivas instancias judiciales, el incidente de nulidad de actuaciones, pidiendo al órgano judicial que se pronuncie sobre la vulneración del derecho a la información, incidente que es inadmitido por la Sala porque su carácter subsidiario requiere que la vulneración del derecho fundamental invocado no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, no siendo posible utilizar este incidente para postular una suerte de reposición de lo resuelto motivadamente, proceder que el legislador veda con la previsión de no recurribilidad de las Sentencias dictadas en casación.” (3)

*La Corte Constitucional Colombiana* en la Sentencia C-640/10 de 18 de agosto del 2010, Bogotá DC., que resuelve -aceptando- la acción de inconstitucionalidad de los Artículos 78 y 79 de la Ley 1.328 del 2009 (relacionada con materia financiera, seguros, mercado de valores y otras), propuesta por el ciudadano Carlos Alberto Paz Russi, en el resumen elaborado de aquella se expone lo que a continuación se transcribe:

*Establecimiento del Registro Unico de Seguros (RUS):* Obedece a fines constitucionalmente legítimos y resulta acorde con el carácter de interés público de la actividad aseguradora.

*Registro Unico de Seguros: Finalidad Registro Unico de Seguros: Características.*

*Derecho a la Intimidad, Derecho al Buen Nombre y Derecho al Habeas Data:* Derechos constitucionales diferenciados.

*Derecho a la Intimidad Personal y Familiar:* Jurisprudencia constitucional.

Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia

existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “*erga omnes*”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular *a priori* de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta. Se afirmó también que la intimidad es “[...] el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.” En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que

[...] este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones [...] Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal.

Así entendido, como derecho casi absoluto, la jurisprudencia constitucional parece haber adoptado, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y de su artículo 15 en particular – “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar [...] y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar” – una visión del derecho a la intimidad cercana a la

célebre formulación del magistrado norteamericano Louis Brandeis, de finales del S. XIX: “The right to be let alone”, es decir, el derecho a la intimidad como el derecho a estar solo, el derecho a la soledad. Sin embargo, esta visión ha sido objeto de críticas, en varios sentidos: puede verse como un derecho arcaico y obsoleto, incompatible con la vida en sociedades urbanas, industrializadas, tecnificadas y proclives a los fenómenos de masas. Se ha dicho también que es un derecho de elite, creado para proteger los privilegios de las clases aristocráticas y privilegiadas, y muy asociado con la propiedad privada. En esta perspectiva, el derecho a la intimidad sería simplemente otro mecanismo jurídico para proteger la propiedad privada. Casi por definición, los desposeídos de bienes materiales no tendrían derecho a la intimidad, pues de ellos no se predica la existencia de una esfera de protección infranqueable, al carecer de bienes y recintos que garanticen físicamente ese derecho. Finalmente, se ha criticado también que esta aproximación absoluta hacia la intimidad, que protege el derecho al aislamiento o al ensimismamiento, es imposible de hacer valer jurídicamente, porque no se proyecta al exterior, y no plantea cuestiones en relación con los otros. El derecho, por definición, no podría entrometerse, ni siquiera para protegerla, en la esfera inmune a la vida social de que trata el derecho a la intimidad, pues el derecho regula la vida en sociedad. El derecho a la intimidad sería justamente lo opuesto. Desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, estas críticas, interesantes desde el punto de vista teórico y analítico, carecen de validez o pertinencia. El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático. La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias conclusiones frente a los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin, la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones, el que pueda ejercer las

responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano. Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del “respeto a la dignidad humana” que sirve de fundamento al estado colombiano, según el artículo 1º de la Constitución. La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros – del Estado o de otros particulares-, como prerequisite para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución.

*Derecho a la Intimidad: Límites constitucionales Derecho a la Intimidad Personal y Familiar: Alcance.*

Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona titular del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo “puede ser objeto de limitaciones” o de interferencias “en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.

*Derecho a la Intimidad:* Principios que lo protegen *Principio de Libertad:* Concepto *Principio de Finalidad:* Concepto *Principio de Necesidad:* Concepto *Principio de Veracidad:* Concepto *Principio de Integridad:* Concepto.

Son cinco los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales, se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás. Ellos se clasifican y explican en los siguientes términos: El principio de libertad, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas. El principio de finalidad, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad. De conformidad con el principio de necesidad, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo. Adicionalmente, el principio de veracidad, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. Por último, el principio de integridad, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados. El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a

la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación.

*Actividad Aseguradora en el Regimen Constitucional Colombiano: Contenido*  
*Actividad Aseguradora en el Regimen Constitucional Colombiano: Efectos.*

La actividad aseguradora, como subsector económico, comparte con la actividad financiera, la actividad bursátil, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, la calidad de ser una actividad económica explícitamente mencionada en la Constitución para los siguientes tres efectos: Establecer que corresponde al Congreso dictar por medio de leyes las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de regularla (Literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución); Determinar que corresponde al Presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley a que se refiere el punto anterior, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que la ejercen (numeral 24, artículo 189 de la Constitución), y Definir que se trata de una actividad de interés público, y por ende, sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado, conforme a la ley, reiterando que al legislador corresponde la regulación de la forma en la cual el gobierno intervendrá en ella (artículo 335 de la Constitución).

*Actividad Financiera, Bursatil y Aseguradora:* Es una actividad esencial para el desarrollo económico  
*Actividad Financiera, Bursatil y Aseguradora:* Constituye principal mecanismo de administración del ahorro público y de financiación de la inversión pública y privada  
*Actividad Aseguradora:* Garantía del interés público.

*Derecho Constitucional a la Intimidad:* Tipología de los datos  
*Información Clasificación Información Publica o de Dominio publico* Concepto  
*Información Semiprivada* Concepto  
*Información Privada* Concepto  
*Información Reservada o Secreta* Concepto.

Los límites admisibles del derecho a la intimidad emanan del interés público constitucionalmente legítimo, esta tipología jurisprudencial permite graduar los niveles válidos de intromisión en la intimidad, según la naturaleza del dato. En la sentencia T-729/02, se estableció que esta tipología está “dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma”, y que consta de cuatro categorías, a saber:

[...] la información pública o de dominio público, la información semiprivada, la información privada y la información reservada o secreta. Así, la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. La información semiprivada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas. La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio. Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular – dignidad, intimidad y libertad – se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc. Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones:



la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al habeas data. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información. (4)

*El Tribunal Constitucional Chileno* en su sentencia Rol n. 2153-11-INA, expedida el 11 de septiembre del 2012, luego de analizar una demanda de inconstitucionalidad, de cuyos antecedentes y principales argumentaciones, más adelante haremos una apretada síntesis y se transcribirán aspectos que estimamos medulares, debate si los mensajes enviados a través de correos electrónicos entre funcionarios públicos, constituyen o no información pública, o por el contrario, es información privada cuya divulgación afecta a las garantías constitucionales relativas a la igualdad ante la ley, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones. La conclusión y resolución que adelantamos es que aquellos mensajes, no obstante cursados entre funcionarios públicos, constituyen información privada; y que solamente la información que contienen aquellos cuando se trate o tengan la calidad de actos administrativos, con firma electrónica debidamente certificada, pasa a ser información pública y puede ser requerida por cualquiera sujetándose a los procedimientos legales para la obtención de tales documentos.

La sentencia tiene como antecedente la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago impugnada por el Subsecretario del Interior por la decisión del Consejo Para la Transparencia que ordenó la entrega del contenido de los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario del Interior y el Gobernador Provincial de Meripilla a petición del Alcalde de la Municipalidad de Meripilla, quien solicitó varios antecedentes, documentación, incluidos correos electrónicos a la Subsecretaría del Interior relacionados a los gastos efectuados por la citada gobernación con ocasión del terremoto de febrero del 2010. Debe aclararse que los antecedentes y la información física le fue proporcionada, no así los correos electrónicos y por ello accionó un amparo para obtener tal entrega.

En el número III de la sentencia “Factores Interpretativos que Guiarán la Decisión de este Tribunal” se indica: [...]” 4. Que, para resolver el presente requerimiento, queremos señalar cuatro elementos interpretativos que orientarán la decisión: que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales; que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto; que los correos electrónicos no son necesaria e inequívocamente actos administrativos, y que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico; 11. Que los funcionarios públicos están sujetos a una relación estatutaria. El vínculo que une al funcionario con el Estado es una relación jurídica legal y de derecho público. Ello significa, por una parte, que encuentra su origen en la ley y no en un convenio entre la Administración y los funcionarios. Sus derechos, obligaciones, deberes, prohibiciones, están impuestos de modo general y unilateral por el ordenamiento jurídico. Por la otra, que en su establecimiento y regulación predomina el interés general por sobre el interés particular del funcionario (STC 12/1982);

12. Que, sin embargo, ese régimen estatutario de los funcionarios se limita a regular la actividad funcional y no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona.

La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos [...]

*Vigesimo primero.* Que un tercer factor de interpretación es que los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos.

En efecto, el correo electrónico es, en primer lugar, una forma de comunicación, pues a través de este medio se transmiten mensajes de un emisor a uno o varios receptores. Esta comunicación exige un soporte técnico, pues requiere la intervención de aparatos, de redes o infraestructuras, de operadores de éstas, de programas informáticos, de protocolos de transferencia en la Internet. Hay de por medio un proceso de transmisión del mensaje o contenido.

En segundo lugar, el correo es una comunicación digitalizada, pues el mensaje es convertido a datos o números en base binaria (ceros y unos), que conforman los *bits* (*binary digits*).

En tercer lugar, el correo electrónico se transmite por un canal cerrado, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros. En eso se distingue de la transmisión de radio o televisión. Recordemos que las concesiones radiales se denominan “servicios de telecomunicaciones de libre recepción”, porque las transmisiones que éstas emiten “están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general” (artículo 3º, letra a), de la Ley n. 18.168). Y las concesiones de televisión se denominan “concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción” (artículo 15, Ley n. 18.838).

Finalmente, el correo electrónico es una forma de comunicación que tiene ciertas características. Por de pronto, la virtualidad. El emisor y el receptor no están físicamente presentes. En este sentido, es una comunicación a distancia. Por eso, se habla de ciberespacio para designar la carretera por donde viaja la información. Enseguida, se encuentra la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real. A continuación, está la multidireccionalidad, dada porque pueden participar varios emisores y receptores, y cambiar en esos roles. Asimismo, se encuentra el carácter multimedial, pues a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos. Finalmente, está la ubicuidad. Esta consiste en que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello.<sup>1</sup>

*Vigesimo octavo.* Que, finalmente, no se nos escapa que debemos resolver un asunto donde están involucradas nuevas tecnologías, con normas constitucionales que no las tuvieron en cuenta, porque no existían cuando fueron formuladas. Por lo mismo, debemos realizar un proceso hermenéutico para interpretar dichos textos en el contexto de la sociedad tecnológica. Ello implica incorporar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales y considerar que nuestra Constitución recoge

---

<sup>1</sup> Lambca (2002, p. 936-963) y Rodríguez (2012).

no sólo la libertad de prensa común y corriente, sino también la libertad de prensa electrónica, la libertad de reunión electrónica, la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Tenemos que ser jueces en la sociedad tecnológica.<sup>2</sup>

Más todavía si hoy se habla de democracia electrónica, para aludir al voto electrónico, a la consulta y participación en línea de los ciudadanos, mediante peticiones y foros. Ello plantea el desafío de reducir el analfabetismo electrónico y garantizar el acceso a las redes.<sup>3</sup>

En este sentido, los correos electrónicos permiten acceder a la autoridad directamente, sin intermediarios. También permiten el flujo de información para que los encargados de decidir se inclinen por las mejores opciones posibles. Asimismo, aceleran la toma de decisiones.

Pero es un hecho que los correos electrónicos tienen pocas regulaciones, y no hay consenso sobre si las debe haber. Eso obliga a ser prudente en el examen de los conflictos que su uso plantea;

*Trigésimo.* Que para resolver adecuadamente la controversia, es necesario analizar el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

Lo primero que cabe señalar es que, desde las primeras constituciones, se ha garantizado la inviolabilidad de la correspondencia (artículos XVI, 1812; 5°, 1822; 147, 1833; 10 n. 13, 1925).

Sin embargo, mientras las constituciones que precedieron a la actual hablaban de “papeles” (1812, 1818) o de “correspondencia” (1833, 1925), la de 1980 habla de “toda forma de comunicación privada”.

Con la expresión “toda” no se quiso excluir ninguna; las comprende, justamente, a todas. El vocablo “forma” subraya el hecho de que da lo mismo su formato.

El cambio no fue casual, pues se buscó cubrir toda forma de comunicación intelectual y espiritual entre dos individuos, por cualquier medio que se hiciera.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Frosini (2004, p. 129-147).

<sup>3</sup> Petrauskas (2006, p. 85-113).

<sup>4</sup> Silva Bascañán (2006, p. 204).

Los autores están contestes en que la Constitución hizo bien en utilizar esta expresión, pues las comunicaciones no están sólo restringidas a la epistolar, telegráfica o telefónica. Éstas eran las que mencionaba la Constitución del 25. El vocablo “comunicación” cubre las de todo tipo. Con esta expresión se evitó que la evolución de los procesos dejara obsoleto el derecho, como hubiera sido reiterar la expresión “correspondencia”. Entre esas comunicaciones, se menciona a las escritas, a las audiovisuales, a las telefónicas, al correo electrónico.<sup>5</sup>

Entonces, por la evolución de la norma, por su sentido y por su texto, el precepto comprende las formas actuales y las futuras de comunicaciones, incluido, por cierto, el correo electrónico;

*Trigesimo primero.* Que, enseguida, nuestras constituciones han utilizado calificativos para graficar este derecho. Así, se ha hablado de “la seguridad de sus papeles” (1812); de que los papeles de cada individuo son “sagrados” (1818). La expresión “inviolabilidad” aparece en la Constitución de 1833, permaneciendo en la de 1925 y en la de 1980. Su raíz se remonta a la Asamblea Nacional Francesa, que el 10 de agosto de 1790 proclamaba que “el secreto de la correspondencia es inviolable”.

Con esta expresión (“inviolabilidad”) se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente.

Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse. No hay libertad allá “[...] donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones, se defiende la libertad para entablarlas.”<sup>6</sup>

Además, la comunicación debe circular libremente. De ahí que este derecho permita el desarrollo de varias libertades, como la de empresa, la ideológica y política, etc.

---

<sup>5</sup> Cea (2012, p. 217), Nogucira (2007, p. 538) y Verdugo, Pfeffer y Nogucira (1994, p. 250).

<sup>6</sup> Jiménez (1987, p. 51).

Por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones. Esto es, se precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción *iuris et de iure* de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad.<sup>7</sup>

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos, etc.). Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;

*Trigesimo quinto.* Que, a continuación, hay que señalar que las comunicaciones que protege el artículo 19, n. 5º, tienen que ser, en primer lugar, directas, en el sentido de que tengan un origen y un destino definidos, sean presenciales o a distancia. La norma protege la comunicación entre ausentes como entre personas que estén reunidas. Es decir, protege las conversaciones que se lleven a efecto en forma material o virtual.

En segundo lugar, debe tratarse de comunicaciones privadas. Éstas son aquellas en que el emisor singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban.<sup>8</sup>

El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público.<sup>9</sup>

Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Nogueira (2007, p. 540).

<sup>8</sup> Silva Bascañán (2006, p. 205).

<sup>9</sup> Cea (2012, p. 205).

<sup>10</sup> Vivanco (2006, p. 364).

En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. Nada tiene que ver en este concepto el que las comunicaciones las realicen o no funcionarios públicos. Las comunicaciones de éstos también están protegidas por la garantía que se analiza. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por ello, este derecho puede invocarse en distintos ámbitos, como el laboral, en el matrimonio, la cárcel. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se extiende a los propios sujetos que intervienen en ellas. La impenetrabilidad, el secreto, la opacidad, es respecto de terceros ajenos a la misma, de aquellos que no son ni emisores ni receptores. Así, por ejemplo, si un tercero se entera de una comunicación privada y hace uso indebido de ella, se afecta el artículo 19 n. 5º (SCS Rol 2502/2012, 11.05.2012). Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados.<sup>11</sup>

No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad.

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite.<sup>12</sup>

*Trigesimo octavo.* Que la Constitución también establece que la inviolabilidad puede romperse “en los casos y formas determinados por la ley”.

En esta expresión se contienen las garantías que la Constitución establece para que pueda levantarse la inviolabilidad.

---

<sup>11</sup> Fernández (2004, p. 98 y ss.).

<sup>12</sup> Martín Morales (1995, p. 33).

En primer lugar, tiene que haber una autorización legal. Esta norma es la única que permite la accesibilidad de las comunicaciones privadas. El propósito de esta exigencia es hacer previsible para los eventuales afectados una apertura de dichas comunicaciones.

En segundo lugar, la ley debe definir “los casos” en que la autorización es posible. Eso implica que la ley debe establecer o listar situaciones y que la autoridad que dispone la autorización debe encuadrarse en estas causales. Por lo mismo, toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones.

En tercer lugar, es necesario que la ley defina “las formas” en que la autorización se puede dar. Esta expresión apunta, de un lado, a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización.

Finalmente, los casos y las formas deben estar “determinados”. Es decir, deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente.

La Constitución sólo hace excepción a este régimen cuando regula el Estado de Asamblea. Este procede en caso de guerra exterior (artículo 40). Y requiere la declaración del Presidente con acuerdo del Congreso Nacional (artículo 40). En este estado de excepción, la Constitución permite que el Presidente de la República pueda “interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones” (artículo 43);

*Cuadragésimo segundo.* Que, luego de analizado el artículo 19 n. 5º, este Tribunal está en condiciones de responder al cuestionamiento formulado en estos autos. Consideramos que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 n. 5º de la Constitución, por las siguientes razones.

La primera razón es que consideramos que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 n. 5º de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y



destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 n. 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado.

Así por lo demás lo ha interpretado la doctrina constitucional<sup>13</sup> y la especializada en derecho informático.<sup>14</sup>

Y esta Magistratura, con anterioridad (STC 1894/2011), así también lo ha sostenido;

*Cuadragésimo tercero.* Que no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos, pues éstos no están exentos de esta protección.

En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado.

En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 n. 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común.

En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

---

<sup>13</sup> Silva Bascañán (2006, p. 204), Cea (2012, p. 217) y Nogueira (2007, p. 538).

<sup>14</sup> Álvarez Valenzuela (2004, p. 191-202) y Arrieta Cortés (2005, p. 147-157).

Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Así sucede en la actualidad con el celular, el computador portátil, la casa fiscal. Estos bienes están destinados principalmente al cumplimiento de la función pública. Sin embargo, muchos de estos bienes borran fronteras que antes existían. Un celular permite que el funcionario esté permanentemente ubicable y disponible, esté o no cumpliendo su jornada laboral, esté en su casa o en un lugar de esparcimiento. Hay bienes que entrega el Estado que provocan interconexión permanente. Cuando un funcionario atiende asuntos personales, en forma prudente y razonable, durante su jornada laboral, no está contaminando la labor pública, está respondiendo a la realidad del mundo moderno de estar interconectado. A cambio de eso, la familia de ese funcionario debe aceptar llamadas o comunicaciones en horarios en que ya no labora. Lo que debe rechazarse es que se obtenga beneficio o provecho para fines ajenos a los institucionales, o se use en forma continua o permanente en esas tareas. Si un funcionario, en vez de ausentarse de su trabajo para ir a realizar un trámite bancario, lo puede realizar directamente desde su computador, el Estado gana y no pierde. Si a un padre lo llama su hijo para contarle de un problema, está usando un bien público; pero si logra solucionar ese problema, el funcionario estará tranquilo y concentrado en su labor. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

En ese sentido, por lo demás, se enmarca el D.S. N° 93/2006, del Minsegres, que Aprueba la Norma Técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados, recibidos en las casillas electrónicas de los Órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios. Este reglamento establece dos reglas importantes de destacar. Por una parte, el que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen. Por la otra, se debe propender a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo órgano. Para que no se puedan utilizar para fines personales o privados, se debe prohibir expresamente. Pero, en este caso, la norma establece que se debe permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignados en la institución.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas.

La regla tiene sentido si se considera que la Administración está sujeta a un régimen “jerarquizado” (artículo 7°, Ley n. 18.575). Dicha jerarquía se expresa, por una parte, en el grado, es decir en la ubicación que tiene un funcionario o un órgano en la estructura piramidal de la Administración; y en la relación de jerarquía. Esta última entrega al superior una serie de potestades respecto del subordinado, dando origen a la relación jerárquica. Éstas son básicamente las de darle órdenes, revisar lo que hace, controlarlo y sancionar las infracciones a sus deberes, prohibiciones u obligaciones. Ahora, el control que deben ejercer las jefaturas es “permanente”, se extiende “a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”, y “a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos” (artículo 11, Ley n. 18.575). Por lo mismo, la autoridad tendría que controlar los correos de sus subordinados, si pudiera acceder a ellos. Además, afectaría claramente el debido cum-

plimiento de las funciones del servicio, porque la jefatura tendría que distraerse de su labor principal para lograr tal propósito, dada la cantidad de correos que tendría que fiscalizar.

*Sexagesimo sexto.* Que este Tribunal considera, en consecuencia, que efectivamente el inciso segundo del artículo 5º, impugnado en estos autos, excede, en su aplicación a la gestión pendiente de autos, lo dispuesto en la Carta Fundamental.

La relevancia para el caso concreto de lo anterior es que se ha utilizado este precepto para incluir a los correos electrónicos en información que elabora la Administración.

Ello nos parece que pugna con la Carta Fundamental, pues excede lo previsto en ella, va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse.

Y Teniendo Presente lo prescrito en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º y 19 n. 5º de la Constitución Política de la República; y artículos 30 y 31 de la Ley n. 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

*Se resuelve:*

1º Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1, declarándose la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5º de la Ley n. 20.285, en la parte que dispone que es pública “[...] toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.”

2º “Que se deja sin efecto la suspensión dispuesta a fojas 125, debiendo oficiarse al efecto.” (5)

## **5 IMPORTANCIA DE LA TECNOLOGÍA**

Como se expuso en un trabajo anterior, una de las caracterizaciones del pasado siglo XX, el llamado “siglo de las luces”, es la revolución informática acrecentada velozmente en lo que va de este siglo. Esta revolución produjo “el tiempo

real”, instantáneo, redujo el espacio a la mínima expresión contenida en un aparato electrónico llámese computador, *laptop*, *ipod*, celular, *tablets*; pero además ha masificado la información. (6) Esta revolución tecnológica digital en la que se advierte una competencia agresiva por crear, adaptar o transformar cada vez aparatos pequeños, livianos y laminares con múltiples funciones, alguna de ellas simultáneas (transmisores y receptores de datos multifuncionales), y que en menor tiempo se vuelven obsoletos apareciendo “otros más inteligentes” con avances mayores en rapidez y memoria. Hace aproximadamente tres décadas, con el apareamiento y uso del Internet, el denominado “ciberespacio” pasó a llamarse “cibercultura” que es el proceso de expansión de las TIC – tecnología de información y comunicación – cuyos aspectos distintivos son: interactividad con los aparatos electrónicos, hipertextualidad y la conectividad por medio de aquellos. (7)

Entre algunos aspectos positivos de esta revolución tecnológica, que forma parte del acervo cultural – homeostasis socio cultural como refiere a este acervo, el neurocientífico estadounidense Antonio Damasio (8) –, y circunscribiéndonos a lo comunicacional, podemos mencionar la formación o creación de diversas redes sociales que ha posibilitado intercambio instantáneo de información, opinión, imágenes; generado relaciones de familiaridad, amistad, solidaridad en pos de procurar logros humanitarios o reivindicativos. El Internet también ha suscitado para sus usuarios, sociabilización del conocimiento, información, educación y formación a través del acceso gratuito – y pagado en ciertos casos- de bibliotecas y museos virtuales, y diversos tópicos culturales, música, teatro, cine y más artes, al igual que costumbres, entornos geográficos y otros. También ha permitido el comercio, banca, operaciones bursátiles electrónica u online. En otro orden, y con las “reservas del caso”, mayor seguridad ciudadana. Pero, obviamente, que estos adelantos tiene su contraparte negativa como el cometimiento de delitos informáticos, o la utilización dolosa y fraudulenta de aparatos electrónicos para ejecución de una serie de acciones u omisiones delictivas. Y aquí vamos a detenernos para en forma somera efectuar algunas disquisiciones respecto a las acciones intrusivas – violatorias a los derechos de privacidad e intimidad- que cometen los destinatarios – se supone conocidos- de

datos de voz, escritos, imágenes (fijas o en movimiento) a otros no autorizados por el original remitente; los que hurtan o roban los aparatos que contienen lo antes enunciado y se informan en su provecho o de terceros; los que quebrantando las claves acceden, sin autorización claro, a aquella información y, sea con beneficio económico o de otro orden la “suben” a la red o trasladan a plataformas electrónicas de acceso general. No menos preocupante, en este tema, se advierte que tanto entidades del sector privado, como gubernamentales y públicas, que por su actividad y función, incluso por seguridad, llevan y tienen una amplia gama de datos de las personas, puedan, por acción u omisión ser objeto de manipulación, sustracción o transacción dolosa, y si lo anterior es grave, lo es más aún, la tentación si no ejecución de espionaje del que podemos ser víctima los ciudadanos.

## 6 CONCLUSIONES

La intimidad y la privacidad, ya homónimamente consideradas; ya sutilmente diferenciadas, ya estimadas individualmente, constituyen derechos fundamentales del ser humano; por tanto, inalienables, inviolables e imprescriptibles. Así lo reconocen y garantizan diversos instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración de los Derechos Humanos y otros que ya se han citado.

Estos derechos han sido objeto de reiterada garantía y protección por altos tribunales de justicia a través de importantísimas jurisprudencias en las que han desarrollado los aspectos fácticos y jurídicos que conciernen a aquellos, y que se hallan reseñados en este trabajo. Verbi gratia, el Tribunal Supremo Español estima afectación a toda intromisión ilegítima, y aplica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional de España pondera la prevalencia del derecho a la intimidad personal frente al derecho de la información. El Tribunal Constitucional Alemán desarrolla fácticamente lo que concierne a la intimidad y privacidad. La Corte Constitucional Colombiana desarrolla jurídicamente el derecho de intimidad a través de los principios de libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad. Por su parte el Tribunal Constitucional Chileno en una de

sus sentencias más recientes, aplicando los principios pro homine pro libertate, y el de igualdad, determina que los ciudadanos que desempeñan funciones públicas bajo cualquier modalidad tienen los mismos derechos que los que no ostentan esa calidad, entre otros el derecho a la privacidad, específicamente de los correos electrónicos entre funcionarios públicos, bajo el criterio de interpretar la Constitución Política conforme a los avances tecnológicos.

La garantía de protección a los derechos de privacidad e intimidad no puede ser eliminada ni suspendida; únicamente debe tener limitaciones legales – en lo posible fijadas en la constitución – preestablecidas taxativamente; de lo contrario, la ambigüedad conlleva a la discrecionalidad en la interpretación o aplicación; y conocido es, a mayor discrecionalidad mayor arbitrariedad.

Viviendo la realidad de un mundo globalizado, en el que por efecto de la revolución tecnológica fluyen y refluyen en tiempo real infinidad de datos escritos, de voz, así como imágenes fijas o en movimiento; a fin de menguar peligros o aspectos nocivos de violación a la privacidad o intimidad en esos campos – que comprueba la hipótesis planteada –, reconociendo que es un problema global la solución tiene que ser – aunque parezca utópica y de Perogrullo– global. Por ello estimamos que la Organización de las Naciones Unidas debe imponer un código de conducta ética a las empresas multinacionales proveedores de servicios informáticos, y fabricantes de equipos informáticos en procura de salvaguardar los derechos de intimidad y privacidad; y en igual forma para los entes gubernamentales y privados detentores de la información de las personas naturales.

## REFERENCIAS

ACOSTA, C. R. Problemas Globales. *Revista Electrónica Equipo Federal del Trabajo*, Buenos Aires, n. 82, 2012.

ÁLVAREZ VALENZUELA, D. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. *Revista Chilena de Derecho Informático*, n. 5, p. 191-202, 2004.

ARRIETA CORTÉS, R. Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. *Revista Chilena de Derecho Informático*, n. 6, p. 147-157, 2005.

CEA, J. L. *Derecho constitucional chileno*: tomo 2. 2. ed. Santiago, 2012.

DAMASIO, A. *Y el cerebro creó al hombre*. Traducción Ferran Meler Orti. Barcelona: Destino, 2010. v. 182.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Madrid: Editorial Thompson Civitas, 2004.

FROSINI, T. Nuevas tecnologías y constitucionalismo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 124, p. 129-147, Abr./Jun. 2004.

JIMÉNEZ CAMPOS, J. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, n. 20, p. 51, Mayo-Ago. 1987.

LAMBEA RUEDA, A. El correo electrónico. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 936-963, Dic. 2002.

MARTÍN MORALES, R. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

NOGUEIRA, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*: tomo 1. Santiago: Editorial Librotecnia, 2007.

PETRAUSKAS, R. Los principios y la implementación de la democracia electrónica. En: GALINDO, F. G. *Derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

RODRÍGUEZ, E. S. El correo electrónico. *Revista Chilena de Derecho Informático*, n. 3, 2012.

SANGUINETI, L. Ciberculturas. *Revista Electrónica Equipo Federal del Trabajo*, Buenos Aires, n. 70, Mar. 2011.



SCHWABE, J. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo, 2009.

SILVA BASCUÑÁN, A. *Tratado de Derecho Constitucional*: tomo 21. Santiago, 2006.

VERDUGO, M.; PFEFFER, E.; NOGUEIRA, H. *Derecho constitucional*: tomo 1. Santiago: Editorial Jurídica, 1994.

VIVANCO, Á. *Curso de derecho constitucional*: tomo 2. Santiago: Editorial PUC, 2006.



# DE LO PÚBLICO A LO COMÚN EN LOS MODELOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: LA GARANTÍA DE UN NUEVO SISTEMA CIVIL

Helena Nadal Sánchez\*

## 1 INTRODUCCIÓN

El origen de los derechos de propiedad intelectual en su actual configuración no hubiera sido posible sin el nacimiento de la imprenta y la reproducibilidad mecánica de la obra.<sup>1</sup> Hasta su invención, la copia de códices llevada a cabo por las órdenes monásticas garantizaba el control del flujo de las ideas por parte de las instituciones donde se realizaba esta actividad. A partir de 1450, fecha aproximada en la que se atribuye el nacimiento de la imprenta, ya es posible un tránsito libre de las ideas mediante un sistema que produce una modificación cuantitativa del número de copias y una distribución fuera de los canales de intercambio entre monasterios y de hecho se erige como una de las principales causas del auge del protestantismo.<sup>2</sup> “La primera mitad del siglo XVI vio la aparición de dos “best-sellers”: el alemán Martín Lutero y el holandés Erasmo de Rotterdam. Del tratado de Lutero *An den christlichen Adel deutscher Nation*, obra que ayudó a poner en marcha la Reforma, se vendieron 4000 ejemplares en cinco días cuando se publicó en 1520.”<sup>3</sup> Todo este fenómeno hace que la imprenta se vea como una amenaza para el control de la información que se resuelve con la creación de una serie de derechos en los gremios de editores cuya utilidad real es devolver el control a las instancias gubernamentales

---

\* Máster en Gestión de Conflictos y Promoción de la Convivencia por la Universidad Autónoma de Barcelona en 2013; Especialista Universitario en Mediación Familiar por la Universidad de Burgos (España) en 2007; Profesora Colaboradora Honorífica en el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Burgos y miembro del Grupo de Innovación Docente *Metodología jurídico-político-filosófica*; Profesora del *Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar* de la misma institución; Hospital del Rey, s/n, 09001, Burgos, España; hnadal@ubu.es

<sup>1</sup> Sobre la reproducibilidad mecánica de la obra, *vid. Benjamin (1973)*.

<sup>2</sup> Gilmont (1998, p. 331-365).

<sup>3</sup> Clair (1998, p. 167).

y eclesiásticas bajo la pretensión de proteger los derechos del impresor y posteriormente del autor.<sup>4</sup>

En su momento la imprenta supuso un cambio cuantitativo<sup>5</sup> por cuanto permitía un aumento decisivo de copias, sin embargo actualmente Internet está suponiendo un cambio –cuantitativo, desde luego – pero sobre todo cualitativo: si la imprenta permitía copiar más veces, Internet además permite hacer más cosas con los contenidos que se copian. En este sentido, si bien la revolución que ha supuesto la Red en el intercambio de la información ha sido comparada con la que produjo en su momento la imprenta, De la Cueva<sup>6</sup> estima más oportuno hablar del cambio cualitativo que ya se expuso en el *Fedro* de Platón<sup>7</sup> cuando se tratan los cambios y los peligros que podría suponer el abandono de la memoria – esencial en la transmisión de la cultura oral – por los textos – en el paso a la cultura escrita –:<sup>8</sup> “Este invento dará origen en las almas de quienes lo aprendan al olvido, por descuido de la memoria, ya que los hombres, por culpa de su confianza en la escritura, serán atraídos al recuerdo desde fuera, por unos caracteres ajenos a ellos, no desde dentro, por su propio esfuerzo.” Con Internet nos encontramos con una diversidad tal en las posibilidades de gestión de la información que podría implicar incluso modificaciones cognitivas y modificaciones en los sistemas de aprendizaje – fundamentalmente de carácter visual–, lo que se halla actualmente postulado por alguna doctrina<sup>9</sup> sin que exista un consenso concluyente al respecto.

---

<sup>4</sup> Sobre perspectivas históricas en el nacimiento de los derechos de autor y su orientación hacia la regulación de los derechos de los editores, *vid.* Patterson (1968) y Rose (1993).

<sup>5</sup> “La invención de la imprenta de tipos móviles en Europa Occidental fue el resultado de una apremiante necesidad provocada por el desarrollo de la alfabetización. Entre los siglos VI y XII las copias manuscritas de textos, tanto religiosos como laicos, realizadas por los monjes en los escritorios de sus monasterios, eran más que suficientes para atender la escasa demanda. Durante el siglo XII, sin embargo, Europa comenzó a salir gradualmente de lo que los libros de historia llamaban las “Edades Bárbaras” y un retoñar de la intensa actividad intelectual provocó el nacimiento de las primeras universidades en Europa: Montpellier (antes de 1137), Vicenza (1204), Padua (1222) y Toulouse (1229), seguidas de una veintena más, entre ellas Bolonia, París y Salerno, durante los cien años siguientes.” (CLAIR, 1998, p. 1).

<sup>6</sup> De la Cueva (2011).

<sup>7</sup> Platón (1997, 274-275d).

<sup>8</sup> Rodríguez Mayorgas (2010).

<sup>9</sup> Wallace (2001), Carr (2011) y Sartori (2012).

Si bien nos hallamos en una situación de cambio de paradigma, los sistemas de propiedad intelectual conservan su estructura piramidal tradicional impuesto por el modelo económico propio de un mundo que se revela ya como “anterior” pero que no tiene en cuenta las acciones novedosas que aparecen en el contexto de este tipo de propiedad a causa de los cambios cualitativos mencionados en la transmisión de la información y que están demostrando que esos mismos sistemas son inoperantes incidiendo de esta manera en una pérdida de la eficacia jurídica de las normas regulatorias. La mayoría de estas acciones novedosas se resumen en el hecho de que con la nueva tecnología digital de la que disponemos cotidianamente resulta extremadamente fácil cometer infracciones contra la propiedad intelectual, de prácticamente imposible persecución dado que las mismas se realizan en dos entornos que dificultan gravemente la aplicación de las normas sancionatorias: el entorno doméstico protegido por la inviolabilidad del domicilio y el entorno de las comunicaciones, donde rige el derecho fundamental al secreto de las mismas. A esto hay que añadir que los usuarios no conocemos la legislación que rige la utilización de esta tecnología digital que abarca a dispositivos ya inherentes a nuestra realidad como teléfonos móviles, ordenadores, impresoras, escáneres, etc., con lo cual se produce un problema consistente en la imposibilidad del usuario de utilizar el sentido común para conocer lo que es legal o lo que traspasa los límites de la norma. Es por ello que, más allá de la importancia de describir la normativa jurídica que regula la propiedad intelectual, es pertinente exponer la situación de desfase entre dicha normativa y las actuales exigencias que aparecen con el desarrollo y uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Si durante la época de la imprenta fueron dos los mecanismos de control para evitar el esparcimiento de las ideas contrarias al poder (por una parte el control sobre la máquina, con las restricciones aduaneras en el comercio de imprentas y por otra el control sobre el contenido llevado a cabo por el conocido *nihil obstat*)<sup>10</sup> la situación

---

<sup>10</sup> Como dato paradójico, cabe destacar, que en algunos casos, como el de Lutero, fueron los mismos beneficiados por la difusión de su obra mediante la imprenta quienes abogaron por los mecanismos de

actual no es muy diferente ya que el poder intenta controlar las máquinas y las redes bajo la excusa de evitar la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. También ahora nos encontramos –como en la época de la Reforma– con reacciones decisivas de los intereses económicos y políticos que representan un determinado sistema.<sup>11</sup>

Respecto a la generación de las normas que regulan la propiedad intelectual cabe destacar que en principio se constituyen como tratados internacionales que son adaptados por los diferentes países en sus normativas internas. Estas normas tienen un origen internacional porque durante el siglo XIX los derechos de propiedad intelectual eran propios de cada país, de tal forma que, por ejemplo, en el caso de un autor español, no le eran reconocidos sus derechos en otro país. Esto condujo primeramente a una situación en la que era posible copiar impunemente las obras de los autores de otros países y después a establecer –como vía de solución– una serie de convenios y tratados para defender recíprocamente los derechos de los autores más allá de sus países, que desembocaron en los mencionados tratados internacionales y en la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual como organismo encargado de regularlos. Sin embargo, empresas de la industria titular de derechos de propiedad intelectual fueron más allá, y mediante acciones de cabildeo lograron incorporar un anexo sobre propiedad intelectual a los pactos privados con que los Estados fundaron la Organización Mundial del Comercio. Siguiendo a De la Cueva:<sup>12</sup>

Esta regulación legal es muy homogénea globalmente y su estructura, sintéticamente, se compone de una parte pública y una privada. En la parte pública, hallamos los tratados internacionales firmados en sede de la Organización Mundial de

---

control de la difusión de las ideas y defendieron una limitación del acceso al conocimiento para una élite de futuros gobernantes (CAVALLO; CHARTIER, 1998, p. 339-340).

<sup>11</sup> Ni el momento de la Reforma ni actualmente el de la revolución de la información han sido únicos. Por el contrario, se constituyen como distintas modulaciones del clásico problema del control del conocimiento. Por citar un ejemplo cabe referirse al tiempo intermedio del intento de la Ilustración en España en el que “[...] dos veces atina Jovellanos al apostar por la creación de un espacio público para la ciencia: acertaba al descubrir en la ciudadanía al cómplice ineludible de las reformas y, desde luego, al elegir el estilo con que susurrarle al público la empresa para la que era convocado. Todavía nos sorprende la claridad y la contundencia de su pensamiento y lo cierto es que no estaba solo, pues eran legión quienes compartían su ideario, muchos de ellos eran los portavoces implicados en la batalla por el control de la opinión pública.” (LAFUENTE; PIMENTEL, 2012, p. 145).

<sup>12</sup> De la Cueva (2013).

la Propiedad Intelectual (OMPI), la agencia de las Naciones Unidas dedicada al uso de la propiedad intelectual (*patentes, derecho de autor, marcas, diseños (dibujos y modelos), etc.*) como medio de estimular la innovación y la creatividad.<sup>13</sup> Los tratados de la OMPI una vez firmados por los Estados son incorporados a sus legislaciones nacionales y, además, en nuestro caso, la Unión Europea desarrolla unas Directivas<sup>14</sup> (acordes con los tratados) que posteriormente son objeto de transposición por los Estados miembros. Sin embargo, la OMPI carecía de un mecanismo coactivo para obligar a los países a adoptar las leyes del copyright,<sup>15</sup> por lo que se impuso una parte privada mediante las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) que culminaron el 15 de abril de 1994 con la firma en Marrakech por representantes de la Unión Europea y de sus Estados miembros del Acta final del Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC). Como Anexo 1C al acuerdo de creación de la OMC se firmaron los “Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio” (ADPIC) en cuyo preámbulo literalmente se establece que se reconoce *que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados siendo los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales la protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología.* De esta manera y mediante una estructura piramidal se logra la homogeneización de un campo en el que operan los intereses privados de los titulares de los derechos y se promueven políticas públicas que les benefician,<sup>16</sup> en un mercado muy concentrado.<sup>17</sup>

De esta manera podemos afirmar que en la propiedad intelectual los países están adoptando una legislación no elegida por los órganos nacionales sino que desde la normativa internacional se implanta en las normativas nacionales.

<sup>13</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2013).

<sup>14</sup> Para una consulta exhaustiva de la normativa europea aplicable, ver Europa Síntesis de la Legislación de la UE (2013).

<sup>15</sup> Smiers (2006, p. 58).

<sup>16</sup> Sobre la operatividad entre intereses privados e intereses públicos, ver Capella (2008, p. 307-312) y Ferrajoli (2011, p. 52-58). Específicamente con respecto a la propiedad intelectual, ver Drahos (2002) y Sell (2003).

<sup>17</sup> Sobre la concentración en el ámbito de las publicaciones académicas, vid. Lafuente (2011, p. 194). En el ámbito de los beneficiarios de los derechos de propiedad intelectual, el informe de la Comisión Nacional de la Competencia es esclarecedor: *conviene tener presente el caso de la SGAE, donde unos 600 titulares (un 1,7% del total de titulares beneficiarios) concentran el 75% de lo que se reparte.* Datos según: Comisión Nacional de la Competencia (2009, p. 26-27).

Por último, se ha de señalar que en un aspecto económico y con la excusa de la defensa de los derechos de los autores, la legislación de propiedad intelectual encubre que tan sólo los Estados Unidos y el Reino Unido tienen una balanza de pagos positiva por derechos de propiedad intelectual: el resto de los Estados del mundo les satisface *royalties* en concepto de los contenidos del entretenimiento.

## 2 SÍNTESIS BÁSICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

La propiedad intelectual se asienta sobre dos conceptos iniciales: el autor y la obra. La actual ley de propiedad intelectual,<sup>18</sup> el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), está impregnada del concepto de autor decimonónico, es decir: el autor individual mientras que actualmente predomina un concepto de autor colectivo, tal es el caso de una producción cinematográfica – en el mundo artístico – o de los proyectos de investigación – en el mundo científico . Esta ruptura con el concepto clásico de autor supone una ruptura paralela con el concepto de obra, que pasa también de ser individual a ser colectiva. De todas las obras colectivas generadas hasta ahora, sin duda la de mayor magnitud es Internet, creada a partir de 1986 y aunque nos hayamos acostumbrado a verla como un lugar donde se deposita e intercambia la información, lo cierto es que constituye la mayor enciclopedia técnica de la que disponemos que aúna una serie de protocolos libres evolucionados a partir de mecanismos de Request for Comments (RFC)<sup>19</sup> Internet ha provocado una tensión con la propiedad intelectual tradicional ya que esta red es una “gran máquina de copiar” que se utiliza para infringir los derechos de autor tradicionales. Además de Internet, como obra, debemos citar la Wikipedia como paradigma más conocido de la creación colectiva. De momento, es relevante señalar que se difumina el concepto de autor tradicional, sustituyéndose por autoría colectiva como la autora de la Wikipedia, poniéndose además en cuestión lo sistemas tradicionales

---

<sup>18</sup> Real Decreto Legislativo n. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado*, n. 97, de 22 de abril de 1996.

<sup>19</sup> De La Cueva (2013, p. 6).



de producción de obras, donde una empresa mercantil era quien realizaba la fijación en un soporte. Con la utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, existen múltiples ejemplos de autoría colectiva: pantallas lumínicas en lugares públicos cuyo contenido se modifica mediante el envío de un SMS a un número de teléfono, librerías de software que rastrean Internet, escogen fotografías y las utilizan como píxeles de mosaicos, etc.

La propiedad intelectual nace desde el momento en que el autor genera una obra (de la cual se exige un determinado concepto de originalidad) y para demostrar esta circunstancia puede recurrirse al Registro de la Propiedad Intelectual que, si bien no es constitutivo de los derechos (los derechos nacen de la creación de la obra, no de la inscripción en el Registro), supone una prueba privilegiada de la autoría.

En nuestro sistema, los derechos de autor se dividen en dos grandes grupos: los derechos morales y los derechos de explotación. Así lo establece el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.”

Los derechos morales expresan las facultades que tiene toda persona para que la obra sea una extensión de su personalidad. Se trata de derechos imprescriptibles y no transmisibles. La relación de los mismos viene establecida en el artículo 14 del TRLPI, que transcribimos:

Artículo 14. Contenido y características del derecho moral. Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

- 1º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- 2º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- 3º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- 4º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

6º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

El segundo de los grandes grupos de los derechos de autor son los derechos de explotación. Si los derechos morales son más bien derechos de carácter personal, los derechos de explotación son de carácter económico y los que más problemas plantean debido a esta naturaleza. En nuestra legislación aparecen en el art. 17 del TRLPI:

Artículo 17. Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades. Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.

El artículo anterior, pues, enumera cuatro derechos de explotación: los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Los artículos 18, 19, 20 y 21 del texto legal definen lo que se entiende por cada uno de ellos, pudiendo sintetizarse de la siguiente forma:

- a) El derecho a copia: el autor decide quién y cómo se pueden realizar copias de su obra.

- b) El derecho a distribución tiene por objeto los ejemplares físicos de una obra, diferenciándose así de la comunicación pública.
- c) El derecho a la difusión o comunicación pública de la obra consiste en *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*.
- d) El derecho a la transformación: el autor decide cómo se transforma su obra; los típicos ejemplos son la traducción de una obra o la transformación de una novela a un guión de teatro o de cine.

Las modalidades de los derechos de explotación están permanentemente sometidas a litigio dada su relevancia económica, tal y como señalamos anteriormente. Además, debe añadirse que a medida que la tecnología va desarrollando posibilidades de copia se van generando modificaciones en la legislación para controlarlas, como lo ha sido el supuesto de la regulación sobre las redes P2P o sobre las condiciones de la copia privada. Dentro de los cuatro derechos de explotación, los que más suscitan la mencionada controversia son el derecho a copia y el derecho a la difusión. Respecto al derecho a copia uno de los problemas más frecuentes es el que aparece cuando la copia implica un cambio de soporte. En este caso resulta difícil determinar si se está transformando la obra o no. Las obras objeto de propiedad intelectual se hallan constituidas por dos elementos: el *corpus mysticum*, que es la obra en sí mismo considerada, y el *corpus mechanicum* que es el soporte físico de la obra. Estas categorías, que ya existían en Derecho romano en relación a la accesión en bienes muebles (*textura, tinctura, scriptura*), son asumidas por la propiedad intelectual para proteger los derechos del autor. El resultado es que según ésta, el hecho de adquirir el soporte físico donde se aloja la obra (por ejemplo un CD) no da el derecho de hacer cuanto se quiera con dicha obra puesto que el propietario de los derechos de la obra estipula en la licencia las condiciones de copia, distribución, difusión y transformación de la misma. Respecto al derecho a la difusión, ocurre que la transmisión digital se produce mediante la copia, habiéndose modificado la normativa para incluir sistemas de copiado/transmisión mediante formas fraccionadas y no si-

multáneas de copiado y no sólo los sistemas tradicionales de comunicación pública de una obra íntegra y ante un público cuya atención se prestaba simultáneamente a la emisión de la obra.

Al contrario que ocurre con los derechos morales, los derechos de explotación se transmiten. Los mecanismos para su cesión han cambiado. Tradicionalmente se venía haciendo a través de contratos cerrados de cesión de derechos por los cuales el autor se desprendía de los vínculos con la obra que estipulara dicho contrato. Era única forma de entrar en los circuitos de difusión que a su vez se hallaban monopolizados por las empresas de contenidos tradicionales. Pero con la aparición de Internet se ha hecho posible la autodistribución, con lo cual ya no es necesario recurrir, por ejemplo, a una editorial con todo lo que ello supone de pérdida de derechos. Con ello se produce una pérdida de control de los canales de difusión y se supera el antiguo *nihil obstat*, hecho extremadamente relevante no sólo para el mundo de la propiedad intelectual sino para el ámbito político ya que se libera la información de los mecanismos habituales de control. De hecho, existe una distorsión entre el diseño legal de propiedad intelectual y la práctica de la venta de los derechos de autor que conduce a situaciones tan incongruentes como lo es el caso de la producción académica y científica, donde al autor no se le retribuye por la obra sino que si quiere entrar en los circuitos de difusión – por ejemplo un profesor que quiere alcanzar un determinado *ranking*– incluso en ocasiones debe pagar para publicar en una determinada revista,<sup>20</sup> revista por cuya suscripción tendrá luego que pagar la biblioteca de la universidad y por la cual deberá abonar a CEDRO – la entidad de gestión que gestiona las obras de textos académicos – una tarifa por alumno para poder hacer reproducciones reprográficas (fotocopias) de la revista. La incongruencia radica en que los derechos de autor estaban pensados para retribuir la producción de la obra cuando en realidad el sistema obliga al autor a entrar en unos mecanismos de difusión que implican un pago.

---

<sup>20</sup> Lafuente y Alonso (2011, p. 195-208).

Además de los derechos morales y los derechos de explotación, existe otra serie de derechos que surgen cuando el legislador entiende que el control sobre la copia, la distribución, difusión o transformación de la obra es imposible. Estos otros derechos se denominan de simple remuneración y en nuestra legislación se concretan en la compensación por copia privada y el derecho de participación.

- a) La compensación por copia privada,<sup>21</sup> reconocido en el artículo 25 del TRLPI, es el resultado del desarrollo durante los años 1960 de la tecnología del cassette, que permitía que los usuarios copiasen obras en el entorno doméstico. Como se reveló imposible prohibir este tipo de práctica por el amparo del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio en Alemania se optó por convalidar estas copias privadas que se llevaban a cabo de forma generalizada y cobrar un canon a quienes más beneficios obtenían por ellas: las empresas fabricantes de los *equipos, aparatos y materiales* susceptibles de utilizarse para hacer las copias, de modo que cada aparato o cinta de cassette iba gravado, además de su precio de venta al público, con un importe correspondiente a un canon. Con la tecnología digital se produce el fenómeno de las descargas mediante redes p2p, lo que obligó a una nueva regulación que tuvo lugar en 2006. Sin embargo, en ese momento se perdió una oportunidad de recuperar el espíritu de la reforma de 1960 y, siguiendo sus principios, haber establecido una obligatoriedad de pago de canon a las empresas que desarrollan la tecnología utilizada para realizar las copias (hoy en día son las empresas de telecomunicaciones que son las que suministran los servicios de conexión a internet). Sin embargo, consecuentemente no se consideró que las acciones en la red conocidas como “descargas” entraban en el concepto de copia privada, no siendo susceptibles de ser legalizadas

---

<sup>21</sup> Seguimos en este apartado a De la Cueva, *Los derechos de autor* [...]

mediante la remuneración de un canon. Mantener como ilícitas las descargas en internet que no gozan del permiso de los propietarios permite asimismo que continúe el negocio “antipiratería”, del que obtienen grandes beneficios los despachos de abogados que se nutren de casos contra las descargas, empresas desarrolladoras de *software* y, sobre todo, instancias gubernamentales que, de nuevo como en la época de la Reforma, ven en la salvaguarda de la propiedad intelectual la excusa para intervenir en las comunicaciones. La conocida como “Ley Sinde” es la máxima expresión de este hecho al hacer posible el cierre de cualquier servicio de la sociedad de la información que transcurra a través de redes desde el Ministerio de Cultura sin necesidad de que un juez lo convalide; este hecho sólo puede interpretarse como un control político de las redes. Señala De la Cueva:<sup>22</sup>

Finalmente, mediante la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>23</sup> se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la ley prometida por los políticos nacionales a los estadounidenses. A través de esta ley se crea una sección en el Ministerio de Cultura cuyas competencias son las de “salvaguardar los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.”<sup>24</sup> De esta manera, la competencia para las infracciones que antes correspondía a los órganos del poder judicial se desplaza bajo el control del poder ejecutivo, a quien se le da la potestad de cerrar páginas *web* o cualquier servicio de la sociedad de la información en un procedimiento donde única y exclusivamente se analiza la propiedad intelectual y no otros derechos. Las razones alegadas entonces fueron la necesidad de promover procedimientos que en plazos brevísimos pudieran resolver problemas de *piratería* en la red, celeridad que tras el tiempo transcurrido se ha demostrado falsa. La realidad es que los jueces nacionales no consideraban que un *hiperenlace* supusiera una infracción de la propiedad intelectual dado que no reproduce ni difunde

---

<sup>22</sup> De la Cueva (2013, p. 15-16): “Internet como entorno de la opinión pública: envolviendo los derechos fundamentales en derechos ordinarios.”

<sup>23</sup> Ley n. 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, *Boletín Oficial del Estado*, n. 55, de 5 de marzo de 2011.

<sup>24</sup> Artículo 158.2 del TRLPI.

un archivo<sup>25</sup> sino que éste se difunde por medio de quien lo aloja y no por quien *señala dónde está*, así que el legislador decidió sustituirlos por miembros del Ministerio de Cultura, más proclives a seguir las instrucciones de la industria de los contenidos y de las entidades de gestión de la propiedad intelectual.

- b) El derecho de participación, regulado en el artículo 24 del TRLPI, mediante el cual “Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil”. Se trata de que el autor tenga derecho a la plusvalía que genere la revalorización de la obra.

Además de los citados derechos morales, derechos de explotación y derechos de simple remuneración, la normativa de propiedad intelectual establece unos derechos en favor de las industrias que intervienen en el sector, lo que supone una peculiaridad con respecto a otros ámbitos industriales como, por ejemplo, el mundo de la moda o de la gastronomía, donde es posible crear productos derivados a partir de elementos recombinales sin que intervenga la propiedad intelectual. Sin embargo la industria del entretenimiento y el ámbito de las creaciones culturales tiene una protección jurídica vía medidas cautelares y vía delitos específicos contra dicha propiedad que se extiende a los productores. Existen tres tipos de productores protegidos por la ley de propiedad intelectual y que son los productores videográficos, los productores fonográficos y los editores.

### 3 LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Una vez vista la síntesis básica de los derechos materiales que la ley reconoce a los creadores de obras, debemos saber que la gestión de los derechos se realiza no sólo

---

<sup>25</sup> Derecho de Internet (2013).

mediante actos propios del autor o del cesionario de sus derechos, esto es, la persona jurídica a quien el autor le ha cedido sus derechos sino que, además, existen unas entidades que, por ley, gestionan los mismos. Las entidades de gestión ayudan a proteger los derechos que el autor o el productor por sí mismos no pueden realizar; por ejemplo, se puede controlar la distribución de un libro pero queda fuera del alcance del titular de los derechos controlar cuántas fotocopias se hacen del mismo. Por ello, se delega la gestión de determinados derechos en las entidades de gestión. La defensa de intereses colectivos que estas entidades realizan tiene otros ejemplos similares en el ordenamiento jurídico: los sindicatos defienden los derechos de los trabajadores y las asociaciones de los consumidores protegen intereses difusos de personas que no son socios. La regulación legal de estas entidades se halla en los artículos 142 a 152 del TRLPI.

A pesar de la valoración negativa que se les ha dispensado en nuestra sociedad, siendo la Sociedad General de Autores y Editores uno de los organismos más defenestrados, establecer sistemas recaudatorios de derechos no es bueno ni malo en sí mismo considerado sino que depende de la calidad de la gestión que se lleve a cabo. En este sentido, una de las conclusiones del informe de diciembre de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia<sup>26</sup> advierte que la normativa nacional sobre propiedad intelectual podría estar vulnerando las normas europeas sobre este mismo ámbito porque genera un sistema de monopolio:

De hecho, en la medida en que se pueda entender que es la propia legislación española de propiedad intelectual la que hace factible que las entidades de gestión adopten o puedan adoptar de forma reiterada comportamientos abusivos de su posición de dominio, no es del todo descartable conforme a la jurisprudencia comunitaria que la Comisión Europea pueda llegar a considerar que España es responsable de una infracción del artículo 86 del Tratado CE (actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que impone a los Estados miembros la obligación de no adoptar ni mantener respecto de “[...] aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos [...]” relativos a las normas de competencia, siendo así

---

<sup>26</sup> Comisión Nacional de la Competencia (2009, p. 86).



que el artículo 82 TCE (actual art. 102 del TFUE) prohíbe a las empresas la explotación abusiva de su posición dominante en el mercado.

Las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual son asociaciones privadas que se encargan de gestionar «derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual»,<sup>27</sup> y requieren para su constitución la autorización del Ministerio de Cultura, que será publicada en el BOE. En la actualidad existen ocho entidades de gestión en nuestro país:

Gestión de derechos de autores:

- a) Sociedad General de Autores y Editores (SGAE);
- b) Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO);
- c) Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP);
- d) Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA).

Gestión de derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes:

- a) Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE);
- b) Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE).

Gestión de derechos de productores:

- a) Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI);
- b) Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA).

---

<sup>27</sup> Artículo 147 del TRLPI.

Estas entidades recaudan los importes de todos los autores, teniendo el compromiso de repartir lo recaudado tanto entre sus socios como los no socios. Sin embargo, en la práctica los importes que corresponden a los no socios lo integran estas entidades en sus patrimonios. Además de esta situación, el hecho de que los anteriores directivos de la entidad de gestión SGAE se hallen actualmente sometidos a imputación ante los tribunales nacionales por apropiación en su favor personal del patrimonio de las entidades hace que se produzca una situación de descontento por parte de quienes obligatoriamente ven cómo parte de sus derechos es gestionado de una forma que se considera irregular y con falta de transparencia. No ayuda a este extremo el informe mencionado de la Comisión Nacional de la Competencia.

#### **4 EL CAMBIO DE PARADIGMA: SISTEMAS QUE PROMUEVEN EL PRO-COMÚN DIGITAL**

Hasta aquí hemos visto el diseño legal de la propiedad intelectual: un autor crea una obra y por la sola creación comienza a detentar unos derechos morales y unos derechos de explotación. Los derechos morales son de su titularidad perpetuamente mientras que los derechos de explotación los puede transmitir conforme tenga por conveniente. La gestión de sus derechos puede realizarla por sí mismo o asociándose a una entidad de gestión. Sin embargo, si este esquema era apropiado para una propiedad intelectual cuyo soporte era un objeto físico, no lo parece tanto en los modelos de propiedad digitalizable. Cuando hablamos de propiedad intelectual digital estamos hablando de listas de unos y ceros; tanto si es un programa de ordenador como si se trata de otro tipo de obras. Internet consiste en máquinas clonadoras de listas de unos y ceros interconectadas, actividad que se está demostrando imposible de evitar. La pregunta que nos hacemos es la de cómo puede retribuirse justamente a los autores en un mundo infinitamente clonable?

En los años 1950, un grupo de investigadores se dedicó en el MIT<sup>28</sup> a buscar la forma en que los trenes en una maqueta sita en el sótano estuvieran funcionando el mayor tiempo posible en una sincronización perfecta a la hora de entrar en las estaciones, atravesar cruces de vías, etc. Utilizaban relés de teléfonos que obtenían de reciclaje y creaban sistemas de control, luego programas de software. Se trató de los primeros *hackers*, personas que ofrecen respuestas brillantes preguntas inteligentes. Uno de quienes posteriormente se hallaba en el MIT fue Richard Stallman quien, al intentar reparar una impresora, se encontró con que el *software* de la misma estaba protegido por una licencia de propiedad intelectual privativa con lo cual era imposible el acceso a la misma. Como alternativa escribió las líneas de código del *driver* de dicha impresora y permitió su copia con la intención de que pudieran estudiarse y mejorarse pero con la condición de que si se difundían se adquiriría la obligación de dar a quien las recibiera los mismos derechos con los que las habían recibido. Nació así el movimiento Copyleft y la Licencia General Pública, utilizada en software.

El jurista Lawrence Lessig sugirió que este tipo de licencias podía ser aplicado al resto de las creaciones intelectuales formulando a tal efecto las Licencias Creative Commons (CC), que actualmente se hallan extendidas en múltiples jurisdicciones. Su fecha de nacimiento fue el 16 de febrero de 2002 cuando se anunciaron los seis tipos de licencias cuya finalidad era que cualquiera pudiera utilizarlas, señalando de antemano qué permisos se otorgan en la utilización de una obra. Recordemos que cuando mencionábamos el artículo 17 de TRLPI señalábamos que el autor es quien puede tomar la decisión de a quién transmite sus derechos pero si el autor no ha señalado ningún permiso, significa que nada puede hacerse con la obra. Tanto la Licencia General Pública como las licencias Creative Commons se incorporan en la obra (mediante un archivo incluido en el caso de software, un enlace en el caso de una página web, en los metadatos de un fonograma digital...) y señalan, sin necesidad de preguntas por el usuario al autor, qué derechos de explotación son

---

<sup>28</sup> Instituto Tecnológico de Massachusetts.

los que permite el autor. Estas licencias tienen tres capas, según se manifiesta en la web de Creative Commons:

Nuestras licencias públicas de derechos de autor incorporan un exclusivo e innovador diseño de “tres capas”. Cada licencia comienza como un instrumento legal tradicional, en el tipo de lenguaje y formato de texto conocidos y amados por los abogados. A esto lo llamamos la capa de Código Legal de cada licencia. Pero debido a que la mayoría de los creadores, educadores y científicos no son abogados, también hacemos disponibles las licencias en un formato que las personas normales pueden leer: el resumen de la licencia o “Commons Deed” (también conocido como la versión “legible por humanos” de la licencia). Se trata de una referencia práctica para licenciantes y licenciatarios, que resume y expresa algunos de los términos y condiciones más importantes. Piensa en el Commons Deed como una interfaz amistosa para el Código Legal que está debajo, aunque el resumen en sí mismo no es una licencia y su contenido no es parte del Código Legal propiamente tal. La capa final de la licencia reconoce que el software, desde los motores de búsqueda pasando por la ofimática hasta llegar a la edición de música, juega un papel importante en la creación, copiado, difusión y distribución de obras. A fin de facilitar que la Web sepa dónde hay obras disponibles bajo licencias Creative Commons, entregamos una versión “legible por máquinas” de la licencia: un resumen de los derechos y obligaciones clave escritos en un formato tal que los sistemas informáticos, motores de búsqueda y otras formas de tecnología pueden entender. Para lograr esto, hemos desarrollado un modo estandarizado de describir las licencias que el software puede entender denominado CC Rights Expression Language (CC REL).<sup>29</sup>

Tal y como ya manifestamos, las normas de propiedad intelectual son ineficaces en un mundo de redes y las dos posibilidades que existen son las de bien seguir con sistemas prohibitivos o bien intentar aprovecharse de esta circunstancia y optar por la máxima difusión de la obra utilizando licencias tipo la General Pública para código informático o Creative Commons para obras creativas. Estas licencias se centran en lo que más le interesa al autor: el reconocimiento de su autoría para desde ahí decidir cómo promocionarse o cómo difundir su obra. Por tanto, la retribución a la obra del autor no sería mediante unas posibles retribución por el encargo de la

---

<sup>29</sup> Creative Commons (2013).

obra y unas posteriores rentas monetarias por el uso de la misma, sino mediante una posible retribución por el encargo y el aprovechamiento por el autor de la notoriedad de su nombre.

El movimiento Copyleft<sup>30</sup> obtuvo reconocimiento judicial por primera vez en el mundo mediante la sentencia del caso de Ladinamo, una asociación cultural, que fue demandada por SGAE por el uso de su repertorio, aunque Ladinamo únicamente utilizara obras de autores copyleft. La sentencia de 2 de febrero de 2006 del Juzgado de lo Mercantil n. 5 de Madrid declara que:

[...] de la apreciación conjunta de la prueba practicada este órgano judicial llega a la conclusión de que la demandada evita la comunicación de obras cuya gestión este encomendada a la actora, utilizando un repertorio de autores, que no tienen cedidos los derechos de explotación a la SGAE, teniendo a su disposición una base de datos al efecto y a si lo manifiesta tanto el representante legal de la Asociación como la encargada de la programación, doña Manuela Villa Acosta, lo que es compatible con el carácter alternativo de la Asociación y su integración en el denominado movimiento “copy left”.

Con posterioridad, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Salamanca dictó su sentencia de fecha 11 de abril de 2007 donde se describen los dos modelos de propiedad intelectual, el tradicional que se fundamenta en el control de la copia y el nuevo de obtención de rendimientos a través de la máxima difusión de la copia. Por su importancia reproducimos el fundamento tercero:

Sin embargo, en los últimos tiempos está alcanzando en nuestro país cierto auge un movimiento denominado de “música libre”, muy relacionado con la expansión de Internet como medio de distribución musical. De un modelo de difusión de los contenidos musicales limitado a la venta y al alquiler de ejemplares, controlado por la industria de contenidos, se ha pasado a un modelo casi ilimitado, gracias a la difusión global que proporciona Internet, ámbito en el que los propios creadores, sin intermediación de la industria, pueden poner a disposición de los usuarios de Internet copias digitales de sus obras. Este fenómeno ha originado la concurrencia o coe-

---

<sup>30</sup> Sobre la introducción del copyleft en España, ver De la Cueva (2007, p. 113-132).

xistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación a las nuevas posibilidades ofrecidas por Internet:

- a) El tradicional, basado en la protección de la copia (“copyright”), que busca una restricción del acceso y uso del contenido “on line”, recurriendo a fórmulas negociales de carácter restrictivo y medidas tecnológicas de control de accesos, que se subsumen en los llamados “Digital Rights Management”;
- b) Un modelo que proporciona acceso libre “on line” a los contenidos, permitiéndose en ocasiones el uso personal de los mismos (modelos de licencia implícita) y, en otros supuestos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente. Se trata de los modelos de dominio público y de licencias generales (General Public License), como son, por ejemplo, las licencias “creative commons”, algunas de las cuales incluyen la cláusula “copyleft”.

Con la cláusula “copyleft” el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación. Con las licencias creative commons, el titular del derecho se reserva la explotación económica y puede impedir transformaciones de la misma. Por tanto, debe distinguirse las licencias creative commons de la cláusula “copyleft”. En ocasiones habrá licencias creative commons que incluyan la cláusula “copyleft”.

En todo caso, este modelo parte de la idea común de pretender colocar las obras en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público. Sus partidarios lo proponen como alternativa a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada, restricciones que dicen derivadas de las normas planteadas en los derechos de autor o propiedad intelectual. Se pretende garantizar así una mayor libertad, permitiendo que cada persona receptora de una copia o una versión derivada de un trabajo pueda, a su vez, usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Se trata, sostienen los partidarios de este modelo, de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras, y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática.

Los tipos de licencias Creative Commons son seis y resultan de la combinación de cuatro elementos representados por las siglas BY, NC, ND y SA:<sup>31</sup>

- a) Licencia “By”: (Atribución). El autor permite todo uso de su obra, con la única limitación de que debe reconocerse la autoría. La obra puede reproducirse, distribuirse o difundirse y permite obras derivadas;
- b) Licencia By-SA: By – Share Alike. (Atribución - obligación de que la obra derivada tenga igual licencia). Se permite la reproducción, difusión o distribución y la transformación, siempre que se licencie la obra derivada bajo la misma licencia;
- c) Licencia By-NC: By – Noncommercial. (Atribución – uso no comercial). El autor permite la reproducción, distribución o difusión y obras derivadas siempre que no sea con fines comerciales;
- d) Licencia By-ND: Attribution No Derivatives. (Atribución – no transformación). El autor permite todo uso de su obra incluso comercialmente pero no permite construir sobre la misma, esto es, no permite obras derivadas;
- e) Licencia By-NC-SA: (By – Share Alike – Noncommercial). (Atribución – igual licencia – uso no comercial). Se permite la reproducción, difusión o distribución y la transformación, siempre que se licencie de igual manera y que no sea con fines comerciales;
- f) Licencia By-NC-ND: (By – No Derivatives – Noncommercial). Se permite la reproducción, la difusión o distribución pero no la transformación y siempre que no sea con fines comerciales.

De esta manera, se cambia un sistema de cultura del permiso y se crea una cultura sin permiso previo donde siempre se permite la copia pero atendiendo a los parámetros de la licencia que el usuario puede verificar sin perder tiempo, ni

---

<sup>31</sup> De la Cueva (2007).

hacérselo perder, al autor. De esta manera, en las redes podemos afirmar que el *copyright* restrictivo tradicional pone barreras al conocimiento mientras que en la modalidad permisiva del *copyright*, el *copyleft*, la información discurre libremente, lo que permite un aumento del conocimiento. Los movimientos que nacen al hilo de estas posibilidades han sido los movimientos de lo abierto, lo *open*, de los que tenemos actualmente cuatro modelos, dos en el ámbito educativo. el *open access* y su consecuencia *open science*, y otros dos en el ámbito político o de gobernanza, el *open data* y el *open government*. Todos estos modelos se fundamentan en la posibilidad de la difusión libre del conocimiento y constituyen lo que se ha venido a denominar un procomún digital.

Lafuente,<sup>32</sup> en un artículo seminal, señalaba que:

Bastan unos minutos para entender la inmensa complejidad que tiene la noción de procomún. Disponemos de muchas definiciones aceptables, aunque las más frecuentes bordean de una u otra manera el problema de la propiedad y la teoría del valor. Cuando decimos que pertenece al procomún todo cuanto es de todos y de nadie a mismo tiempo estamos pensando en un bien sacado del mercado y que, en consecuencia, no se rige por sus reglas. Los procomunales no son asimilables a la noción de mercancía. Eso es lo que pasa también con el patrimonio, conformado por todos esos bienes (cuadros, libros, restos arqueológicos, y también rocas o plantas) que preservamos en los museos, las bibliotecas o los jardines botánicos.

Así pues, se trata de unos objetos que no entroncan con los postulados habituales del comercio sino que constituyen más una riqueza cultural que se desarrolla en cuatro entornos, de los que nos interesa, como veremos, el entorno digital. Para este autor, los cuatro entornos en los que se desenvuelve el procomún son el cuerpo, el medioambiente, la ciudad y el digital. Con respecto a éste último, señala:

La irrupción del movimiento que condujo al software libre y al *copyleft*, como también a la defensa de los estándares y los protocolos abiertos sigue siendo el motor de Internet o, en otros términos, la *vis* que mantiene el proyecto de una red concebida como un ámbito de libertades y no sólo un in-

---

<sup>32</sup> Lafuente (2007, p. 15-22).



menso mercado. Pero es que además habiéndose reducido a prácticamente cero los costes de edición, copia, reproducción y transmisión de datos, el mundo del conocimiento y de la creación han sido sacudidos por profundos cambios que van a transformar para siempre la relación profesionales/aficionados, productores/consumidores y autores/públicos.

Las duras batallas por los derechos de propiedad intelectual o de patentes que están permitiendo que un sector pequeño de la población se apropie de lo que hasta ahora era considerado fruto de una creación colectiva e histórica, hace evidente la existencia entre los intelectuales y artistas de profundos movimientos resistentistas frente a las nuevas tecnologías, así como la necesidad de abrir un debate sobre qué ámbitos de la cultura se pueden o no privatizar y qué nuevas prácticas de sociabilidad en red se pueden o no criminalizar.

La postura de este autor, en la tradición de la premio Nóbel de Economía de 2009, Elinor Ostrom, de ser en principio una postura minoritaria, comienza a tener en la actualidad firmes apoyos en las políticas universitarias no sólo en el ámbito anglosajón sino en el español. Así, en las recientes «Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español» entregadas al Ministro de Educación, Cultura y Deporte el 12 de febrero de 2013 por los miembros de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Universitario Español se recomendó lo siguiente:

Cursos a través de la red: Muchas universidades de prestigio están promoviendo el uso de internet para ofrecer a través de la red sus cursos e incluso la posibilidad de graduarse a través de ellos. El Massachusetts Institute of Technology (MIT) ha hecho accesible online una parte de su material docente, tanto de pre- como de post- grado. Para ello ha creado el programa MIT OpenCourseWare (MIT OCW) dentro del movimiento en favor de los recursos educativos abiertos (Open Educational Resources, OER, <http://www.oercommons.org/>) que inició la UNESCO en 2002.

Cabe englobar este tipo de iniciativas dentro de los cursos abiertos online, MOOCs (massive open online courses). Recientemente, el MIT ha unido fuerzas con Harvard para lanzar EdX, que va más allá del MIT OCW. Esta iniciativa es más general que el uso de la red para la formación continua que se propuso en el punto V.3.2; se trata de que los mejores profesores puedan impartir lecciones magistrales y cursos online,

incluyendo en su caso prácticas de laboratorio, cubriendo las enseñanzas de ciertos títulos. Esta Comisión recomienda que se aproveche el potencial de las mejores universidades y profesores españoles para sumarse a la iniciativa OER.

Para concluir, hemos de manifestar que nos hallamos en el comienzo de la aplicación del nuevo paradigma al menos en el entorno educacional en el que, lejos de entenderse el derecho de autor como algo exclusivo de su titular, se produce la socialización del conocimiento mediante la aplicación de licencias que permiten el acceso a las obras sin más requisitos que los tecnológicos que posibiliten la conexión. La formación en ciernes cada día más relevante de sistemas de *open access* y de *open science*, todavía incipiente, no acaba más que comenzar.<sup>33</sup> Estaremos expectantes ante el juego entre los partidarios de liberar el conocimiento y los partidarios de los cercamientos, sin perjuicio de la propia apuesta personal que, como ha de ser en el ámbito universitario, no puede ser otra que la de someter el conocimiento a su posibilidad de difusión para su mejor crítica.

## REFERENCIAS

BENJAMIN, W. *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*. Madrid: Taurus, 1973.

CAVALLO, G.; CHARTIER, R. *Historia de la lectura en el mundo occidental*. Madrid: Taurus. 1998.

CAPELLA, J. R. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

---

<sup>33</sup> Una pregunta que a estas alturas del siglo XXI parece perfectamente lícito formular es si realmente existe algo tal como un derecho a saber y si tal derecho es reclamado por la sociedad civil. No es difícil encontrar casos en los que se ha conculcado [...] Al mismo tiempo, parece que en una sociedad caracterizada por la opulencia informativa cualquier esfuerzo por esconder cuestiones de interés social resultaría vano. Y sin embargo las cosas no son tan claras. La avalancha informativa es una manera de ocultación tal como lo son la propaganda o el descrédito ante las fuentes no controlables [...] Las nuevas tecnologías de la información, combinadas con un activismo maduro, cambian o al menos pueden cambiar el resultado de esta contienda. El flujo de información es esencial para la gobernanza de un país, para su política (LA-FUENTE; ALONSO, 2011, p. 125).

CARR, N. *Superficiales. ¿Qué está haciendo internet con nuestras mentes?* Madrid: Taurus, 2011.

CLAIR, C. *Historia de la imprenta en Europa*. Madrid: Ollero & Ramos, 1998.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. Madrid, 2009. Accesible en: <[http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/InformesyEstudiossectoriales/tabid/76/default.aspx?entryid=125519&command=core\\_download&method=attachment](http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/InformesyEstudiossectoriales/tabid/76/default.aspx?entryid=125519&command=core_download&method=attachment)>. Acceso en: 17 feb. 2013.

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL. *Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español*. Madrid, 2013. Accesible en: <<http://www.mecd.gob.es/dms/mecd/ministerio-mecd/servicios-al-ciudadano/participacion-publica/sistemauniversitario/propuestas-reforma.pdf>>. Acceso en: 17 feb. 2013.

CREATIVE COMMONS. CC RIGHTS EXPRESSION LANGUAGE. 2013. Accesible en: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Acceso en: 17 feb. 2013.

DE LA CUEVA, J. Innovación y conocimiento libre: cuestiones morales y políticas. *Isegoría*, n. 47, 2013.

DE LA CUEVA, J. Internet como entorno de la opinión pública: envolviendo los derechos fundamentales en derechos ordinarios. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, v. 7, 2013.

DE LA CUEVA, J. Introducción al copyleft: una perspectiva de su recepción en España en Periférica. *Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, n. 8, p. 113-132, 2007.

DE LA CUEVA, J. *Los derechos de autor en el entorno digital: propiedad intelectual y Universidad*. Ponencia en curso sobre propiedad intelectual organizado por la Biblioteca de la Universidad de Burgos, 2011.

DERECHO DE INTERNET. Un repositorio de las resoluciones judiciales. Accesible en: <<http://derecho-internet.org/svn/procedimientos-libres/defensa-webs-enlaces/resoluciones/>>. Acceso en: 17 feb. 2013.

DRAHOS, P.; BRAITHWAITE, J. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: New Press, 2002.

EUROPA SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE. Propiedad intelectual. 2013. Accesible en: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/intellectual\\_property/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_es.htm)>. Acceso en: 17 feb. 2013.

FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GILMONT, J. F. Reformas protestantes y lectura. En: CAVALLO, G.; CHARTIER, R. *Historia de la lectura en el mundo occidental*. Madrid: Taurus, 1998.

LAFUENTE, A.; ALONSO, A. *Ciencia expandida, naturaleza común y saber profano*. Bernal: Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2011.

LAFUENTE, A. Los cuatro entornos del procomún. *Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura*, n. 77-78, p. 15-22, nov. 2007.

LAFUENTE, A.; PIMENTEL, J. La construcción de un espacio público para la ciencia: escrituras y escenarios en la Ilustración española. En: LAFUENTE, A. et al. *Las dos orillas de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2013. Accesible en: <<http://www.wipo.int/about-wipo/es/>>. Acceso en: 17 feb. 2013.

PATTERSON, L. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PLATÓN. *Diálogos III: Fedón, Banquete, Fedro*. Madrid: Gredos, 1997.

RODRIGUEZ MAYORGAS, A. *Arqueología de la palabra*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2010.

ROSE, M. *Authors and Owners: the invention of copyright*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SARTORI, G. *Homo videns*. 9. ed. Madrid: Taurus, 2012.

SELL, S. K. *Private Power, Public Law: the globalization of intellectual property rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SMIERS, J. *Un mundo sin copyright*. Barcelona: Gedisa, 2006.

WALLACE, P. *La psicología de internet*. Barcelona: Paidós, 2001.



# EVOLUÇÃO DIGITAL E RELAÇÕES DE TRABALHO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA INTERFACE COM O DETERMINISMO TECNOLÓGICO

Denise Fincato\*  
Cintia Guimarães\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A relevância de se debater novos temas na seara do Direito do Trabalho decorre de seu necessário tensionamento com a base principiológica de dito ramo jurídico. A evolução tecnológica, por exemplo, desafia o princípio tuitivo, destinado, sobretudo, aos sujeitos hipossuficientes nas relações empregatícias, uma vez que, via ferramentas de comunicação e informação, por exemplo, além de dinamizar a operação, é possível violar direitos essenciais da pessoa humana trabalhadora.

Nessa reflexão, a matriz ideológica juslaboral é posta face a face com as exigências globalizadas e globalizantes, não raro, disso surgirem leis, normatizações e regulamentações que buscam equilibrar as dinâmicas e polêmicas travadas no ambiente laboral. O objetivo de tais regramentos é o de tratar desigualmente os desiguais.

A internet tem apresentado desafios outrora sequer pensáveis. Uma notícia ou imagem postada imediatamente pode ser irradiada ou acessada por milhões de pessoas (os chamados virais) e, pior que isso, não sairá tão cedo da “memória do coletivo virtual”. Em suma, não se concede mais, a ninguém, o direito ao esquecimento.

Destarte, a internet virou um eficaz banco de dados. Informações mais diversas sobre todas as pessoas ali podem ser encontradas, publicizadas por sua von-

---

\* Doutora em Direito pela Universidad de Burgos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Avenida Ipiranga, 6681, Prédio 11, Partenon, 94000-000, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; Advogada; denisefincato@gianellimartins.com.br

\*\* Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis; Professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; cintiaguimaraes@gianellimartins.com.br

tade ou não. A utilização desses dados poderá ser positiva ou não, dependendo da finalidade com que se acessam tais informações e da interpretação que se faz delas.

Refletir sobre soluções ponderáveis para equacionar os conflitos oriundos da utilização de sistemas digitais já é rotina de juristas, pesquisadores, magistrados e legisladores. Porém, ainda são muitas as situações problemáticas não previstas em lei, pois a evolução tecnológica (e, mais ainda, a digital) ocorre de forma mais célere em relação à reação legislativa.

O presente artigo pretende demonstrar, por meio da exploração dos institutos do Direito ao Esquecimento e do Determinismo Tecnológico, sua intensa e, por vezes, perigosa relação. Como plano de fundo, será necessário refletir acerca da acomodação de direitos fundamentais, individuais e sociais, diante do dinâmico e complexo mundo virtual, sobretudo no que diz respeito à esfera do Direito do Trabalho.

## **2 O TRABALHADOR E O PROGRESSO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: O ESPAÇO “VIRTUAL”**

O espaço virtual apresenta uma variada gama de possibilidades de se estabelecer comunicação, porém, armazena grande número de informações que, para fins de segurança jurídica e pacificação das relações, ainda requerem regulamentação. Uma das necessidades atuais é regradar o que se tem denominado “direito ao esquecimento”, sinteticamente visando garantir ao trabalhador que uma informação sua não seja perpetuamente mantida na internet, notadamente de forma a atingir sua intimidade e privacidade.

Na ausência de regras pontuais, podem-se citar princípios que norteariam estas necessidades,<sup>1</sup> no entanto, tais condicionantes ainda não são suficientes para

---

<sup>1</sup> De acordo com Hainzenreder Júnior (2011, p. 55), “[...], a vida privada compreenderia a esfera maior, onde se localizam os fatos que o indivíduo não deseja que se tornem públicos, ou seja, aqueles acontecimentos que não estariam ao alcance da coletividade em geral, englobando todas as notícias e situações que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros, a exemplo da imagem física e de comportamentos que só devem ser conhecidos por aqueles que integram regularmente com a pessoa. Dentro desse círculo, estaria a esfera íntima ou confidencial onde se encontram os fatos do conhecimento das pessoas que gozam da confiança do indivíduo. São as circunstâncias da sua vida que somente são compartilhadas



solucionar litígios nessa seara. São princípios protetores da dignidade da pessoa humana e que garantem ao trabalhador manter sigilo sobre sua vida privada.

Podem ser citadas ainda algumas Convenções modernas, de abrangência internacional e de caráter protetivo, para o que interessantes os recortes de Gosdal:<sup>2</sup>

[...] Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), aprovada pela Organização dos Estados Americanos, assinada em 1969, que entrou em vigor em 1978. O Brasil está dentre os países que aderiram ao pacto (em 28.5.1992) e o ratificaram (em 25.9.1992). Com a ratificação ocorre o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [...] Na Convenção Americana de Direitos Humanos, anteriormente mencionada, o § 1º declara expressamente que ‘toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade’.  
[...]

Em 1993 foi assinada a ‘Carta de Viena’, como resultado da ‘Conferência Mundial de Direitos Humanos’, com sua declaração e programa de ação. Estes textos contemplam a promoção e proteção dos direitos humanos prioritariamente em relação à comunidade internacional, reconhecendo que os direitos humanos têm origem na dignidade humana.

No âmbito da Comunidade Européia a ‘Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais’, de 1989, prevê em seu art. 1º: ‘A dignidade humana é inviolável’. Posteriormente, em 2000, a ‘Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia’ estabelece em seu art. 1º: ‘a dignidade humana é inviolável. Ela deve ser respeitada e protegida.

Cabe referir ainda, conforme Ruaro,<sup>3</sup> que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em um caso julgado em 16 de dezembro de 1992, ampliou o alcance do conceito sobre vida privada, passando a incluir o ambiente de trabalho como parte da

---

com familiares, amigos e colaboradores. No centro, está a esfera do secreto, objeto especial de proteção, em que se guardam os segredos revelados a poucas pessoas ou a ninguém, compreendendo assuntos extremamente reservados, como a vida sexual, por exemplo. Tal distinção possui um importante caráter prático, uma vez que quanto menor a esfera, maior o nível de proteção. Logo, o simples fato que envolve as situações de segredo já é o suficiente para caracterizar a violação da privacidade, enquanto que para se considerar violada a esfera da intimidade deve haver tanto o conhecimento como a divulgação da notícia para terceiros.”

<sup>2</sup> Gosdal (2007, p. 60-61).

<sup>3</sup> Ruaro (2011, p. 190).

intimidade e privacidade pessoais. O artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao ser ampliado, passa a abranger a denominada “vida privada social”.

A Constituição da República do Brasil, de 1988, assegura, em seu artigo 5º, inciso X,<sup>4</sup> a inviolabilidade em âmbito particular dos indivíduos, ou seja, abarca tanto a esfera familiar quanto a esfera de relações sociais, inclusive a de ordem profissional que, de acordo com Hainzenreder,<sup>5</sup> “[...] são direitos da personalidade inerentes ao indivíduo, que jamais desaparecem no tempo e que não se separam do seu titular. Por essa razão, são direitos existentes em qualquer relação jurídica. Portanto, à relação de emprego também são aplicáveis.”

O objetivo deste artigo é tratar da necessidade de regulamentação das circunstâncias de exposição da vida privada de pessoas, notoriamente empregadas, por meio eletrônico e, após, armazenadas no meio virtual, não mais passíveis de “deleção efetiva” (= esquecimento efetivo), tornando seu acesso além de público e livre, permanente.

O enfoque deve ser dado à publicidade de fatos da vida privada do cidadão que não fazem parte do interesse público e que possam macular a imagem e dignidade da pessoa como trabalhador, prejudicando sua relação empregatícia. Ou seja, é preciso oferecer ao cidadão mecanismos capazes de fazer desaparecer informações eletrônicas a seu respeito quando assim o desejar. As informações podem pertencer aos conteúdos de redes sociais (Twitter, Orkut, Facebook, outros), dos sistemas de busca (Google, Youtube, outros) e, eventualmente, de sistemas que deveriam garantir sigilo como os *e-jus*.<sup>6</sup>

Guise-se que a Espanha já deu importante passo nesse sentido. Por meio da Lei Orgânica n. 15/1999 de 13 de dezembro daquele ano, o Estado garantiu aos

---

<sup>4</sup> Constituição Federal/1988, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> Hainzenreder Júnior (2011, p. 56).

<sup>6</sup> Gómez (2011). O termo *e-jus* significa o armazenamento eletrônico de informações judiciais. Eventualmente, por descuido, podem também estar disponíveis na Internet e livre ao acesso de todos.

seus cidadãos o direito fundamental à proteção de dados de caráter pessoal. Essa Lei, em seu artigo 4.5, determina que:

*Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.<sup>7</sup>*

Nos casos em que o cidadão considere que teve sua reputação ou dignidade atingidas, sentindo-se ofendido em razão de ter seus fatos privados divulgados em rede, poderá solicitar o cancelamento de suas referências que estão sendo propagadas em âmbito mundial e eternizadas no sistema virtual. Neste país, ainda, o cidadão possui o direito de ser informado quando seus dados forem divulgados, veja-se:

*El derecho de información previo al tratamiento de los datos de carácter personal es uno de los derechos básicos y principales contenidos en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal; por tanto, si se van a registrar y tratar datos de carácter personal, será necesario informar a los interesados, a través del medio que se utilice para la recogida, del contenido del artículo 5,1 y 2 que regula el derecho de información de los afectados previo a la recogida de los datos. Con carácter general, cuando se recaban datos personales debe informarse a los interesados de lo expuesto anteriormente.<sup>8</sup>*

Ou seja, os interessados serão previamente informados e ficarão cientes do “local virtual” onde seus dados estarão armazenados, bem como receberão a previsão da quantidade de tempo que as informações permanecerão disponíveis em rede.

É inquestionável a segurança que essas regulamentações oferecem aos cidadãos, pois o direito ao esquecimento significa investir os indivíduos de prerrogativas sobre a gestão de toda e qualquer informação da qual é titular. Além disso, legitima o poder pessoal para decidir o que deve permanecer sendo noticiado em

<sup>7</sup> Agencia Española de Protección de Datos (2010).

<sup>8</sup> Agencia Española de Protección de Datos (2010).

rede ou não, para que a informação privada não permaneça *ad eternum na memória (coletiva) virtual*.

### 3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES

A grande problemática enfrentada pelo trabalhador está em ter seus interesses particulares divulgados e, com isso, prejudicar sua relação empregatícia, sua inserção no mercado de trabalho ou até mesmo obstaculizar seu crescimento profissional. A questão posta implica respeitar a privacidade e a intimidade de todo e qualquer cidadão, pois o direito à privacidade significa ter a moral resguardada, tanto no âmbito familiar quanto no âmbito socioprofissional, e o direito à intimidade resguarda a personalidade em si, sendo oriundo da proteção já garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup>

Pois esse desafio vem aumentando nas últimas décadas, já que o sistema da rede mundial de computadores facilita o acesso à informação em geral, incluindo as informações sobre pessoas. Nas relações de trabalho, é possível descobrir ou monitorar diversos aspectos da vida privada e da intimidade dos trabalhadores via internet, desde sua estrutura familiar até hábitos, hobbies, crenças, ideologias e outros detalhamentos. Muitas dessas informações, é bem verdade, são postadas pelo próprio trabalhador, em ingênuo arroubo de exibicionismo, quiçá favorecido ou estimulado pelo próprio meio, com isso levando-se ao questionamento se o uso da informação por este voluntariamente postada seria ou não ilegítimo ou abusivo.

Crê-se, por esses e outros motivos, a exemplo do paradigma espanhol, que caberá ao legislador regrar as formas de proteger o cidadão de situações que poderão lhe causar vexame, humilhação ou desprezo, derivadas estas de exposição indevida ou má utilização de seus dados, afetando diretamente sua personalidade e

---

<sup>9</sup> “Do ponto de vista da incidência da dignidade no contrato de trabalho e nas relações de trabalho, o direito à existência digna destaca-se como elemento fundante para a constituição de uma ética em condições que permitam aos indivíduos colocarem em prática sua concepção de dignidade [...]” (GOSDAL, 2007, p. 72).

desafiando os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O instituto da “dignidade da pessoa humana” está baseado na personalidade moral do sujeito, alcançando a este o status de direito fundamental, com respaldo na Constituição da República.

O Direito ao Esquecimento ofereceria uma segurança ainda maior ao indivíduo e, no foco deste estudo, ao trabalhador, visto que este poderia, a qualquer momento, solicitar que uma informação sua fosse apagada da internet. Como lembra Ruaro,<sup>10</sup> “[...] sob a ótica do empregado deve-se ter em mente a sua hipossuficiência, à relação de subordinação empregatícia, à satisfação de seu superior, e às regras a que é submetido, muitas vezes sem a possibilidade de proteção e defesa suficiente de sua intimidade.”

Um dos casos apontados por Gómez,<sup>11</sup> em artigo publicado no jornal El País de 08 de janeiro de 2011, é de um cidadão que teve noticiada, 30 anos atrás, em boletim oficial que circulava em sua província, o fato de que houvera urinado na rua, com isso, atribuindo-se-lhe penalidade de multa. O jornal, ao digitalizar seus exemplares antigos e disponibilizar seu acesso por meio do Google reavivou o caso e, sendo esse cidadão atualmente um honrado professor, teve sua dignidade afetada pela exposição de algo que lhe era íntimo e que, com a sanção da multa, já havia respondido naquela época. Digno, portanto, de esquecimento.

O interesse reside em não permitir que uma informação, nitidamente pessoal, torne-se perpétua nos meios digitais, em razão da “capacidade de divulgação” que esse meio possui, permitindo reascender fatos que o próprio indivíduo não gostaria que viessem à tona, especialmente décadas após.

Da mesma forma, citam-se exemplos em que podem existir dados sobre demandas judiciais de um trabalhador, na Justiça do Trabalho. É bem verdade que alguns tribunais evitam a busca de processos pelo nome das partes, mas um pouco de destreza e perspicácia do empregador permitirá a consulta via banco de jurisprudência.

---

<sup>10</sup> Ruaro (2011, p. 191).

<sup>11</sup> Gómez (2011).

dência ou buscando pelo advogado da empresa (no caso da ex-empregadora). Então, ao se candidatar à nova vaga de emprego, mesmo que extremamente qualificado o candidato, resta por não ser selecionado, uma vez que o setor de gestão de pessoas da nova empresa facilmente descobre a ação movida pelo pretendente à vaga contra a empresa onde laborou anteriormente.

Essa é uma informação que faz parte do rol privativo e íntimo de dados do cidadão que, atualmente, não possui um direito regulamentado para exigir que seu nome seja preservado em sigilo, nesse caso, ou que seja extinto dos meios digitais, culminando no “esquecimento” futuro de algo já solucionado.

Regulamentar e proteger os dados do cidadão torna-se absolutamente necessário, pois, atualmente, o simples acesso à Internet possibilita que qualquer pessoa pesquise a vida íntima de outra. Os empregadores de hoje, geralmente, recorrem a esse sistema de busca antes de contratar um empregado, discriminando (de forma não declarada) aqueles que tenham demandado ex-empregadores, embora tal atitude revele tão somente o exercício do direito constitucional de ação.

#### **4 O DETERMINISMO TECNOLÓGICO**

O avanço tecnológico, idealizado pela reflexão humana e direcionado à criação de bens e serviços que facilitem o desenvolvimento social e econômico das organizações, tornou as fronteiras geográficas ilimitadas e, quiçá melhor dizer, inexistentes.

Entende-se por determinismo tecnológico a tendência de se vincular aos avanços da tecnologia as origens das grandes transformações humanas, principalmente no que diz com seu viver social, ou seja, nos aspectos comportamentais.

Afirma Lima<sup>12</sup> que o

[...] determinismo tecnológico é atualmente a teoria mais popular sobre a relação entre tecnologia e sociedade. Ela tenta explicar fenômenos sociais e históricos de acordo com um

---

<sup>12</sup> Lima (2001).

fator principal, que no caso é a tecnologia. O conceito de “determinismo tecnológico” foi criado pelo sociólogo americano Thorstein Veblen (1857-1929) e cultivado e aperfeiçoado por Robert Ezra Park, da Universidade de Chicago. Em 1940, Park declarou que os dispositivos tecnológicos estavam modificando a estrutura e as funções da sociedade, noção que serviu de ponto de partida para uma corrente teórica em todos os aspectos inovadora.

De outro lado, é importante registrar que a evolução da tecnologia reflete a própria evolução do ser humano, de seu pensar, de seu esforço para vencer e controlar obstáculos, entre os quais o tempo e o espaço se revelam como os principais, pois, antagonicamente, as tecnologias que são criadas pelo homem, em princípio para que este domine a natureza e o seu entorno, no momento em que são postas à coletividade, tornam-se tão pulverizadas e transmutam-se de tal maneira e tão velozmente que impossibilitam o controle do seu próprio uso. Ou seja, o homem perde o controle de suas criações, confeccionadas justamente para o controle, ou pelo menos com esse desejo.

Lima<sup>13</sup> registra sobre as reações ao implemento das tecnologias nas relações de trabalho:

Seguidor das idéias de Innis, McLuhan discorda com o comentário de alguns estudiosos que dizem que tecnologias são por si próprias neutras e que o uso que se faz delas é que é o ponto importante para discussão. Ele sustenta que as máquinas alteram fundamentalmente as relações pessoais e interpessoais, não importando o uso que se faz delas. “O efeito das máquinas tecnológicas foi reestruturar o trabalho humano e associação pela técnica da fragmentação” [...] o homem é constantemente modificado pelas suas próprias invenções, mesmo que tais modificações sejam invisíveis. O que verdadeiramente interessa não é o que a rádio ou televisão dizem, mas sim o fato de existirem, trazendo transformações à sociedade. Portanto, para McLuhan, “o meio é a mensagem.”

Como se vê, a relação que se desenha entre o agir humano em busca do desenvolvimento tecnológico e o impacto disso na vida social, pode ser estudado por meio do que veio a ser chamado de determinismo tecnológico.

---

<sup>13</sup> Lima (2011).

Os fatores em destaque nesse contexto são a tecnologia e o conhecimento. Coutinho<sup>14</sup> aponta “[...] o conhecimento como um dos principais pontos de distinção entre as classes sociais.” O conhecimento e a informação transformam as estruturas laborais da sociedade ao serem implementados como habilidades essenciais às etapas de produção. Nesse sentido, é elucidativo o trecho a seguir:<sup>15</sup>

[...] Bell analisou as mudanças em diferentes áreas da sociedade, partindo da constatação de que as atividades relacionadas com a criação, difusão e manejo da informação estavam substituindo a produção de bens como principal fator de organização da sociedade.

As organizações empregadoras, por exemplo, investem progressivamente em ferramentas tecnológicas, pois as adequações das empresas a novos sistemas acompanham o ritmo acelerado do mercado; é apropriado e necessário, assim, agir. Ao implementar novas técnicas e novos recursos condicionados pelas transformações tecnológicas, as empresas alteram seus processos, necessitando, portanto, de sujeitos informados e esclarecidos para desenvolver a nova rotina que então se estabelece.

Castells,<sup>16</sup> ao equacionar a teoria do determinismo tecnológico, constitui dois elementos como decisivos para o crescimento econômico: o conhecimento e o processamento da informação. Ressalta que essas duas ferramentas, relacionadas e disseminadas mundialmente por meio da disponibilização e do acesso da informação em redes, possibilitam uma economia globalmente associada.

[...] Surge uma economia em rede profundamente interdependente que se torna cada vez mais capaz de aplicar seu progresso em tecnologia, conhecimentos e administração na própria tecnologia, conhecimentos e administração. Um círculo tão virtuoso deve conduzir à maior produtividade e eficiência, [...]”<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Coutinho (2004).

<sup>15</sup> Bell (apud COUTINHO, 2004, p. 85).

<sup>16</sup> Castells (1999, p. 119).

<sup>17</sup> Castells (1999, p. 120).



Deve-se considerar a abrangência dessa ideia cíclica, em que há a coexistência e a interdependência da tecnologia e da sociedade com os seres humanos e vice-versa. Não há como tratar isoladamente cada um desses elementos que compõem o desenvolvimento econômico e tampouco induzir a ideia da completa substituição das tecnologias, de forma a aniquilar as ainda existentes. Não há como suprimir do raciocínio qualquer desses elementos transformadores, pois a modernidade emana da cooperação (co+operação, atuação conjunta) de cada um desses componentes, aprimorando recursos por meio da evolução das técnicas de produção e por meio da capacidade operacional humana.

Considerando que o desenvolvimento tecnológico parte de uma construção humana e essa evolução é que irá pautar as organizações sociais, não há como considerá-los de forma apartada, sobretudo no contexto do trabalho.

Para a visão do determinismo tecnológico, todas as civilizações tenderiam a alcançar padrões tecnológicos sempre mais avançados. O progresso técnico é entendido como se fosse um bonde em cima de trilhos previamente colocados por alguém, que segue um caminho próprio, onde todas as nações deveriam embarcar; umas antes – as avançadas – outras depois – as retardatárias.<sup>18</sup>

A tecnologia não pode ser considerada de forma isolada, individual. Sua existência deve ser contemplada como integrante do sistema como um todo, quer em sua concepção, quer em sua utilização.

Além de fazer parte das relações laborais (e não meramente condicioná-las), o avanço tecnológico também conquista espaços em outras esferas, como as educacionais, familiares, da saúde e sociais como um todo. Enfim, o progresso tecnológico parte da sociedade e a sociedade efetiva o progresso tecnológico. Nas palavras de Castells:<sup>19</sup>

[...] É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica, [...] Na verdade, o dilema do determinismo tecnológico é algo in-

<sup>18</sup> Feenberg (apud NOVAES, 2007, p. 77-78).

<sup>19</sup> Castells (1999, p. 43).

fundado, dado que a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.

Em um relacionamento sadio, máquinas e subjetividade humana, inter-relacionando-se, buscariam uma adequação. Essa adequação se formaria quando a tecnologia regulasse a vida em sociedade e o indivíduo regulasse o progresso tecnológico, por meio de seu conhecimento.

Alguns resultados, entretanto, fogem da visão sadia e utópica de mútuo impacto. Nesse aspecto, Dupas<sup>20</sup> demonstra claramente os motivos pelos quais há necessidade de regulamentação do uso da tecnologia da informação e comunicação, sobretudo para a efetivação do “direito ao esquecimento”:

Tecnologias da informação e automação estão hoje presentes em todos os lugares. Compõe as cenas da vida cotidiana, instaladas em nossa intimidade. São filhas do desejo, dele recebendo sua qualidade de ser complexo e não um simples instrumento. São parceiras ambíguas e desconcertantes, exceto para quem delas tira seus objetivos de lucro e domínio. Operam com autonomia e podem se perverter, tornarem-se nefastas e agredir o próprio homem [...]

Mais um desafio à humanidade. Ao mesmo tempo em que globalmente se pugna por relações de trabalho mais flexíveis, pregando-se a falência do sistema hiperprotetivo (modelo europeu, por exemplo), vive-se o dilema da necessidade de segurança jurídica ante ao avanço tecnológico e suas (per)versões e, portanto, conforme o modelo de relacionamento laboral brasileiro, carece-se de regulamentação para diversas dessas decorrências.

No que se refere ao foco deste estudo (o direito ao esquecimento), tal ocorre pelo fato de que sua ocorrência denota um conflito entre a preservação da privacidade do indivíduo e o livre acesso das informações em redes digitais, ali despejadas por diversos canais.

---

<sup>20</sup> Dupas (2000).

O debate é necessário para entender se as novas tecnologias poderão se sobrepôr a princípios jurídicos direcionados a assegurar a privacidade e a intimidade do cidadão. Princípios que garantem ao empregado a liberdade de expressão e do abuso de poder que podem ser exercidos pelo empregador, nessa relação em que aquele é considerado hipossuficiente. Esses direitos personalíssimos precisam ser ampliados de forma paralela ao crescimento do mundo tecnológico.

## **5 A INTERFACE ENTRE O DETERMINISMO TECNOLÓGICO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

O “Direito ao Esquecimento” é instituto que decorre do determinismo tecnológico, haja vista, atualmente, não se poder desvincular sociedade e tecnologia e vice-versa. Pois bem, utilizando-se os recursos tecnológicos, um empregador é capaz de assediar, discriminar ou retalhar corporativamente um empregado ou um candidato à vaga de emprego por ter tido acesso a informações particulares, ainda não “esquecidas”. Gosdal<sup>21</sup> retrata muito bem essa realidade, já ocorrente nas entrevistas e reuniões e potencializada pelo acesso facilitado a diversos dados pessoais disponíveis na rede mundial de computadores e em sites de relacionamento:<sup>22</sup>

Uma possibilidade seria considerar a existência de opressão quando houver abuso de direito pelo empregador, quando utilizar um poder que a lei estabelece para um fim que a lei não prevê, com prejuízo para o trabalhador. No exemplo da pesquisa de informações da vida privada do empregado, como a frequência de atividade sexual, ou informações sobre gostos pessoais, atividades de lazer e time para o qual o candidato torce, pode-se entender caracterizado o abuso de direito, já que o empregador se utiliza do processo seletivo, que é legítimo para admissão, para imiscuir-se em questões da vida do candidato que não lhe dizem respeito, nem guardam nenhuma relação com a qualificação e aptidão para o trabalho.

<sup>21</sup> Gosdal (2007, p. 84).

<sup>22</sup> Não raro, a empresa dispõe de “espiões”, que se infiltram em comunidades virtuais de relacionamento, fechadas a estranhos, como se “amigos” fossem, com o objetivo de repassar informações e dados sobre vida pessoal e opiniões dos empregados (seus colegas) ao empregador.

Dessa forma, entende-se já atrasada a necessidade de iniciativa legislativa para proteger o empregado em relação a seus dados e informações, permitindo-lhe o conhecimento prévio sobre a liberação de algum fato privado seu em rede digital, permitindo-lhe a possibilidade de solicitar sua exclusão ou restrições de acesso e uso. O propósito em oferecer essas garantias nada mais é do que “[...] propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômico e, até mesmo, ético.”<sup>23</sup>

Com o implemento do processo digital no Poder Judiciário, teme-se que a consulta e o acesso a dados confidenciais se tornem facilitados, pois facilmente se detectariam fatos relacionados a um indivíduo, maculando-se sua privacidade, uma vez que seria universalmente compartilhada. Conforme o fato publicado e o peso deste a terceiros, poderia ser despedido ou sequer contratado, em razão do que se visualizara, na rede mundial de computadores, a seu respeito. Acerca dessa possibilidade, há uma reflexão dos Juízes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em material doutrinário:

Por óbvio, quando necessário, é viável a realização de atos em segredo de justiça. Nos novos debates, tem surgido uma situação intermediária. São aquelas situações, não exatamente que exijam segredo de justiça, mas nas quais existe risco de excessiva divulgação. Lembre-se do trabalhador às vésperas de receber alvará com valor expressivo, resultado de processo nos quais se examinaram longos anos de seu maior e/ou único contrato de emprego. Nestas situações intermediárias, surgidas em número não pequeno, sempre haverá de se adequar quais ferramentas da informática serão utilizadas. O Juiz do Trabalho em Campinas, Firmino Alves de Lima, chega a propor um reexame e ponderação, em cada caso, dos aprendizados sobre publicidade e respeito à intimidade privada.<sup>24</sup>

Pode-se depreender por meio desse excerto que a total liberação de dados pessoais, nos meios tecnológicos, significa manter o cidadão em constante risco, não apenas profissionalmente, mas também moralmente. É necessário e razoável pugnar

---

<sup>23</sup> Delgado (2005, p. 30).

<sup>24</sup> Araújo et al. (2011, p. 62).

por uma norma que permita ao indivíduo dispor sobre suas informações, decidindo o que poderia ou não permanecer em livre acesso digital.

De forma ludibriosa, o “Direito ao Esquecimento” nasce paralelamente (ou como uma espécie de refluxo?) ao desejo de globalização, partilha e democratização das informações. O mesmo cidadão que trabalha para fazer evoluir os processos tecnológicos interativos deve examinar a realidade em concreto e auxiliar na criação de normas protetivas, acauteladoras de sua intimidade e do excesso de interação, que ele próprio criou.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de tutela também evolui, paralelamente à evolução tecnológica. Contudo, aspira-se que a garantia às proteções se desenvolva com uma velocidade semelhante à velocidade do desenvolvimento tecnológico. As relações humanas no espaço virtual têm diferentes contornos e necessitam de diferentes parâmetros e interpretações, de preferência normativas, que possam ser utilizadas nos casos em concreto.

Manter o Direito inerte e indiferente a essa realidade significa um risco a ser suportado pelos trabalhadores, pois a estes poderá ser lançado o convite a lançar mão das conquistas outrora alcançadas, em detrimento do progresso digital. Sinala-se que as conquistas retro mencionadas pertencem a uma espécie de “patrimônio histórico” dos trabalhadores, ou seja, são condições agregadas ao sentido da dignidade.

A realidade laboral possui layout moderno e é orientada corporativamente por novos paradigmas, porém, Direito Laboral, lastimavelmente, destoa no cenário. Não é preciso grande esforço para sua atualização. Basta que o legislador observe e compreenda os espaços onde hoje trabalha, compra e se relaciona. Também nesses espaços o imperativo relacional deve ser a dignidade humana. Nesse sentido, contribui Gosdal:<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Gosdal (2007, p. 150).

A dignidade é considerada matriz do Direito pátrio e nos ordenamentos jurídicos em geral. Por isso raramente se diz expressamente que se deixa de aplicá-la, ou de reconhecê-la, ou que ela deixa de prevalecer em face de outro bem ou princípio, como o direito de propriedade. Propriedade aqui tomada não como o Direito Civil a tem concebido, após mergulhar em um processo de reflexão crítica acerca de sua visão patrimonialista, privilegiando sua função social. Nas relações de trabalho, a idéia de propriedade dos empregadores e de alguns julgados ainda é a de um direito absoluto, de poder usar, gozar e dispor, sem forma alguma de limitação.

Os interesses em oposição, neste estudo, dizem respeito ao direito (do trabalhador, *v.g*) de esquecer-se em definitivo de um fato *versus* o direito (do empregador, *v.g*) de buscar informações e referências que estejam dispersas e perpetuadas em rede virtual.

Ou seja, parece que a melhor forma de acomodar tais relações é reconhecer que a mesma sociedade que criou a internet e o partilhamento ilitimitado de informações, precisa desta se proteger, por meio da tutela do “Direito ao Esquecimento” que, a exemplo da Espanha, deveria vir em forma de norma: cogente, genérica e segura.

## REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2010. Disponível em: <<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

ARAÚJO, F. R. et al. Avanços tecnológicos: acesso ao Judiciário e outros temas. In: VARGAS, L. A. de; FRAGA, R. C. (Org.). *Novos avanços do direito do trabalho*. São Paulo: LTê, 2011.

BRASIL. *Constituição. Constituição federativa de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COUTINHO, M. A Sociedade da informação e o determinismo tecnológico: notas para um debate. *Líbero*, ano 6, v. 6, n. 11, abr. 2004.

DELGADO, M. G. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

DUPAS, G. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. São Paulo: Ed. Unesp, 2000.

GÓMEZ, R. O direito ao esquecimento na internet. *GGN: o jornal de todos os Brasis*. São Paulo, 08 jan. 2011.

GOSDAL, T. C. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

HAINZENREDER JÚNIOR, E. J. Direito à privacidade versus poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TELETRABALHO E TELEATIVIDADES, 4., 2011, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Magister, 2011.

LIMA, K. M. de. Determinismo tecnológico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DA COMUNICAÇÃO, 24., 2011, Campo Grande. *Anais...* Campo Grande, 2011. Disponível em: <[http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/determinismo.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/determinismo.pdf)>. Acesso em 15/11/11>. Acesso em: 15 nov. 2011.

NOVAES, H. T. *O fetiche da tecnologia: a experiência das fábricas recuperadas*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

RUARO, R. L. A proteção de dados pessoais no teletrabalho. In: CONGRESSO BRASILEIRO DA COMUNICAÇÃO, 24., 2011, Campo Grande. *Anais...* Campo Grande, 2011. Disponível em: <[http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/determinismo.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/determinismo.pdf)>. Acesso em 15/11/11>. Acesso em: 15 nov. 2011.





# AS NOVAS TECNOLOGIAS E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Rodrigo Coimbra\*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio visou provocar algumas reflexões sobre o tema das novas tecnologias no meio ambiente do trabalho no contexto atual de globalização da economia e de complexidade da sociedade.

A pesquisa se justifica em razão do cenário de incertezas a respeito dos riscos que as novas tecnologias podem gerar à saúde e à qualidade de vida do trabalhador e do posicionamento do Direito do Trabalho frente a essas inquietantes questões ocorridas no mundo dos fatos.

Essa matéria ganha importância quando relacionada aos efeitos das novas tecnologias presentes na sociedade de risco, pois muitos dos supostos efeitos são ainda desconhecidos.

Trata-se de assunto de alta complexidade e que se relaciona com outros âmbitos do conhecimento, além das normas jurídicas, exigindo um diálogo transdisciplinar com noções de Medicina e Segurança do Trabalho, de Economia do Trabalho e de Sociologia do Trabalho.

O estudo está dividido em três partes, iniciando pela definição do marco simbólico que impulsionou o surgimento da globalização nos moldes atuais e da apreciação concisa das fases da globalização, que não é um processo novo, mas está sendo retomado com novas características, com importantes reflexos nas relações de trabalho.

Após, analisa-se o princípio da proteção do empregado, enquanto megaprincípio que inspira todo o Direito do Trabalho e que possui atuação destacada nas

---

\* Doutor e Mestre em Direito; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Advogado; Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, 90470-130, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; rcoimbras@unisinos.br

questões envolvendo meio ambiente do trabalho, pois nesse âmbito a intervenção do Estado por meio de normas cogentes é mais significativa, por relacionar-se com a vida e a saúde do trabalhador.

Por fim, defende-se que o meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio é um direito fundamental do trabalhador no Brasil e que deve ser pensado a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos quanto em deveres, como no caso do meio ambiente do trabalho.

## **2 GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA, PLURALISMO E NOVAS TECNOLOGIAS**

A globalização, ou “os processos de globalização”, na expressão que atribui maior dinâmica a esse fenômeno que segue em andamento nos dias atuais, cunhada por Santos,<sup>1</sup> é um tema que tem adquirido grande importância, sobretudo nas últimas décadas, tendo se caracterizado mais recentemente por um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais e jurídicas, interligadas de modo complexo. O sociólogo português acrescenta que a globalização das últimas três décadas, em vez de encaixar no padrão moderno ocidental de globalização, parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, da diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro.<sup>2</sup>

Impulsionada por elementos econômicos e por fatores políticos neoliberais, a globalização tem reclamado um dos ajustes estruturais mais selvagens, conforme Filas,<sup>3</sup> modificando toda a ordem econômica e social e gerando o deslocamento

---

<sup>1</sup> Santos (2005, p. 25).

<sup>2</sup> Santos (2005, p. 26).

<sup>3</sup> Filas (2001, p. 10).

do trabalho (desemprego crescente em alguns países e aumento de postos de trabalho em outros), precarização de trabalho, deterioração da qualidade de vida, entre outros reflexos, como o crescimento da dívida externa nos países periféricos.

Do mesmo modo como o Direito do Trabalho não surgiu na Revolução Industrial, que foi na célebre expressão de Segadas Viana<sup>4</sup> a “fermentação” que originaria o surgimento das posteriores normatizações iniciais, tutelando as relações de trabalho de forma lenta e gradual, também a “fermentação” ou o marco simbólico inicial impulsionador do fenômeno denominado globalização, cuja efetivação nos moldes atuais ocorre por volta dos anos 2000, foi a queda do muro de Berlim em 09 de novembro de 1989 (existente desde 13 de agosto de 1961), que marcou o final da Guerra Fria e a superação do conflito ideológico, de dimensão universal.<sup>5</sup> Foi um momento histórico e de grande impacto.<sup>6</sup>

A queda do muro de Berlim não contribuiu apenas para o achatamento das alternativas ao capitalismo de livre mercado e a libertação de gigantescas reservas reprimidas de energia de centenas de milhões de pessoas de lugares como Índia, Brasil, China e o antigo Império Soviético: permitiu-nos encarar o mundo como um todo de uma nova forma, vendo-o como uma unidade mais homogênea.<sup>7</sup> A partir da queda do muro do Berlim, tem-se um novo ciclo da globalização, que, vale lembrar, não é algo novo, trata-se de um processo que está sendo retomado com novos moldes.

Conforme a concepção de Friedman,<sup>8</sup> a “plataforma do mundo plano” é produto de uma convergência entre:

- a) o computador pessoal, que subitamente permitiu a cada indivíduo se tornar autor de seu próprio conteúdo digital;

---

<sup>4</sup> Sussckind et al. (2002, p. 41).

<sup>5</sup> Friedman (2009, p. 66-69). No âmbito do Direito do Trabalho, ver: Sussekind (1997).

<sup>6</sup> Coimbra (2012, p. 411-431, 413).

<sup>7</sup> Enfatiza Friedman (2009, p. 69) que “[...] o muro não somente bloqueava a passagem, como também a visão, isto é, nossa capacidade de ver o mundo como um único mercado, um só ecossistema, uma mesma comunidade.”

<sup>8</sup> Friedman (2009, p. 22).

- b) o cabo de fibra óptica, que viabilizou a tais indivíduos o acesso cada vez maior a conteúdo digital no mundo, por quase nada;
- c) o aumento de *softwares* de trabalho, que possibilitou aos indivíduos de todo o mundo se relacionarem e colaborarem com esse conteúdo digital em muito aumentado, estando em qualquer lugar, independente da distância entre eles.<sup>9</sup> Ninguém previu essa convergência, ela simplesmente aconteceu por volta dos anos 2000.

Os processos de globalização têm exigido outros tipos de observação a partir da constatação de que há muitas outras possibilidades de produção de direitos na sociedade.<sup>10</sup> E o Direito, nesse cenário, necessariamente deve ser observado de uma forma diferente – não apenas normativista –, a fim de promover uma visão plural do mundo (pluralismo).<sup>11</sup>

No Direito do Trabalho, em particular, a ideia de pluralismo está presente desde sua formação histórica até os dias atuais, manifestando-se de diversos modos,<sup>12</sup> entre os quais se destacam os princípios da proteção,<sup>13</sup> da autonomia coletiva<sup>14</sup> e da não discriminação.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> Esse elemento da convergência relaciona-se diretamente com o teletrabalho, o qual se constitui em modalidade surgida da Revolução Informacional. Não se constitui em fenômeno tão recente como quer parecer a nós brasileiros. Para um estudo detalhado dessa cada vez mais importante forma de trabalho, ver: Fincato (2006, p. 45-62) e Fincato (2009).

<sup>10</sup> Nesse sentido, Engelmann (2012, p. 329-331) desperta atenção para a importância do diálogo entre todas as fontes do direito.

<sup>11</sup> Rocha (2008, p. 177).

<sup>12</sup> Sobre a matéria, por exemplo: Martins (2001).

<sup>13</sup> O princípio da proteção também chamado de princípio protetivo e princípio tutelar é o mais importante entre os princípios específicos do Direito do Trabalho, e provavelmente o mais universal, por isso é chamado de *mega* princípio ou princípio *mater*. Sobre a matéria ver: Plá Rodriguez (2000, p. 61), Delgado (2010, p. 73) e Sussekind et al. (2002, p. 146-147).

<sup>14</sup> O princípio da autonomia coletiva privilegia a autonomia negocial dos entes coletivos (sindicato dos empregados, sindicato dos empregadores ou uma ou mais empresas), concretizado por meio da negociação coletiva de trabalho, sendo um dos diferenciais do Direito do Trabalho, à medida que possibilita a criação de normas jurídicas, pelos próprios destinatários da norma, de modo a proporcionar a melhoria das condições de trabalho de forma mais adequada, dinâmica e eficaz.

<sup>15</sup> O princípio da não discriminação talvez seja aquele que mais espelha atualmente a ideia de pluralismo nas relações de trabalho. O princípio da não discriminação é um consectário, no Direito do Trabalho, do princípio da igualdade. Conforme Mallet (2013, p. 20), “[...] discriminação supõe desigualdade.” Nas palavras de Plá Rodriguez (2000, p. 445), o princípio de não discriminação “[...] leva a excluir todas

Nesse quadro de alta complexidade evidencia-se a grande importância da realização de diferentes formas de observação sobre os reflexos das novas tecnologias no ambiente de trabalho. Uma das novas tecnologias são as nanotecnologias, obtidas em razão das especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas.<sup>16</sup> A expressão nanotecnologia deriva do prefixo grego *ná-nos*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Na atualidade, as nanotecnologias representam uma alternativa de manipular átomos e moléculas na bilionésima parte do metro, sendo um dos principais focos das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação,<sup>17</sup> não obstante gerem diversas incertezas em relação aos riscos à saúde dos trabalhadores e ao meio ambiente.

A globalização, conforme ressalta Rocha,<sup>18</sup> exige que se acrescente à dogmática jurídica mecanismos paraestatais (organizações internacionais) que permitam a influência de outras culturas, de outras estruturas, de uma diversidade social maior, para se poder autorreproduzir o Direito a partir de critérios mais abrangentes, constituindo-se com isso em um Direito estruturalmente aberto para uma diversidade cultural mais ampla.

---

aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima.”

<sup>16</sup> No âmbito do Direito destaca-se a pesquisa realizada sobre as nanotecnologias por Engelmann (2013, p. 301-312) e Engelmann (2010, p. 249-265), que possui diversos artigos e obras sobre o tema.

<sup>17</sup> Como exemplo de aplicações das nanotecnologias no presente podem ser citadas: memórias *flash* e *leds* luminosas, aditivos alimentares e defensivos agrícolas, válvulas cardíacas e implantes ortopédicos, tecidos que não sujam e não molham, cremes e pomadas com nanocápsulas contendo a substância cosmética, a qual penetrará mais fundo e atuará mais rápido na pele, protetores solares, pó bactericida, tintas e vernizes com aplicação mais fácil e mais resistentes a bolhas e rachaduras, células para energia solar e hidrogênio combustível, para a produção e a estocagem de energia de fontes limpas, novas baterias, películas comestíveis para o revestimento de frutas e de legumes (usadas para retardar seu amadurecimento e aumentar seu tempo nas prateleiras), polímeros nanoestruturados e semicondutores usados como sensores gustativos e olfativos para o reconhecimento de padrões de sabor em líquidos como café, vinho e água (JARDIM, 2009). Entre as maiores áreas de aplicação e ampliação do uso das nanotecnologias estão os setores farmacêuticos e de cosméticos. Para 2015, prospecta-se que os produtos terapêuticos de base nanotecnológica serão responsáveis por vendas que alcançarão US\$ 3,4 bilhões. Com o desenvolvimento de novos materiais biocompatíveis, a nanobiotecnologia pode ser considerada uma disciplina revolucionária em termos de seu enorme potencial na solução de muitos problemas relacionados à saúde (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010, p. 219).

<sup>18</sup> O autor usa a expressão policontextualidade para se referir à “[...] proposta que se permite que se observem a partir das categorias da teoria dos sistemas, os novos sentidos do Direito.” (ROCHA, 2009, p. 149).

A Organização Internacional do Trabalho publicou, em junho de 2008 (na 97ª Sessão), em Genebra, texto específico sobre o tema: “Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Justa”,<sup>19</sup> expressando a visão contemporânea da OIT na era da globalização, articulada com a concepção de trabalho digno e com os princípios e direitos fundamentais nesse trabalho.

Um dos remédios sugeridos para a globalização, notadamente utilizados em alguns países da Europa e nos Estados Unidos, é a chamada cláusula social no comércio internacional: consiste em incluir nos tratados comerciais uma cláusula (social) impondo, no direito interno, o respeito a um mínimo de regras relacionadas com as condições de trabalho (proibição de trabalho forçado, liberdade de associação sindical, proibição de trabalho infantil). Pastore<sup>20</sup> diz que essa ideia de se implantar normas trabalhistas nos acordos comerciais é antiga, com a aplicação de sanções comerciais aos infratores, inclusive, com a suspensão de importações. Segundo o autor, essa tese nunca vingou, pois os países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, veem essa tentativa como manobra protecionista.

Alguns autores juslaboralistas, como, por exemplo, Maior,<sup>21</sup> arrolam a globalização entre as causas nefastas da precarização das condições de trabalho, advertindo que é necessário ter em mente “[...] que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista”, e que “[...] quebrar esse pacto significa, portanto, um erro histórico, uma traição com nossos antepassados e também assumir uma atitude de descompromisso com relação às gerações futuras.”

Outra questão que merece destaque no contexto da globalização é a noção de transnacionalização.<sup>22</sup> Supiot<sup>23</sup> destaca a emancipação das grandes empresas

---

<sup>19</sup> Organização Internacional do Trabalho (2008).

<sup>20</sup> Pastore (2005).

<sup>21</sup> Maior (2007, p. 10). Nesse sentido, também: Ramos Filho (2012, p. 412-413).

<sup>22</sup> De acordo com Rocha (2013, p. 42), transnacionalização é “[...] a união de dois polos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal.” Segundo o autor, “[...] trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência, que somente é possível devido à sua impossibilidade. Esse paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e nesse sentido, é um convite para reinventar, uma vez mais, o político e o Direito.”

<sup>23</sup> Supiot (2007, p. 210).

transnacionais da tutela do Estado, cujas funções particulares (pesquisa, desenvolvimento, concepção, engenharia, fabricação e *marketing*) são organizadas a partir de um plano transnacional.

Um dos grandes problemas quando se quer relacionar a globalização da economia ou mundialização,<sup>24</sup> novas tecnologias e o Direito do Trabalho é que a internacionalização, ou planificação do mundo,<sup>25</sup> no âmbito econômico, não é seguida da mesma forma pelo Direito do Trabalho. Em outras palavras, a globalização da economia não tem correspondido, em geral, à globalização do Direito do Trabalho.<sup>26</sup> Não é somente um problema de velocidade, pois o Direito, via de regra, vem após os fatos, para regular as relações sociais e jurídicas decorrentes das necessidades da sociedade. Trata-se de uma questão muito mais complexa (hipercomplexa), que envolve em última análise a internacionalização e/ou a universalização dos direitos humanos, cuja necessidade de efetividade é tão antiga quanto necessária, sobretudo em tempos de globalização.

O juslaboralista argentino Filas,<sup>27</sup> enfrentando o tema, concluiu que a globalização deve responder à internacionalização<sup>28</sup> do direito laboral. Concorda-se que esse é o caminho a ser perseguido, mas o fato é que, até o presente momento, a globalização da economia não tem correspondido, a não ser muito parcialmente, a uma globalização do Direito do Trabalho, pois ainda existem países, como alguns da

<sup>24</sup> Não há unanimidade na utilização dessas expressões. Supiot (2007, p. 104), por exemplo, usa a expressão mundialização como sinônimo de globalização da economia.

<sup>25</sup> Expressão utilizada, entre outros, por Friedman (2009, p. 22).

<sup>26</sup> Coimbra (2012).

<sup>27</sup> *“A la globalización debe responder la inter/nacionalización del derecho laboral. Si la acción de los trabajadores y de los sindicatos frenó la explotación y limitó las pretensiones de los empleadores, cuando esa explotación y esas pretensiones se globalizan, solamente la acción inter/nacional de trabajadores y sindicatos constituye la mejor defensa posible de la dignidad del hombre. Como recuerdan el Consejo de la Iglesia Evangélica de Alemania y la Conferencia de los Obispos Alemanes, en este éon globalizador se deben consolidar la solidaridad y la justicia para que el hombre ocupe el lugar que le corresponde.”* (FILAS, 2001).

<sup>28</sup> Internacionalização e globalização não são expressões sinônimas, ainda que frequentemente ocorram de forma simultânea no mesmo caso concreto. A internacionalização é o ato ou o efeito de difundir-se por vários países, verificando-se no âmbito laboral quando uma empresa expande suas atividades para países diversos daqueles em que iniciou sua atuação no mercado. A globalização é um neologismo da palavra global, que significa tomado em globo, por inteiro, integral (BUENO, 1992, p. 535, 611), significando atualmente uma complexa interação de atividades, sem limites geográficos, mercadológicos, comerciais, econômicos, etc., que pode afetar “[...] tudo, da aquisição de poder à cultura e ao funcionamento das instituições hierárquicas.” (FRIEDMAN, 2009, p. 10).

Ásia, por exemplo, Taiwan e Hong Kong,<sup>29</sup> que se mostram reticentes em adotar as normas do Direito do Trabalho de países desenvolvidos da Europa ou dos Estados Unidos, bem como as diretrizes recomendadas pela Organização Internacional do Trabalho. Nesse contexto, se assim permanecer, a desigualdade do custo de trabalho está fadada a durar muito tempo,<sup>30</sup> causando inúmeros problemas tanto nos países com custo maior quanto nos com custo menor.

Trata-se de um problema sistêmico,<sup>31</sup> entre o sistema do Direito e da Economia. É preciso se pensar em novos tipos de observação sobre direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como os direitos produzidos pelas organizações internacionais e nas comunidades internacionais, pois possuem uma lógica própria e, conforme Rocha,<sup>32</sup> começam a surgir paralelo ao Estado, na globalização. Nas sociedades complexas, está surgindo, assim, uma nova cultura jurídica, que merece ser observada com atenção.

O meio ambiente do trabalho passou por muitas mudanças nos últimos 30 anos. A produção industrial encolheu, enquanto o setor de serviços ganhou maior importância. Esse efeito se faz sentir não somente no número total de empresas de serviço e de produção, mas também pelo fato de que no setor produtivo tradicional diminuiu a importância relativa do trabalho na máquina em relação ao trabalho administrativo e organizacional.<sup>33</sup> Essa mudança encontra sua expressão na redução do número de operários em relação aos empregados administrativos nos escritórios, um fato de grande importância nos sistemas jurídicos que preveem diferenças significativas quanto aos direitos desses tipos de trabalhadores.<sup>34</sup>

A introdução da informática modificou as atividades em todas as áreas, levando ao mesmo tempo a uma redução do quadro de pessoal, o uso do computador

---

<sup>29</sup> Taiwan e Hong Kong, por exemplo, não são países membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A relação dos 183 países membros da OIT está disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_01c\\_pt.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01c_pt.htm)>.

<sup>30</sup> Coimbra e Araújo (2009).

<sup>31</sup> Luhmann (2010, p. 119-120).

<sup>32</sup> Rocha (2009, p. 149).

<sup>33</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 37).

<sup>34</sup> Wolfang (1994, p. 42).



facilitou o controle dos empregados e a introdução de novas tecnologias exigiu dos empregados um grande esforço de adaptação. As novas tecnologias trouxeram, além disso, uma nova divisão dos trabalhos entre as empresas.<sup>35</sup>

A terceirização de certos serviços, da limpeza à entrega de componentes na indústria automobilística, revelou-se mais econômica e uma tendência mundial. Muitas empresas passaram a limitar-se a funções básicas, com consequências sobre o número de funcionários.<sup>36</sup>

Empresas isoladas integraram-se em verdadeiras “redes” de unidades interligadas, de modo que uma greve pode paralisar não apenas certo grupo de empresas, mas todas as atividades econômicas, um fenômeno que em muitos países ainda não foi percebido como problema, porque o número de greves diminuiu muito e porque greves rápidas não costumam produzir efeitos.<sup>37</sup>

As trajetórias das mudanças técnicas e os novos paradigmas de produção e organização do trabalho vêm revolucionando o perfil do trabalhador e as relações de produção, conforme estudo de Baiardi e Mendes<sup>38</sup> sobre a inovação tecnológica no trabalho. Conforme os autores, os efeitos dessas mudanças – potencializadas por novos *clusters* de inovações em processos, produtos, técnicas gerenciais, etc. – têm adicionalmente sido devastadores sobre os empregos ditos diretos pelas seguintes razões:

- a) redução do uso de componentes de produtos por meio do crescente uso de microcomputadores;
- b) emprego da automação robótica;
- c) intensificação do uso de aparelhos eletrônicos em substituição aos mecânicos;
- d) banalização da informação;

---

<sup>35</sup> Wolfang (1994, p. 42).

<sup>36</sup> Para um estudo sistematizado da terceirização de serviços no Brasil ver Coimbra (2006). Ramos Filho (2012, p. 412) critica a legitimação da terceirização de serviços ligados à atividade meio do tomador permitido pelo TST, defendendo que esse entendimento jurisprudencial consolidado por meio da Súmula n. 331 contribui para a precarização do Direito do Trabalho.

<sup>37</sup> Coimbra e Araújo (2009).

<sup>38</sup> Baiardi e Mendes (2011).

- e) um aumento mais que proporcional da produtividade em relação à demanda agregada.

Além das inovações que *stricto sensu* podem ser consideradas tecnológicas, surgem as gerenciais, como a flexibilização funcional (trabalhadores ocupantes de postos estáveis desempenhando várias funções) e a flexibilização numérica (fazer gravitar em torno de um núcleo um número muito maior de trabalhadores temporários), que reforçam a tendência ao desemprego estrutural e que ensejam novas relações de trabalho para os trabalhadores que permanecem diretamente ligados às plantas industriais.

Os reflexos das novas tecnologias no ambiente de trabalho, na atualidade, possuem muito mais perguntas do que respostas, considerando que ainda se sabe muito pouco acerca dos possíveis riscos e impactos à saúde humana e ambiental de muitas das novas tecnologias. Para a avaliação desses impactos é necessário que sejam desenvolvidas pesquisas com o objetivo de identificar, em relação a cada tipo de nova tecnologia ainda não catalogada utilizada no meio ambiente de trabalho, pelo menos: suas propriedades físico-químicas; seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente, entre os quais o meio ambiente de trabalho, sua toxicidade ambiental e sua toxicidade em relação aos seres humanos.

Nesse contexto, é fundamental o prévio, adequado e reiterado treinamento dos empregados para lidar com as inovações tecnológicas. A essa questão deve ser conjugada, em uma visão mais ampla do fenômeno, a existência de uma efetiva proteção à saúde e à segurança do trabalhador e de uma atuante representação sindical.<sup>39</sup>

Nessa trilha, Romagnoli<sup>40</sup> adverte que a ameaça mais séria contra a qual o Direito do Trabalho deverá se defender “[...] é a desintegração ao contato com um mundo da produção extremadamente diversificado em uma pluralidade de interesses que se negam a adequar-se à lógica de harmonização.”

---

<sup>39</sup> Wolfang (1994, p. 43).

<sup>40</sup> Romagnoli (1997, p. 437).

Dito de outra maneira, para que o Direito do Trabalho permaneça na sua função de elevação da dignidade dos trabalhadores, é preciso um consenso mínimo sobre sua importância na esfera pública, e não exclusivamente privada. Relações de trabalho com dignidade são também um interesse do Estado, para diminuir tensões sociais e diminuir o peso das prestações previdenciárias.<sup>41</sup>

Existe também o interesse do próprio sistema econômico capitalista, pois o Direito do Trabalho funciona como regulador indireto da concorrência e competitividade das empresas, além de ser um poderoso elemento motivador para ganhos de produtividade. Do encontro dos interesses públicos e privados é que surge o consenso da necessidade de um direito que regule com eficácia as relações de trabalho em um novo ambiente de trabalho repleto de novas tecnologias das quais muito pouco se conhece sobre muitos dos seus potenciais reflexos na saúde do trabalhador.

### **3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

O meio ambiente do trabalho, de um lado, constitui-se em parte do meio ambiente em sentido amplo, e como tal, recebe a incidência de princípios e regras de Direito Ambiental no que se refere à proteção do ser humano trabalhador contra qualquer forma de degradação do ambiente no qual exerce sua atividade laborativa,<sup>42</sup> e de outro lado, recebe a incidência dos princípios e regras do Direito do Trabalho no que se refere às relações havidas entre empregado e empregador, enquanto sujeitos do contrato de emprego.

O Direito do Trabalho, na qualidade de ramo autônomo do Direito, tem seus princípios próprios, caracterizadores de sua autonomia e nascidos das especificações que a relação laboral adquiriu no decorrer do tempo, decorrentes da intervenção do Estado nas relações de trabalho por meio de normas de ordem pública,

---

<sup>41</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 40).

<sup>42</sup> Padilha (2014, p. 517).

que visam obstaculizar a autonomia da vontade, garantindo condições mínimas de proteção ao trabalhador.

Nesse sentido, ao tratar do microambiente do trabalho, precisa-se dar atenção à compreensão e aplicação ao mais característico dos princípios que informam o Direito do Trabalho: o princípio da proteção é também chamado de princípio protetivo e princípio tutelar, por isso é chamado de *mega* princípio ou princípio *mater*.<sup>43</sup>

Conforme Plá Rodriguez,<sup>44</sup> o princípio protetor é o “[...] critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.”

O princípio da proteção visa garantir ao trabalhador hipossuficiente (subordinado e assalariado – mais conhecido por empregado) uma proteção jurídica mínima,<sup>45</sup> considerando que é ele quem presta o trabalho e tal prestação ocorre em situação de inferioridade (econômica, hierárquica, entre outras) em relação ao empregador.

Vale aqui a lembrança de Pinto<sup>46</sup> de que o trabalho é um “[...] valor básico da vida humana” e a advertência de que vivemos uma profunda reafirmação da centralidade do trabalho no Estado Democrático de Direito, de acordo com Reis:<sup>47</sup>

[...] na sociedade moderna, o trabalho é a condição de sociabilidade; confere identidade, sentido de pertença e participação na sociedade política, o que lhe imprime a máxima relevância ética, jurídica e social, exigindo adequados meios de promoção (direito ao trabalho) e uma rede de regulação jurídica de proteção (direito do trabalho).

Trata-se de um “imperativo de *igualdade material*” segundo Feliciano,<sup>48</sup> que também destaca a “[...] função geral de cariz constitucional (derivada, no Brasil, do

---

<sup>43</sup> Plá Rodriguez (2000, p. 61), Delgado (2010, p. 73) e Martins (2008, p. 61); Sussekind (2002, p. 146-147) o chama de “princípio da proteção do trabalhador.”

<sup>44</sup> Plá Rodriguez (2000, p. 83).

<sup>45</sup> Sussekind et al. (2002, p. 146).

<sup>46</sup> Pinto (2003).

<sup>47</sup> Reis (2012, p. 19).

<sup>48</sup> Feliciano (2013, p. 245).

art. 7º, da CRFB), que é a de reequilibrar materialmente as posições jurídicas geralmente antagônicas nos conflitos laborais (empregado e empregador).”

Observa Dorneles<sup>49</sup> que a igualdade anda com a liberdade e denuncia suas dimensões puramente formais, visto que destoantes do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, e mais precisamente no Direito do Trabalho à dignidade do trabalhador.<sup>50</sup> De acordo com autor, a verdadeira liberdade somente se faz reconhecendo a desigualdade real de classes e estabelecendo um sistema protetivo especial ao hipossuficiente, garantindo-lhe direitos mínimos e a constante ampliação destes. Por isso que, para o autor, os princípios basilares do Direito do Trabalho são a proteção do trabalhador e a promoção da melhoria de sua condição social, reconhecendo que o desdobramento desse último princípio é o “subprincípio” (modalidade ou projeção) da condição mais benéfica.<sup>51</sup>

No plano econômico, as transações econômicas podem ser mutuamente benéficas ou parcialmente negativas. Por um lado, as transações mutuamente benéficas são aquelas em que ambos os contratantes se beneficiam da transação e fazem as respectivas concessões com certo equilíbrio. Também não há patamar econômico desigual significativo de forma a gerar necessidade contratual, ou seja, a expressão da vontade é, ao menos em tese, livre e não condicionada pelas circunstâncias a não ser pela busca da satisfação de um anseio próprio. Nesse quadro, as transações mutuamente benéficas seriam perseguidas espontaneamente pelo mercado.<sup>52</sup>

Por outro lado, as transações parcialmente negativas são aquelas em que uma das partes se apropria vantajosamente do benefício econômico gerado pela transação e a outra arca com respectiva desvantagem. Isso decorre do fato de que as

---

<sup>49</sup> Dorneles (2010).

<sup>50</sup> Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] traduz o valor central das sociedades” e trata-se do “[...] princípio maior do Direito Constitucional contemporâneo, espreado-se, com grande intensidade, no que tange à valorização do trabalho” conforme Delgado e Delgado (2014, p. 208). Coutinho (2014, p. 95), com fundamento na filosofia de Honneth, afirma que “[...] a dignidade, na sua expressão trabalho, se situa nesse âmbito de demanda de reconhecimento pelo Outro da condição de ser sujeito de direitos” e sustenta que o crescimento quantitativo e qualitativo dos discursos em torno da dignidade da pessoa humana “[...] denota mais o seu fracasso nesse modo de produção capitalista”, pois “[...] ninguém pretenderá ver reconhecido o que se tem.”

<sup>51</sup> Dorneles (2002, p. 15-50).

<sup>52</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 139).

condições econômicas iniciais são desequilibradas, gerando uma noção de necessidade ou dependência. Também podem ser desequilibradas por distúrbios do mercado que afastam as condições de concorrência perfeita. Um exemplo das primeiras são as relações de trabalho assalariado e das segundas as relações de consumo, pela formação de monopólios ou oligopólios.<sup>53</sup>

Na evolução do pensamento econômico, as relações parcialmente negativas provocam iniquidades do ponto de vista social e requerem a intervenção do Estado. Então, surge o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, por exemplo, pelos seus peculiares exemplos de Justiça Distributiva, visando compensar, ao menos parcialmente, as desigualdades resultantes do contrato em si.

Aqui cabem duas considerações: a correção das desigualdades entre empregado e empregador ocorre no plano normativo (abstrato); a correção das desigualdades é sempre parcial.

Quanto à primeira consideração, o Estado intervém por meio de normas jurídicas (situadas no plano abstrato do dever-ser) tentando desenvolver políticas públicas que visam influenciar as relações econômicas (situadas no plano do ser). Essa circunstância revela uma velha questão filosófica levantada por Platão, que trata da divisão entre o mundo das ideias e o mundo dos sentidos que, com as devidas adaptações e matizes, sobrevive na filosofia de Kant,<sup>54</sup> na distinção entre dever-ser e ser, posteriormente adaptada para a Teoria Geral do Direito, especialmente por Kelsen.<sup>55</sup> Na economia, essa distinção aparece na dicotomia existente entre economia real e economia normativa, ou, na terminologia de Marx,<sup>56</sup> a diferença entre superestrutura e estrutura.

Dito de outro modo, as normas jurídicas caracterizadoras da intervenção indireta do Estado na economia procuram alterar a realidade por meio de estímulos econômicos ou sanções aos agentes econômicos, a fim de atingir a determinado fim.

---

<sup>53</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 139).

<sup>54</sup> Kant (2003, p. 118).

<sup>55</sup> Kelsen (1986, p. 175), Kelsen (1992, p. 81-82) e Kelsen (1999, p. 142).

<sup>56</sup> Marx (1985, p. 257-266).

No caso do Direito do Trabalho, os objetivos das normas são, entre outros, melhorar a distribuição de renda e coibir os abusos por parte do empregador. Além disso, as normas trabalhistas também visam melhorar as condições de trabalho e a saúde dos trabalhadores. Podem, também, ser vistas desde a perspectiva das empresas, que teriam maior previsibilidade das condutas e mais segurança nas relações jurídicas, além do fato de que as normas trabalhistas também exercem homogeneizar a concorrência. Tudo isso converge para o objetivo maior de evitar os conflitos sociais e colaborar para a paz social.<sup>57</sup>

Quanto à segunda consideração, segundo a qual a correção das desigualdades é sempre parcial, entende-se que a intervenção normativa do Estado na economia é uma tentativa de dirigir o comportamento do mercado por meio de incentivos e dispositivos coercitivos. Normas jurídicas estatais podem incentivar ou coibir determinados comportamentos do mercado ou até mesmo suprimi-los. Assim, por exemplo, o mercado pode ter maior ou menor carga tributária, maior ou menor número de barreiras técnicas ou sanitárias, maior ou menor número de trâmites registrais ou burocráticos, entre outros.

Um exemplo de supressão total de atividade econômica por leis estatais seria a supressão de uma atividade ilícita, como o tráfico de drogas ou o contrabando. Nesses casos, a intervenção do Estado é totalmente supressiva e/ou coercitiva. No Direito do Trabalho, a intervenção do Estado por meio de normas jurídicas visa compensar uma desigualdade econômica. Essa compensação não é total, porque se assim fosse desapareceria a razão de ser do próprio sistema econômico capitalista: o lucro.<sup>58</sup>

Em outras palavras, o Direito do Trabalho visa diminuir a diferença de um contrato parcialmente negativo para uma das partes, estabelecendo obrigações compensatórias para a outra, mas não elimina a apropriação de uma parte da riqueza gerada pelo trabalho. O lucro permanece como finalidade última da produção de bens e serviços. Apenas será redimensionado pela legislação, uma vez que esta

---

<sup>57</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 139-140).

<sup>58</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 140).

atribui maiores obrigações para uma das partes, mas não elimina o direito de se apropriar de parte do resultado econômico do trabalho.

Na verdade, pode-se pensar que o Direito do Trabalho apenas traz algumas restrições à autonomia da vontade para limitar abusos do poder econômico e estabelecer um mínimo de civilização nesse tipo específico de contrato e das relações sociais não por ele regidas. Não muda a essência, pois o contrato continua sendo parcialmente negativo, mas apenas corrige uma parte da desigualdade. Em razão disso, a correção de desigualdades é sempre parcial.<sup>59</sup>

O principal ponto de referência, dentro do Direito do Trabalho, ainda é o primado da autonomia da vontade e a liberdade de mercado. Por mais que se procure emprestar um caráter protetivo a esse ramo do Direito, jamais se deve esquecer de que se vive em um sistema econômico capitalista. Essa ressalva é feita para que não se tenha a ingênua ilusão de que o Direito do Trabalho serviria como panaceia para todos os males decorrentes dos conflitos entre trabalho e capital. Na verdade, seus limites são bem definidos, e seu papel está adstrito a uma determinada realidade sem, contudo, ter força suficiente para revolucioná-la, o que, dentro dessa lógica, mostra-se impossível.

Essas premissas são fundamentais ao se pensarem as diversas questões das novas tecnologias, e o princípio protetor (assim como os demais) têm três funções: função informadora, função integradora ou normativa e função interpretativa.

A função informadora serve de inspiração ao legislador na confecção das leis e de fundamento para as normas jurídicas estatuídas.<sup>60</sup> Essa função opera na fase pré-normativa, ou seja, antes da criação das normas, no debate social que precede o Direito objetivo. Está no plano das fontes materiais do Direito.<sup>61</sup>

A função integradora ou normativa atua como fonte supletiva nas lacunas ou omissões da lei, conforme o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)) e art. 126 do Código de Processo Civil, segundo o qual: “O juiz não se exime de sentenciar

---

<sup>59</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 140).

<sup>60</sup> Plá Rodríguez (2000, p. 43). No mesmo sentido, García (1975, p. 276).

<sup>61</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 134-135).



ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.” É a positivação da regra do *non liquet*, segundo a qual o juiz não pode se eximir de julgar pelo fato de haver lacunas ou omissão na lei.

A Consolidação das Leis do Trabalho também tem norma própria para os casos de falta de disposições legais ou contratuais (omissões), indicando que a Justiça do Trabalho e as autoridades administrativas deverão decidir, conforme o caso, com base nos princípios do Direito do Trabalho, conforme o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O uruguaio Plá Rodriguez<sup>62</sup> e, no Brasil, Martins Filho,<sup>63</sup> por exemplo, chamam essa função de “normativa”, em consonância com a doutrina de filosofia do Direito que considera os princípios como mandados de otimização, com conteúdo de *dever-ser* e não meras abstrações.

A função interpretativa destaca que os princípios servem de critério orientador para os intérpretes e aplicadores das normas jurídicas positivadas. Nesse contexto, havendo incidência de diferentes normas sobre uma mesma questão jurídica que deve ser solucionada, o aplicador da norma deverá considerar os princípios do Direito do Trabalho.<sup>64</sup> Nesses casos, não há falta de normas (lacunas), mas dúvida sobre o real sentido da norma. A função interpretativa “ajusta o foco” da norma ao caso concreto.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Plá Rodriguez (2000, p. 44).

<sup>63</sup> Martins Filho (2008, p. 32).

<sup>64</sup> Martins Filho (2008, p. 32).

<sup>65</sup> Coimbra e Araújo (2014, p. 135).

Nesse contexto, o Direito do Trabalho, em geral, e o princípio da proteção, em especial, protegem o sujeito empregado, em detrimento do sujeito empregador, como forma de compensar, juridicamente, o desequilíbrio econômico existente entre os sujeitos da relação de emprego (empregado e empregador). Essa compensação ou nivelamento jurídico ocorre por meio de normas imperativas ou cogentes que restringem a autonomia da vontade dos sujeitos (imperatividade que aparece de maneira nítida nas normas de segurança e proteção à saúde do trabalhador, por exemplo), estabelecendo limites jurídicos mínimos e máximos que precisam ser necessariamente observados pelos contratos individuais de trabalho, pelas normas coletivas de trabalho e pelas demais fontes formais do Direito do Trabalho, todas em diálogo a partir da Constituição Federal.

#### **4 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR EFETIVADO A PARTIR DA PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS E DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO**

O direito à saúde representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida,<sup>66</sup> não se constituindo uma proteção ao trabalhador em si mesmo, mas uma proteção ao cidadão. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 196).<sup>67</sup>

Não obstante, a condição de trabalhador, dentro das condições específicas da prestação de trabalho, enseja um tratamento jurídico especial, mais detalhado do que a proteção jurídica dada a qualquer cidadão. Proteger a vida, a

---

<sup>66</sup> Conforme esclarece Hesse (1998, p. 245), entre os direitos fundamentais há uniões sistemáticas, na medida em que podem se associar em uma relação de especialidade, “[...] quando um direito fundamental concretiza as garantias de outro direito fundamental”, relação que o autor define como “coordenação material.”

<sup>67</sup> CF, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

saúde e a dignidade são ideais perseguidos de modo geral para toda a cidadania, contudo, adquirem um matiz especial em relação ao trabalho, em decorrência das condições de risco em que se encontram determinadas atividades laborais. Por essa razão, o tema da saúde do trabalhador foi elevado ao nível constitucional no Brasil,<sup>68</sup> tanto no que diz respeito às proteções aos riscos inerentes ao trabalho quanto no que se refere à seguridade social e às indenizações decorrentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais.<sup>69</sup>

Essa matéria ganha importância quando relacionada aos efeitos das novas tecnologias presentes na sociedade de risco, pois muitos dos supostos efeitos são ainda desconhecidos.

Outrossim, quando a Constituição Federal dispõe que “[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225)<sup>70</sup> está se referindo ao meio ambiente em sentido amplo, contemplando a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o trabalho.<sup>71</sup>

Reconhecendo a importância e as peculiaridades do meio ambiente do trabalho, a Constituição Federal expressa no art. 200, VIII, quando estabelece que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho.<sup>72</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito no que diz respeito à proteção à saúde do trabalhador. De um sistema exclusivamente privatista – no início do século XX – chegou-se a um sistema misto com normas de obrigação pública e normas de obrigação privada, que dão uma razoável proteção no que se refere a

---

<sup>68</sup> Araújo (2010).

<sup>69</sup> CF, art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;  
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.” (BRASIL, 1988).

<sup>70</sup> CF, art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

<sup>71</sup> Padilha (2002, p. 32).

<sup>72</sup> Silva (2000, p. 23).

benefícios de natureza previdenciária e indenizações civis pela perda da capacidade laboral. Por outro lado, as Normas Regulamentadoras do Poder Executivo, exercendo competência derivada da lei, atuam fortemente na prevenção de acidentes e na criação de uma consciência de meio ambiente de trabalho.<sup>73</sup> Assim, a preocupação com a saúde dos trabalhadores deixou de ser assunto exclusivamente privado, discutido apenas entre empresas e trabalhadores, para também ser uma questão de interesse coletivo, por meio da intervenção do Estado tutelando pela via legislativa o trabalho e a saúde dos trabalhadores de forma específica, conforme ressalta Araújo.<sup>74</sup>

De acordo com Padilha,<sup>75</sup> houve uma mudança de perspectiva normativa: da proteção da saúde do trabalhador (desde a afirmação do Constitucionalismo Social a partir da Constituição Mexicana de 1917) para a proteção do meio ambiente do trabalho, principalmente em decorrência da influência exercida pelas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho que trata do tema segurança e saúde do trabalhador, destacando o avanço marcante dado pela Convenção n. 155 da OIT que se refere especificamente à segurança e à saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho (aprovada em Genebra em 22 de junho de 1981, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992 e promulgada por meio do Decreto n. 1.254/94).<sup>76</sup>

A saúde é considerada um direito fundamental no Brasil, assim prevista pela Constituição Federal de 1988 (art. 6º),<sup>77</sup> fruto de uma longa luta e ampliação de consciência, que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> Para um estudo aprofundado sobre a evolução normativa sobre o tema da proteção do meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado ver: Padilha (2014, p. 507) e Araújo (2010).

<sup>74</sup> Araújo (2010).

<sup>75</sup> Padilha (2014, p. 507).

<sup>76</sup> Sussekind (2007, p. 273).

<sup>77</sup> CF, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

<sup>78</sup> Sarlet (2011, p. 36-37). Para o estudo da perspectiva histórica dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das dimensões dos direitos fundamentais, ver p. 36-57. Nesse sentido é a proposta de Zagrebelsky (2007, p. 17-18), reconduzindo o Estado Constitucional ao direito “miite”, “dúctil”, maleável, moldável, fluído, a fim de que se encontre a solução mais justa para o caso concreto.

De acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição (explícita ou implicitamente). Um determinado direito é fundamental

[...] não apenas pela relevância do bem jurídico tutelada em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais”, conforme explica Sarlet.<sup>79</sup>

É por essa razão que um direito pode ser fundamental em um país e não ser em outro. Todavia, isso não significa dizer que seja possível reduzir a noção de direitos fundamentais a um conceito meramente formalista ou mesmo nominal, como sendo apenas os direitos expressamente consagrados como tais, o que leva ao tema da abertura material do catálogo de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro.

Da norma contida no parágrafo 2º do art. 5º da CF de 1988,<sup>80</sup> seguindo a tradição do nosso direito constitucional republicado, desde a Constituição de fevereiro de 1891, pode-se extrair o entendimento de que,

[...] para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.<sup>81</sup>

De acordo com Sarlet,<sup>82</sup> todos os direitos dos trabalhadores expressa ou implicitamente positivados pelo Texto Constitucional são direitos fundamentais.

<sup>79</sup> Sarlet (2011, p. 76). Sobre a exigibilidade em juízo (“justicialidade”) dos direitos fundamentais a prestações positivas do Estado, ver Talamini (2007, p. 151-155).

<sup>80</sup> CF, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

<sup>81</sup> Sarlet (2011, p. 76). Nesse sentido, ainda que à luz de norma semelhante contida na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, n. 1), Canotilho (1991, p. 539).

<sup>82</sup> Sarlet (2014, p. 20-28).

O direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio está dentro do catálogo de direito e liberdades positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição brasileira, tanto no que diz respeito ao seu individualista – o direito à vida e à integridade física da pessoa humana do trabalhador (art. 5º,<sup>83</sup> direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões) – quanto ao seu aspecto social/coletivo/transindividual: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio (direitos fundamentais de terceira dimensão).<sup>84</sup> Além disso, a título de reparação, o sistema constitucional brasileiro oferece um sistema duplo, constituído de benefícios previdenciários (aposentadoria, pensões e auxílio acidente) e indenizações civis (responsabilidade civil do empregador), no art. 7º, XXVIII.<sup>85</sup>

Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se ao que passou a ser denominado perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ainda que essa vinculação não seja exclusiva), que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratarem de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos quanto em deveres,<sup>86</sup> como no caso estudado no presente trabalho. No que se refere ao aspecto transindividual difuso do meio ambiente do trabalho, propõe-se o seu estudo a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais, a fim de atribuir maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade.<sup>87</sup>

O Brasil, além de ter elevado o direito à saúde do trabalhador à condição de direito fundamental por disposição expressa da Constituição, também o conside-

---

<sup>83</sup> CF, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>84</sup> Os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagrando o princípio da solidariedade, conforme Coimbra (2011).

<sup>85</sup> Nesse sentido, o direito ao meio ambiente de trabalho saudável, essencial à sadia qualidade de vida do trabalhador, pode ser reconhecido como materialmente um direito fundamental, conforme Santos (2010, p. 81).

<sup>86</sup> Sarlet (2011, p. 141).

<sup>87</sup> Para um estudo aprofundado dos direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, ver Coimbra (2013).

ra como direito humano, ao ser signatário das principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema.<sup>88</sup>

De acordo com Sarlet,<sup>89</sup> os direitos sociais, e expressamente o direito à saúde e os direitos dos trabalhadores, são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e direitos humanos pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana<sup>90</sup> e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, possuindo titularidade individual e coletiva (assim como difusa) em relação de coexistência e complementaridade.

A regra que dispõe sobre a proteção dos riscos inerentes ao trabalho tem caráter prospectivo (art. 7º, XXII, CF), pois se constitui um comando para o legislador futuro observar em termos de desenvolvimento normativo,<sup>91</sup> não obstante nenhuma norma constitucional seja puramente programática ou prospectiva, sempre possuindo um mínimo de eficácia. Assim, a palavra “risco” pode ser interpretada como a adoção de uma postura mais objetiva em relação às consequências dos acidentes de trabalho, senão, o legislador constituinte poderia ter redigido “proteção contra os danos inerentes ao trabalho”, e não “proteção contra os riscos inerentes ao trabalho”. Esse segundo tipo de interpretação tem sido utilizado para confrontar

<sup>88</sup> Convenções: 102, 113, 115, 119, 120, 124, 127, 134, 136, 139, 148, 152, 155, 159, 161, 163 e 182.

<sup>89</sup> “Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados), já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada, muito embora também esteja em causa a tutela de indivíduos integrantes de determinados grupos de pessoas em situação de desvantagem social, econômica e cultural.” (SARLET, 2011).

<sup>90</sup> Nesse sentido, Alvarenga (2009, p. 43, 172) defende que os direitos trabalhistas ligados diretamente à dignidade da pessoa humana têm natureza de direitos humanos. Especificamente em relação ao meio ambiente do trabalho equilibrado como direito humano e fundamental do trabalhador, ver Padilha (2014, p. 517-524). Cabe observar que essa matéria não é pacífica na doutrina. Barretto (2013, p. 66, 68) sustenta que os direitos humanos têm a ver com a defesa da liberdade do indivíduo contra as arbitrariedades do poder do Estado e que a dignidade humana se situa em outro plano epistemológico tendo por essência a humanidade: “A dignidade humana situa-se no cerne da luta conta o risco de desumanização, consequência do desenvolvimento desmesurado da tecnociência e do mercado. O inimigo não é mais unicamente e exclusivamente o poder do estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo.” A partir disso conclui que “[...] a dignidade humana encontra-se fora da esfera dos direitos humanos.”

<sup>91</sup> Nesse sentido, Brandão (2010, p. 108).

a teoria objetiva da reparação do dano com a teoria subjetiva, calcada no art. 7º, XXVIII, da mesma Constituição.<sup>92</sup>

Sublinhe-se que a redução dos riscos inerentes ao trabalho prevista na Constituição preconiza não somente a redução quantitativa dos riscos, mas a eliminação dos agentes nocivos, explicitando um princípio de proteção à saúde do trabalhador, representando a concreção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana de modo a evitar a sua degradação.<sup>93</sup>

A saúde do trabalhador e o meio ambiente de trabalho equilibrado são direitos fundamentais, todavia, devem ser efetivados na forma mais ampla. A reparação dos danos ao trabalhador e a punição das empresas é apenas um meio de se cumprir o comando da norma constitucional, mas não é o melhor. Políticas públicas preventivas contra riscos no ambiente de trabalho são muito mais eficazes. Não basta a criação de normas ou de teorias que visem reparar os danos causados ao trabalhador, o melhor é que tais danos não ocorram.<sup>94</sup>

Na trilha atual de reaproximação entre o direito material e processual,<sup>95</sup> ainda que em planos claramente distintos (ou seja, autônomos, mas relacionados), a jurisdição coletiva trabalhista precisa avançar rumo ao desiderato de concretização da Constituição e dos direitos fundamentais,<sup>96</sup> não obstante já atenda a uma das mais profundas diferenças entre o Judiciário do Estado liberal e o Judiciário do Estado Constitucional: não mais somente a de resguardar os direitos subjetivos, mas a de concretizar o Direito objetivo, bem como criá-lo, regulamentá-lo e estendê-lo.

Nesse sentido, em relação ao aspecto difuso do meio ambiente do trabalho propõe-se que seja efetivado a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais e da concretização do Direito objetivo, concentrando-se ações nas medidas ligadas à precaução e à prevenção dos danos ao meio ambiente de trabalho.

---

<sup>92</sup> Araújo (2010).

<sup>93</sup> Brandão (2010, p. 24-29).

<sup>94</sup> Araújo (2010).

<sup>95</sup> Tesheiner (2008, p. 192), Marinoni (2000, p. 395-396) e Cappelletti (1993, p. 13).

<sup>96</sup> Canotilho (1991, p. 384) e Sarlet (2005, p. 254-258).



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os processos de globalização têm exigido outros tipos de observação a partir da constatação de que há muitas outras possibilidades de produção de direitos na sociedade. E, o Direito, nesse cenário, necessariamente deve ser observado de uma forma diferente – não apenas normativista, a fim de promover uma visão plural do mundo (pluralismo). No Direito do Trabalho, em particular, a ideia de pluralismo está presente desde sua formação histórica até os dias atuais, manifestando-se de diversos modos, entre os quais se destacam os princípios da proteção do empregado, da autonomia coletiva e da não discriminação. Nesse quadro de alta complexidade, evidencia-se a grande importância da realização de diferentes formas de observação sobre os reflexos das novas tecnologias no ambiente de trabalho.

A redução dos riscos inerentes ao trabalho prevista na Constituição (art. 7º, XXII) preconiza não somente a redução quantitativa dos riscos, mas a eliminação dos agentes nocivos, explicitando um princípio de proteção à saúde do trabalhador, representando a concreção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, evitando a sua degradação. A saúde do trabalhador e o meio do ambiente de trabalho equilibrado são direitos fundamentais no Brasil e precisam ser efetivados na forma mais ampla.

Nesse sentido, em relação ao aspecto difuso do meio ambiente do trabalho propõe-se que seja efetivado a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais e da concretização do Direito objetivo, concentrando-se ações nas medidas ligadas à precaução e à prevenção dos danos ao meio ambiente de trabalho.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. *Estudo prospectivo nanotecnologia*. Brasília, DF: ABDI, 2010.

ALVARENGA, R. Z de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTR, 2009.

ARAÚJO, F. R. de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, maio 2010.

BAIARDI, A.; MENDES, J. *Inovação tecnológica e trabalho: evolução e um breve enfoque sobre a contemporaneidade do relacionamento*. 2011. Disponível em: <[http://www.sep.org.br/artigo/9\\_congresso\\_old/ixcongresso60.pdf](http://www.sep.org.br/artigo/9_congresso_old/ixcongresso60.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2011.

BARRETTO, V. de P. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRANDÃO, C. M. Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re) leitura constitucional. *Revista LTR*, São Paulo, v. 74, n. 1, p. 24-29, jan. 2010.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUENO, F. S. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1992.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

COIMBRA, R. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117-138, jul./set. 2013.

COIMBRA, R. Globalização e internacionalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 146, p. 411-431, abr./jun. 2012.

COIMBRA, R. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 16, p. 64-94, jul./set. 2011.

COIMBRA, R. *Relações terceirizadas de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006.

COIMBRA, R.; ARAÚJO, F. R. de. *Direito do Trabalho I*. São Paulo: LTR, 2014.

COIMBRA, R.; ARAÚJO, F. R. de. Direito do Trabalho: evolução do modelo normativo e tendências atuais na Europa. *Revista LTR*, São Paulo, ano 73, n. 8, ago. 2009.

COUTINHO, A. R. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. In: SARLET, I. W.; MELO FILHO, L. P. V. de; FRAZÃO, A. de O. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, M. G. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. O princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito do Trabalho. In: SARLET, I. W.; MELO FILHO, L. P. V. de; FRAZÃO, A. de O. (Coord.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DORNELES, L. do A. *A transformação do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2002.

DORNELES, L. do A. O direito das relações coletivas de trabalho e seus fundamentos principais: a liberdade associativa laboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 76, n. 2, p. 84-108, abr./jun. 2010.

ENGELMANN, W. A nanotecnologia como uma revolução científica: os direitos humanos e uma (nova) filosofia na ciência. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ENGELMANN, W. O diálogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ENGELMANN, W. O Direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FELICIANO, G. G. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILAS, R. C. Trabajo y globalización propuesta para una praxis popular alternativa. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 18, n. 205, jan. 2001.

FINCATO, D. P. Internet e relação de emprego: reflexões sobre a espionagem e o cyberbullying. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 305, p. 39-42, maio 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: STURMER, G. (Org.). *Questões controversas de Direito do Trabalho e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FRIEDMAN, T. L. *O mundo é plano: o mundo globalizado no século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

GARCÍA, M. A. *Curso de Derecho del Trabajo*. 5. ed. Ariel: Barcelona, 1975.

HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

JARDIM, F. R. *O macrocosmo social da nanociência: estudo sobre as pesquisas em nanotecnologia da Embrapa e da Unicamp*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia)—Universidade de São Paulo, 2009.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MAIOR, J. L. S. O dano social e sua reparação. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 288, dez. 2007.
- MALLET, E. *Igualdade e discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2013.
- MARINONI, L. G. *Tutela Inibitória*: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, S. P. *Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS, S. P. Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador. In: MARX, K. *O Capital*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- MARTINS, S. P. *O pluralismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2001.
- MARTINS FILHO, I. G. da S. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARX, K. *O Capital*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa*. Genebra, 2008. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao\\_justiciasocial.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justiciasocial.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO DE LISBOA. *Países membros da OIT: trabalho digno para todos*. Lisboa, 1996. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_01c\\_pt.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01c_pt.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2012.
- PADILHA, N. S. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTR, 2002.

PADILHA, N. S. Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador. In: SARLET, I. W.; MELO FILHO, L. P. V. de; FRAZÃO, A. de O. (Coord.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PASTORE, J. Cláusulas trabalhistas na China? *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 01 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_280.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_280.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

PINTO, J. A. R. O trabalho como valor. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, 2003. Disponível em: <[www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/educacao\\_abril2003/.../abril1.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/educacao_abril2003/.../abril1.doc)>. Acesso em: 03 jun. 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução Wagner Giglio. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

RAMOS FILHO, W. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTR, 2012.

REIS, D. M. Discriminação nas relações de trabalho e empregado: reflexões éticas sobre o trabalho, pertença e exclusão social e os instrumentos jurídicos de retificação. In: BARZOTTO, L. C. (Coord.). *Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, L. S. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, L. S. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, L. S. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROMAGNOLI, U. El Derecho del trabajo: Qué Futuro? In: ROMAGNOLI, U. *Evolucion del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1997.

SANTOS, A. S. dos. *Fundamentos do direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.

SANTOS, B. de S. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal. In: SARLET, I. W.; MELO FILHO, L. P. V. de; FRAZÃO, A. de O. (Coord.). *Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, B. de S. Os processos de globalização. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, I. W. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 199, p. 13-39, set. 2011.

SUPIOT, A. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SUSSEKIND, A. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. *Revista LTR*, São Paulo: LTR, v. 61, jan. 1997.

SUSSEKIND, A. *Convenções da OIT e outros Tratados*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2007.

SUSSEKIND, A. et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTR, 2002.

TALAMINI, E. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TESHEINER, J. M. Reflexões Politicamente Incorretas sobre Direito e Processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 110, jun. 2008.

WOLFANG, D. In: *O mundo do trabalho: Crise e mudança no final do século*. 1. ed. São Paulo: Scritta, 1994.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.



# A PROBLEMÁTICA DO DIREITO AO PROCESSO PENAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Saulo Tarso Rodrigues\*

Róbson de Vargas\*\*

## 1 O TEMPO E O PROCESSO PENAL

Há muito se sabe que a medida do tempo não ocorre apenas de maneira objetiva (marcada pelo calendário e pelo relógio), aceitando-se perfeitamente uma forma subjetiva na sua aferição, marcada pelas nossas experiências e pelos nossos sentimentos. O tempo é relativo, já que é dependente do sentido que atribuímos a ele.

No século XVII, Newton acreditava que o tempo era absoluto e contínuo (linear). Explica Baumer<sup>1</sup> que na natureza de Newton tanto o espaço quanto a natureza eram absolutos, no sentido de existirem objetivamente. O universo era visto como um grande relógio, e Deus o seu relojoeiro. O tempo era absoluto, matemático, uniforme, independente do seu objeto e de seu observador.

Mas essa concepção de tempo passou a ser percebida de forma diferente, especialmente após o advento da teoria da relatividade de Einstein, que, a partir da ideia de deslocamento do observador (ideia de movimento), rompeu com o paradigma newtoniano. Na leitura de Lopes Júnior,<sup>2</sup> sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de

---

\* Pós-doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Uppsala University – Suécia; Doutor em Sociologia do Estado e do Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal; Mestre em Direito do Estado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor Pesquisador da Universidade Federal de Mato Grosso; Avenida Fernando Corrêa da Costa, 2367, Boa Esperança, 78060-900, Cuiabá, Mato Grosso, Brasil; robsondevargas@hotmail.com

\*\* Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá; Professor na área de Direito Público no Centro Universitário Estácio de Sá, Santa Catarina e na Faculdade João Paulo II, Passo Fundo; Advogado; robsondevargas@hotmail.com

<sup>1</sup> Baumer (1977, p. 78).

<sup>2</sup> Lopes Júnior (2009, p. 140).

certezas ou verdades absolutas, já que tudo é relativo: a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa para o motorista, e ainda uma coisa diversa para o avia-dor, pois a percepção do tempo é completamente distinta para cada um de nós.

E, aliado a tudo isso, na modernidade,<sup>3</sup> ainda temos a dimensão chama-da velocidade, que aparece como um novo elemento fundamental da vida. Para Thums,<sup>4</sup> a compreensão de velocidade da ciência moderna dirige-se a uma situação de quebra da relação sujeito-objeto, na medida em que o observador é, ao mesmo tempo, o protagonista do evento e o objeto da observação. A imagem está sendo captada em velocidade, profundidade e amplitude inimagináveis, o que torna abso-lutamente indiferente o espaço territorial.

Como bem observa Gauer,<sup>5</sup> por ser a vida social cada vez mais mediada por um mercado continental e global, o mundo e as distâncias tornaram-se menores e os eventos de determinado lugar têm um impacto quase que imediato na vida das pessoas, visto que as telecomunicações contribuem para que os sistemas de repre-sentações se globalizem. E isso traz um impacto principalmente na compreensão do espaço/tempo, já que as novas relações espaço/tempo são definidas em eventos tão diferentes como a teoria da relatividade de Einstein.

E nesse mundo de pura transmissão instantânea dos acontecimentos, de maior ou menor proximidade, vemos surgir um novo tipo de lugar, o qual, segun-do Virilio,<sup>6</sup> passa a ser visto como um não lugar. Isso porque observamos cada vez mais o declínio dos lugares de representação e projeção. Tudo parece ser uma tele-realidade presente, em tempo real, que suplanta a realidade da presença do espaço real dos objetos e lugares.

---

<sup>3</sup> Segundo esclarece Gauer (2006, p. 597), “O termo modernidade significa a compreensão de uma época histórica que se estende do século XVI ao século XVIII. Este é um período muito longo para que pensemos em uma única modernidade. Nessa época, instalou-se um fluxo contínuo de trocas culturais, formando uma rede cada vez mais densa de comunicações mundiais que vai da expansão colonialista à mundialização. Vista desta forma podemos pensar que existem várias modernidades. Tornou-se consenso, nos meios acadêmicos, que falar em modernidade, portanto, seria abranger um espaço de tempo além de longo, extremamente complexo.”

<sup>4</sup> Thums (2006, p. 67).

<sup>5</sup> Gauer (2004, p. 265).

<sup>6</sup> Virilio (1993, p. 13, 19).

Assim, podemos afirmar que a regência de nossas vidas ocorre pelo tempo, especialmente nas sociedades contemporâneas, dominadas pela aceleração e a lógica do tempo curto, de modo que vivemos a angústia do presenteísmo, buscando expandir ao máximo o tempo presente, espremido entre um passado que não existe e um futuro contingente. E o tempo, além de reger nossa vida pessoal, também acaba por orientar o próprio direito.<sup>7</sup>

No processo, o tempo é um elemento que conspira contra, porque depende dele a prática dos atos processuais dentro de prazos legalmente estabelecidos e determinados por um ritual. Tudo no processo depende do tempo: penas, prisão, provas, absolvição. Isso se explica pelo fato de que o tempo e o processo estão absolutamente interligados; o processo também é movimento, permitindo que vários institutos de direito material ou formal tenham reflexos processuais.<sup>8</sup>

Por outro lado, como bem analisa Thums,<sup>9</sup> em referência a Leone e Ost, o tempo do processo não coincide com o da realidade, já que o tempo do processo é um tempo próprio.<sup>10</sup> No processo, reconstitui-se um fragmento temporal, de modo que há um tempo separado daquele da vida real, estreitamente regulado pelas prescrições do ritual, permitindo que os julgamentos desenvolvam efeitos performativos e instituintes.

Ademais, o processo em si mesmo, além de apossar o tempo, é também a representação de uma pena, já que o caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal e não apenas na questão intramuros. E a marca essencial da pena (em sentido amplo), é “por quanto tempo?” Isso porque o tempo, muito mais que o espaço, constitui-se no verdadeiro significante da pena.<sup>11</sup>

Diante disso, quanto mais tempo levar o processo para ser finalizado, ou quando durar além do necessário para cumprir sua função, mais visível serão os seus

---

<sup>7</sup> Lopes Júnior (2009, p. 141).

<sup>8</sup> Thums (2006, p. 67).

<sup>9</sup> Thums (2006).

<sup>10</sup> “O Direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo. E mais, para o Direito, é possível acelerar e retroceder a flecha do tempo, a partir de suas alquimias do estilo ‘antecipação de tutela’ e ‘reversão dos efeitos’, em manifesta oposição às mais elementares leis da física.” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 142).

<sup>11</sup> Lopes Júnior (2009, p. 144) e Messuti (2003, p. 33).

efeitos deletérios. Em decorrência disso, resta fragilizada a garantia da jurisdicionalidade, já que a pena acaba sendo aplicada antes da sentença definitiva, bem como o princípio da presunção de inocência, o qual acaba neutralizado pela duração excessiva do processo. O direito de defesa e o próprio contraditório também são atingidos, na medida em que a duração excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, provocando um maior custo financeiro ao acusado e uma maior carga de estigmatização social.<sup>12</sup>

Importante é a ressalva apontada por Pastor,<sup>13</sup> quando aduz que um dos mais importantes problemas que o direito processual enfrenta na atualidade é, sem dúvida, o da duração do processo, o qual equivale à duração da neutralização do princípio da inocência, que, como é evidente, deveria ser breve. No seu entendimento, o problema da excessiva duração do processo penal, sem definição sobre a relação de direito material, prejudica os fins substantivos do processo, impedindo que a paz pública se restabeleça com a sentença, seja ela absolutória ou condenatória, além de afetar, também, o direito fundamental de o acusado ser julgado sem dilações indevidas, o que gera uma verdadeira crise de legitimidade dos postulados de processo penal.

A questão envolvendo a lesão aos direitos fundamentais deteriora, ainda mais, não somente a própria administração da justiça penal, mas também os fundamentos que estruturam as bases do Estado Democrático de Direito, ao passo que uma “justiça lenta é uma justiça negada”.

## **2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DO DIREITO AO PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL E A DOCTRINA DO NÃO PRAZO**

A primeira manifestação expressa do direito a ser julgado no prazo razoável nos remete à Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, datada de 16 de junho de 1776, a qual estabeleceu no ponto VIII, entre outros direitos,

---

<sup>12</sup> Lopes Júnior e Badaró (2006, p. 9).

<sup>13</sup> Pastor (2004, p. 51-52).

Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado.

Conforme alude Pastor,<sup>14</sup> somente depois da Segunda Guerra Mundial voltou a existir uma preocupação mais intensa em relação a esse direito fundamental, de modo que foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que estabeleceu a previsão desse direito, ao dispor em seu art. XXV, que “[...] todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade.”

Após, em 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais também estabeleceu esse direito em seus arts. 6.1, 7.5 e 8.1. Já em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu em seu art. 9.3 que toda pessoa detida tem o direito a ser julgada dentro de um prazo razoável. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de San José da Costa Rica (CADH), de 1968, seguiu essa disposição, e em seu art. 7.5 instituiu que

[...] toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

No Brasil, embora a Emenda Constitucional n. 45/2004 tenha incluído no art. 5º o inciso LXXVIII, segundo o qual “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, observa-se que o direito a ser julgado em um prazo

---

<sup>14</sup> Pastor (2004, p. 54).

razoável já se encontrava expressamente assegurado nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH, recepcionados pelos arts. 5º, § 2º, da Constituição, posto que o Brasil aderiu ao *Pacto de San José da Costa Rica* por meio do Dec. n. 678, de 06 de novembro de 1992.<sup>15</sup>

Todavia, com o acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição, o qual dispõe que “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, restou questionado pela doutrina se os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, já que não teriam obtido o quórum de três quintos no Congresso Nacional.

Em resposta a essa problemática,<sup>16</sup> Lopes Júnior,<sup>17</sup> citando Piovesan e Badaró, anota que todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais por força do § 2º do art. 5º da Constituição,<sup>18</sup> merecendo destaque o fato de que toda e qualquer norma infraconstitucional que está em confronto com a CADH será destituída de eficácia, já que seria inconstitucional.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Lopes Júnior (2009, p. 152).

<sup>16</sup> Em 2008, o Plenário do STF, por maioria, decidiu conceder *status* supralegal (acima da legislação ordinária) aos tratados internacionais, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. A corrente majoritária, no entanto, admite atribuir a eles *status* de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. A ementa restou assim indexada: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

<sup>17</sup> Lopes Júnior (2009).

<sup>18</sup> O § 2º do art. 5º da Constituição Federal prevê que os direitos e as garantias expressos na Carta Magna “[...] não excluem outros decorrentes do regime por e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ao comentar esse dispositivo constitucional, Sarlet (2007, p. 98) explica: “[...] O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.”

<sup>19</sup> Lopes Júnior (2009, p. 155).

Assim, com o advento do § 3º e do inciso LXXVIII, ao art. 5º da Carta Magna, o direito ao processo penal no prazo razoável passou a ser uma garantia constitucional explícita, ao passo que o direito de o acusado ser posto em liberdade, se estiver preso, e o processo durar além do prazo razoável (CADH, art. 7.5) passou a ser uma garantia materialmente constitucional, ainda que formalmente não esteja equiparado a uma emenda constitucional, especialmente por serem os direitos humanos o valor fundante do Estado Democrático de Direito.<sup>20</sup>

Entretanto, a todo tempo deve ser lembrado que no Brasil vige a doutrina do não prazo, uma vez que não existe uma determinação de tempo para o encerramento do processo penal. Embora algumas recentes alterações no Código de Processo Penal (CPP) pretendessem acelerar o rito procedimental (como, por exemplo, as Leis n. 11.689 e n. 11.719), nada se falou sobre o prazo para a duração da instrução, prazo da prisão cautelar ou sobre qualquer penalidade pela violação dos prazos fixados pelo CPP.

### **3 O DIFÍCIL EQUILÍBRIO ENTRE A (DE)MORA JURISDICIONAL E O ATROPELO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Thums<sup>21</sup> identifica que a exigência social nos dias de hoje em torno do processo penal centra-se especialmente no problema da celeridade, ou seja, em uma resposta por parte do Poder Judiciário que venha em menor tempo possível (de preferência imediata). Todavia, a questão esbarra nos sistemas processuais, porque o processo penal não pode permitir julgamentos sumários e nem o desrespeito da garantia constitucional do devido processo penal.

Desse modo, procedimentos céleres podem representar prejuízo aos direitos fundamentais, o que caracterizaria a existência de um sistema inquisitivo. Por outro lado, por maior que seja a complexidade do caso, deve haver um prazo para o processo terminar. Efetivamente, a temporalidade do procedimento fornece ele-

---

<sup>20</sup> Lopes Júnior e Badaró (2006, p. 29-30).

<sup>21</sup> Thums (2006, p. 30)

mentos para a identificação do sistema processual, e o prazo razoável está a significar a rejeição do processo sumário e a eternização do processo. Nem célere demais, a ponto de prejudicar a defesa, nem longo demais, para eternizar o sofrimento provocado pelo processo.<sup>22</sup>

Com razão, Lopes Júnior e Badaró<sup>23</sup> enfatizam que o tempo está a favor do acusado, o que implica vedação ao atropelo das garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, negação à dilação indevida do processo penal. Em ambas as situações, o que se tem é a negação da jurisdição, já que não basta qualquer juiz e qualquer julgamento, pois a garantia da tutela jurisdicional exige qualidade, visto que, nesse tema, essa qualidade está no equilíbrio do direito a ser julgado em um prazo razoável. Desse modo, deve existir um marco normativo interno de duração máxima do processo e da prisão cautelar, de acordo com as especificidades de cada país; são insuficientes as soluções compensatórias, havendo a necessidade de certas condições temporais máximas para o exercício do poder punitivo; e o processo penal deve ser agilizado, mas a partir da perspectiva de quem o sofre, pois não se trata de uma aceleração utilitarista.

#### **4 O CNJ E A IMPLEMENTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – COMPREENDENDO O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A JUSTIÇA PLENA**

Todavia, enquanto não se verifica uma reforma e atualização da lei processual penal brasileira, é de se observar a necessidade da adoção pelo Poder Judiciário, de medidas que visem promover uma maior eficácia ao direito fundamental da *razoável duração do processo*, de forma que o Brasil não venha a sofrer mais condenações internacionais, como ocorreu por ocasião do denominado caso Ximenes Lopes,<sup>24</sup> julgado pela Corte Interamericana de Direitos do Homem (CIDH), em 04 de julho de 2006.

---

<sup>22</sup> Thums (2006, p. 42).

<sup>23</sup> Lopes Júnior e Badaró (2006, p. 135-137).

<sup>24</sup> Damião Ximenes Lopes, portador de doença mental, acabou sendo torturado até a morte na Casa de Repouso de Guararapes, do município de Sobral, CE. A Comissão Interamericana constatou que houve



E como exemplo dessas medidas que visam a uma prestação jurisdicional mais adequada, por meio de uma justiça eficiente, moderna e transparente, merecem destaque pela sua natureza e característica moderna e inovadora dois projetos que estão sendo implementados pelo CNJ: o que trata do Processo Judicial Eletrônico e o da Justiça Plena.<sup>25</sup> O primeiro consiste em um *software* elaborado a partir da experiência e com a colaboração de diversos tribunais brasileiros, que tem como objetivo principal manter um sistema de processo judicial eletrônico capaz de permitir a prática de atos processuais pelos magistrados, servidores e demais participantes da relação processual diretamente no sistema, bem como o acompanhamento desse processo judicial.

Com a adoção dessa ferramenta, o CNJ pretende convergir os esforços dos tribunais brasileiros para a adoção de uma solução única, gratuita para os próprios tribunais e atenta para requisitos importantes de segurança, racionalizando melhor os gastos financeiros e de pessoal, tudo com um único foco: resolver os conflitos. Segundo o CNJ, com a implementação do processo judicial eletrônico, verifica-se na prática algumas mudanças significativas na gestão dos tribunais,<sup>26</sup> como a guarda do processo, que passa a estar disponível a qualquer tempo, dispensando, assim, uma tramitação linear, uma otimização do tempo de trabalho das secretarias e cartórios em relação aos gabinetes dos juízes, e, ainda, uma mudança no próprio funcionamento do Judiciário, que passa a ser ininterrupto, com possibilidade de peticionamento 24 horas, sete dias por semana, permitindo uma melhor gerência de trabalho por parte dos atores externos e internos.

---

pela justiça brasileira uma falta de efetividade na apuração de responsabilidades decorrentes da omissão de autoridades que deixaram de realizar ações e demais atos investigatórios no sentido de determinar a verdade sobre o ocorrido, bem como a ocorrência de uma série de irregularidades na investigação policial e uma demora injustificável no julgamento do processo judicial. Nesse sentido, ver: Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006).

<sup>25</sup> Nesse sentido, ver: Portal CNJ (2014).

<sup>26</sup> Em relação aos processos criminais, segundo o CNJ, estão sendo elaboradas funcionalidades que primam por abranger todo o espectro do processo criminal, da tramitação do inquérito à execução penal. As informações de prisão, soltura, condenação serão armazenadas de forma individual – por réu – chegando-se ao detalhe de indicar a magistrados e servidores quais penas estão previstas para cada tipo penal. Isso permitirá um controle mais efetivo pelas partes, pelos procuradores e pelos magistrados, com verificação dos riscos de prescrição, registro dos fatos de interesse para a execução criminal, contagens automáticas de prazos de cumprimento e outras facilidades que reduzirão o tempo de análise dos processos criminais.

Sem dúvida, é de se reconhecer que o processo eletrônico materializa mais qualidade e agilidade para a prestação jurisdicional, seja no âmbito dos tribunais, das justiças de primeiro grau ou até mesmo nos juizados especiais estaduais ou federais.<sup>27</sup> Ao comentar sobre os sistemas de informática, que estruturam os processos eletrônicos/virtuais, Guerreiro<sup>28</sup> anota que a eliminação de qualquer movimentação física de processos tem um impacto direto na redução do serviço burocrático, de modo que inúmeras vantagens podem ser citadas, como: eliminação do papel, autuação automática pelo sistema, assinatura digital, citação e intimações por *e-mail*, consulta via internet, publicidade máxima, segurança dos dados e das informações, simplicidade das rotinas e melhor aproveitamento do tempo para os serviços tipicamente jurídicos, como sentenças e decisões.

Por outro lado, a eliminação dos custos com papel, impressora, deslocamentos dos advogados até o fórum, por exemplo, faz aumentar outros, especialmente os de caráter operacional, já que necessariamente os advogados, ou o escritório, terá que possuir bons equipamentos e programas de informática, além, é claro, do serviço de internet banda larga, que, infelizmente, não está disponível com qualidade em grande parte do país, que reconhecidamente tem dimensões continentais. Todavia, o desafio está lançado, e as dificuldades terão que ser superadas, sejam elas de ordem tecnológica ou de conhecimento humano, uma vez que a falta de conhecimentos básicos de informática irá prejudicar o trabalho de quem pretende entrar em juízo.

Já o projeto Justiça Plena monitora e passa transparência ao andamento de processos de grande repercussão social, diferentemente de as causas envolverem questões criminais, ações civis públicas, ações populares, processos em defesa do direito do consumidor ou ambientais. Entre coordenadores e participantes, o Justiça Plena tem oito protagonistas: o Ministério da Justiça (MJ), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Advocacia-Geral da União (AGU), a Secretaria de Direitos Hu-

---

<sup>27</sup> No âmbito do Código de Processo Civil (CPC), merece ser destacado que a Lei n. 11.419/2006 incorporou novos dispositivos legais que autorizaram o uso de novas tecnologias digitais, tudo para garantir uma justiça mais célere, eficiente e com menos custos para todos. Nesse sentido, ver arts. 38, 154, 164, 169, 202, 221, 237, 365, 399, 417 e 556, todos do CPC.

<sup>28</sup> Guerreiro (2007, p. 179-182).

manos (SDH), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Defensoria Pública da União e dos Estados, e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC). Inicialmente, os realizadores do projeto definiram como meta acompanhar 200 processos até o fim de 2012.

O acesso pleno aos processos acontece por meio do Sistema de Acompanhamento de Processos de Relevância Social (SAPRS) e é concedido apenas aos representantes cadastrados, que podem consultar e atualizar o banco de dados. A Corregedoria Nacional de Justiça faz a inclusão dos processos que são de interesse público e têm potencial para repercutir na sociedade.

Quanto aos casos monitorados pelo Justiça Plena, destacam-se:

- a) assassinato do sindicalista José Dutra, o Dezinho, em Rodon do Pará, PA, ocorrido em 21 de novembro de 2000, decorrente de conflitos agrários na região. O caso é acompanhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Além da Corregedoria Nacional, o caso também é monitorado pelo Justiça Plena do Pará;
- b) morte do paciente psiquiátrico Damião Ximenes Lopes na Casa de Repouso Guararapes de Sobral, CE;
- c) o crime ocorrido em Pernambuco, que deixou Roselândio Borges Serrano tetraplégico, depois de ter sido baleado pelas costas por policiais militares na favela de Peixinhos, perto de Olinda, PE;
- d) morte de Edson Damião Calixto em Recife, PE, que em 1991 foi detido, espancado e baleado por policiais militares;
- e) ação judicial no Paraná sobre o uso de interceptações telefônicas supostamente ilegais contra integrantes de associações de trabalhadores rurais ligadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) – caso Escher e outros;
- f) assassinato da deputada federal Ceci Cunha, de Alagoas, que tramita há doze anos no Judiciário, ainda sem solução. No crime, que ficou

- conhecido como “chacina da gruta”, a deputada foi brutalmente assassinada por pistoleiros na casa de sua irmã, por motivações políticas;
- g) assassinato da missionária Dorothy Stang, ocorrido em 2005, no município de Anapu, PA;
  - h) todos os processos que estiverem tramitando ou que venham a tramitar no Poder Judiciário e sejam relativos ao incêndio ocorrido na madrugada de domingo (27/01) na boate Kiss, em Santa Maria, RS, serão acompanhados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do programa Justiça Plena, da Corregedoria Nacional de Justiça.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independente da (infundada) discussão sobre o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, cabe referir o caráter material do preceito constitucional disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII e, portanto, sua força vinculante em relação ao processo penal brasileiro. Em relação ao Brasil, houve, sim, de certo modo, grande avanço no que se refere à positivação do direito à razoável duração do processo. No entanto, apesar de a legislação infraconstitucional ainda não ter se adaptado a tal preceito, cabe referir o caráter inovador do Processo Judicial Eletrônico e complementarmente o da Justiça Plena.

A grande dificuldade será, portanto, não apenas no âmbito operacional, como demonstramos neste trabalho, mas, principalmente, no campo doutrinário, no qual a crise paradigmática<sup>29</sup> vem demonstrada na doutrina do não prazo, que sustenta não haver uma determinação de tempo para o encerramento do processo penal. E, por isso, cabe aqui referência à Streck o qual afirma não ser possível olhar o novo (paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito) a partir do velho (paradigma da doutrina dos manuais desconectado com os preceitos constitucionais).

---

<sup>29</sup> Sobre a crise paradigmática que atravessa a doutrina brasileira, ver Streck (2012).

## REFERÊNCIAS

BAUMER, F. L. *O Pensamento Europeu Moderno. V. I. Séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1977.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processo Judicial Eletrônico*. Dez. 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/dti/processo\\_judicial\\_eletronico\\_pje/processo\\_judicial\\_eletronico\\_grafica2.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/dti/processo_judicial_eletronico_pje/processo_judicial_eletronico_grafica2.pdf)>. Acesso em: 27 jan. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: <[www.global.org.br/docs/sentencaximenesportugues.doc](http://www.global.org.br/docs/sentencaximenesportugues.doc)>. Acesso em: 14 jan. 2013.

GAUER, R. M. C. Interrogando o Limite entre Historicidade e Identidade. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Coord.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

GAUER, R. M. C. Modernidade, direito penal e conservadorismo judicial. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUERREIRO, M. da F. *Como Postular nos Juizados Especiais Federais Cíveis*. Niterói: Impetus, 2007.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional. V. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, A.; BADARÓ, G. H. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MESSUTI, A. *O Tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTOR, D. R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile, n. 4, 2004.

PORTAL CNJ. *Processo Judicial Eletrônico*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/processo-judicial-eletronico-pje>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

PORTAL CNJ. *Justiça plena*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/justica-plena>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

THUMS, G. *Sistemas Processuais Penais: Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIRILIO, P. *A Inércia Polar*. Lisboa: Dom Quixote, 1993.

# LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LOS CENTROS PENITENCIARIOS. LA IMPRESCINDIBLE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>1</sup>

Nuria Beloso Martín\*

## 1 INTRODUCCIÓN

Nuestro propósito no es el de analizar la aplicación de las TIC en un sentido meramente técnico, ni tampoco el de ofrecer un análisis de los estudios penológicos, iusfilosóficos y sociológicos que nos ofrezcan argumentos para valorar en qué medida una sanción es susceptible de cumplir con los postulados de una determinada finalidad de la pena. El propósito es ofrecer unas reflexiones que permitan entender la finalidad de la monitorización, dentro del sistema de penas y, si la afectación de los derechos fundamentales de los penados y/o condenados es constitucional.

Desde hace unos años estamos asistiendo a una extensión y prolongación del panoptismo, la célebre propuesta de Bentham,<sup>2</sup> a través de la aplicación de las nuevas tecnologías –TIC– a la vez que se acentúan las discusiones acerca de las racionalizaciones punitivas o los paradigmas penológicos. El control telemático es uno

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid; Profesora Titular de Filosofía del Derecho (CA) en la Universidad de Burgos (España), donde ejerce la función de Directora del Departamento de Derecho Público; Hospital del Rey, s/n, 09001 Burgos, España; nubello@ubu.es

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “*Sistema penitenciario y nuevas tecnologías*”, en el marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011. Código: Proyecto I+D+i; Referencia: DER2010-18040 (subprograma JURI). Una versión nuclear de este trabajo puede encontrarse en: Beloso Martín (2013, p. 333-353); una versión más amplia de este trabajo se ha publicado en Beloso Martín (2014, p. 299-355).

<sup>2</sup> El Panóptico es una prisión diseñada por Bentham que permite mantener continuamente a los internos bajo la vigilancia de sus guardianes. Es un sistema de control basado en la coacción psicológica que supone el saberse observado y no poder actuar con libertad. A partir de un viaje por Europa (1785-88), con ocasión de una visita a su hermano Samuel, que trabajaba por encargo del príncipe Potemkin en un establecimiento de Krichev (Ucrania), Bentham tuvo la idea de su *Panopticon*, proyecto de vigilancia inspirado por el método que veía utilizando su hermano de vigilar a sus operarios en las fábricas de su propiedad). Durante largos años intentó que su proyecto se hiciera realidad pero, a propuesta del gobierno inglés, fue finalmente rechazado.

de los instrumentos en los que más claramente acaban confluyendo estas controversias.<sup>3</sup> En el marco de la regulación de los modos de vida en el régimen abierto la racionalidad punitiva nos remite a cuestiones tales como la justificación del castigo, los fines de la pena, cómo controlar, qué efectos debe de tener ese control, hasta llegar finalmente al tema de la prisión y, por ende, al del control telemático.

En este nuevo escenario del siglo XXI, las técnicas y procedimientos propios del Panóptico se presentan como anacrónicos y obsoletos. Como acertadamente sostiene Vítors González,<sup>4</sup> “Esta nueva configuración haría necesaria la irrupción de técnicas de vigilancia que no cuadriculen los movimientos sino que los registren y los regulen.” Posiblemente, una lectura del monitoreo electrónico más apropiada podría hacerse utilizando las nociones de un “pos-panóptico”<sup>5</sup> o un “panóptico electrónico” o un “panóptico cibernético o virtual”.<sup>6</sup>

Los sistemas de control de los delincuentes entendidos exclusivamente en clave de centros penitenciarios están evolucionando hacia la descarceración y la búsqueda de dispositivos alternativos a la prisión, dejando los centros penitenciarios como último “reducto para inadaptados”.<sup>7</sup> En buena parte de los casos, las prisiones no consiguen hacer realidad el ideal de la rehabilitación de los internos por lo que resulta urgente la búsqueda de nuevas racionalidades punitivas.<sup>8</sup> En este sentido, la monitorización electrónica se convierte – como subraya Vítors<sup>9</sup> – en un “[...] informador privilegiado del tránsito de una sociedad disciplinaria a una sociedad de control.” Ello hace necesario partir, como premisa, del análisis del control en la sociedad actual y de la “[...] dialéctica entre la forma-prisión y la monitorización electrónica.”<sup>10</sup>

---

<sup>3</sup> En este estudio vamos a utilizar indistintamente los términos de vigilancia electrónica, monitorización electrónica y control telemático, utilizados respectivamente por Poza (2002, p. 60), Escobar (1997, p. 199) y Gudín Rodríguez Magariños (1997, p. 199); Gudín Rodríguez Magariños (2007, p. 88). En el ámbito anglosajón los términos más utilizados son *electronic monitoring*, *electronic tagging* y *electronic monitored home confinement*.

<sup>4</sup> Vítors Gobzález (2009, p. 89).

<sup>5</sup> Lyon (1995), Garland (2005), Foucault (1976) y Ferrajoli (2011).

<sup>6</sup> Whitaker (1999).

<sup>7</sup> Vítors González (2009, p. 111).

<sup>8</sup> Vítors González (2009, p. 120).

<sup>9</sup> Vítors Gonzalez (2009, p. 129).

<sup>10</sup> Vítors González (2009, p. 144-148).



En el siglo XXI, las ciencias de la conducta, la tecnología y las ciencias sociales ponen en nuestras manos instrumentos nuevos para hacer frente con eficacia y eficiencia a las necesidades de nuestro sistema penal. Va cobrando impulso la búsqueda de un sistema que permita, sino vaciar al menos aligerar, las prisiones mediante la aplicación de otras formas de cumplir las penas – para determinados delitos y en función de determinados perfiles de los condenados.<sup>11</sup> Frosini,<sup>12</sup> ya en 1882, vaticinó que la introducción de estas nuevas tecnologías comportaba la aceptación de un nuevo tipo de sociedad. Ese es el gran reto para este siglo. Modernizar el sistema penitenciario, utilizar tecnologías nuevas de control que, junto con otras medidas,<sup>13</sup> permitan mejorar la seguridad pero también proporcionen un sistema rehabilitador.

A finales de la década de los ochenta irrumpe la revolución tecnológica.<sup>14</sup> El gran reto, a partir de entonces, ha sido cómo edificar un sistema garantista que permita concebir las nuevas tecnologías como un instrumento adecuado para conseguir los objetivos reseñados en la Constitución. Y aquí pueden surgir tanto los escépticos, que consideren que las máquinas son neutras y que el cómo se utilicen va a depender de quienes las diseñen y usen, hasta aquellos otros, que se sientan optimistas ante la posibilidad de que desaparezcan los muros de las prisiones. Incluso,

---

<sup>11</sup> En Italia, el proyecto “svuota carceri”, que modifica la forma de cumplir las penas, aprobado por el gobierno italiano en 2012, pretende acabar con el problema de la sobrepoblación carcelaria. En cuanto a España, resulta alarmante el incremento de la población penada, a pesar de que no es de los países donde se cometen más delitos ni de más gravedad. (OTERO GONZÁLEZ, 2007, p. 78). P. González atribuye estos desajustes, en primer lugar, al progresivo endurecimiento de las penas, operado principalmente a raíz de las reformas 7/2003, 11/2003 y 15/2003 del CP, contrarias a las tendencias criminológicas modernas; y, en segundo lugar, a la falta de desarrollo de sistemas alternativos en fase de ejecución de la pena y, en especial, de sistemas telemáticos de control. Por ello, en España, el incremento de la respuesta punitiva conlleva, necesariamente, el aumento progresivo de la población reclusa. La sociedad moderna debe superar la idea de que las prisiones son el destino inevitable al que están abocadas todas las personas que incumplen las normas penales. El problema común de las cárceles del mundo son el hacinamiento, sobrepoblación, falta de recursos para una buena atención sanitaria y falta de recursos para poder tener personal más capacitado. Un problema muy serio en los sistemas penitenciarios de algunos países es la “demasiada la gente que muere”, y que en general, acaba desembocando en una tendencia a un régimen militarizado con niveles muy altos de violencia en las cárceles.

<sup>12</sup> Para entender el grado de poder que confiere la informática, puede ser indicativa una comparación entre la civilización con escritura y la civilización sin escritura.” (FROSINI, 1982, p. 17 ss.).

<sup>13</sup> M. Gallizo, Directora General de Prisiones, en 2005, apuntaba, entre otras, desarrollar trabajos en beneficio de la comunidad como medidas alternativas a la prisión para los pequeños delitos; también, crear nuevas unidades terapéuticas para drogodependientes y para enfermos psiquiátricos (“Los retos del sistema penitenciario en el siglo XXI”, Diario *El País*, 22.11.2005).

<sup>14</sup> Gudín Rodríguez-Magariños (1995, p. 10).

desde una perspectiva utilitarista, se pensará en el ahorro que puede suponer, para las ya mermadas y exiguas arcas del Estado, una propuesta de tales características.

Pero como acertadamente advierte Gudín,<sup>15</sup> para un jurista defensor de los derechos fundamentales y de las libertades públicas e individuales, lo importante es verificar si con estas nuevas técnicas es posible avanzar en el proceso de humanización de las prisiones, es decir, si la aplicación de las nuevas tecnologías les va a reportar una vida más digna. En definitiva, la clave del debate estriba en establecer un sistema de cautelas y garantías que desvirtúen el claro riesgo de manipulación individual y colectiva que comportan estas nuevas tecnologías.

## 2 NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA GOBERNAR CONDUCTAS

La evolución que ha acompañado a la teoría de la pena y al concepto de prisión, ha ido pareja a la aplicación de las novedades tecnológicas que, fruto de los avances de la ciencia y de la técnica, se venían produciendo. El Derecho penal no podía sustraerse a la influencia de las nuevas tecnologías al igual que las demás ciencias. Pulseras y tobilleros electrónicos junto con *chip* de diverso tipo (incluso con implante bajo la piel) resultan de comprobada eficacia tanto a la hora de ayudar a evitar que un enfermo de Alzheimer deambule y se pierda, como para proteger a una mujer víctima de violencia doméstica evitando que el maltratador rebase el perímetro de distancia establecido o para localizar un paquete valioso al que se le ha colocado un chip. Los sistemas GPS permiten localizar el vehículo cuando es robado. Incluso, la implantación de las nuevas tecnologías en los propios centros penitenciarios, a través de peculiares sistemas de vigilancia, es una realidad. El quid de la cuestión es dónde establecer los límites para que no resulten afectados derechos constitucionales.

---

<sup>15</sup> Gudín Rodríguez-Magariños (1995).

## 2.1 PRECEDENTES

El precedente más inmediato de la vigilancia electrónica lo podemos encontrar en la ya citada obra de J. Bentham, *El Panóptico*, publicado en 1791. En la misma diseñó una prisión de planta semicircular donde los prisioneros se encuentran expuestos a la mirada de los guardianes, si bien no a la inversa. El Panóptico representa una parodia secular de la omniscencia divina, en la que el observador era como Dios, invisible. Bentham<sup>16</sup> basa su sistema en la coacción psicológica, menos brutal que la coacción física pero, sin duda, no menos efectiva. Como afirmaba Foucault,<sup>17</sup> la visibilidad es una trampa. Cada cual es visto frente al vigilante pero los muros laterales le impiden entrar en contacto con sus compañeros. Es visto pero nunca ve, es objeto de información jamás sujeto en una comunicación. Uno obedece porque nunca puede saberse cuando “ellos” te están observando.

Desde la fotografía digital a la huella digital, hasta llegar al propio carné de identidad, la tecnología se ha ido utilizando, progresivamente, para proporcionar un mayor grado de seguridad a los ciudadanos.<sup>18</sup> De ahí el modelo de vigilancia electrónica<sup>19</sup> hasta llegar a la cárcel electrónica o telemática.<sup>20</sup>

Realmente la cárcel electrónica es un fenómeno mental más que físico, su fundamento principal se halla en la certeza de que se es observado. Esta certeza deriva de la precisión de los sistemas de control. Si la cárcel tradicional puede ser contemplada como un medio coactivo físico que el Estado

<sup>16</sup> Bentham (1799).

<sup>17</sup> Foucault (1976).

<sup>18</sup> Para ello, se han tenido que remover numerosos obstáculos. Así por ejemplo, en Francia, sólo los extranjeros y los emigrantes estaban sujetos, entre 1913 y 1969, al control antropométrico, que comprende dos fotos y las huellas de los diez dedos de la mano (MATTELART, 2009, p. 31-32).

<sup>19</sup> Lyon (1995, p. 67-68) recuerda un episodio que merece la pena recoger aquí. A través de él podemos apreciar de qué manera, los recelos frente al enorme poder de control que poseen las nuevas tecnologías tienen un fundamento real. Sin duda, ciertos avances tecnológicos hacen saltar en ocasiones las señales de alarma. Eso fue lo que ocurrió en el caso que este ensayista nos relata. Se trata de la idea del ‘seguimiento electrónico’ de los convictos, lanzada por el juez Jack Love, de Albuquerque, Nuevo México. El propio juez comentó haber hallado la idea en un comic de Spiderman, en el que Kingpin coloca un brazalete al superhéroe para de ese modo poder seguir sus movimientos. En principio, al juez Love le pareció que era una buena idea para ahorrar costes. Más tarde, cuando se le dieron a conocer las sofisticadas alternativas técnicas de vigilancia, advirtió que el proyecto podría conllevar una importante conculcación de derechos civiles.

<sup>20</sup> Gudín Rodríguez-Magariños (2005).

impone a un sentenciado, la nueva cárcel electrónica será un medio paralelo de coacción más mental que física. Si los excesos penitenciarios en la cárcel cerrada derivaron a una tortura física, los excesos de la cárcel electrónica comportaran una tortura mental.<sup>21</sup>

¿Hay tanta diferencia entre la cárcel física y la cárcel mental? ¿Qué derechos humanos se ven más afectados por cada uno de estos dos modelos de centros penitenciarios? La cárcel física limita más el derecho a la libertad y la cárcel electrónica el derecho a la intimidad. Con todo, ambos modelos se dirigen a limitar el derecho a la libertad mediante el control. Sabemos que limitando la libertad del hombre y resquebrajando su derecho a la intimidad se puede llegar a anular su derecho a la dignidad que, como ser humano, le resulta inherente.

El aumento de la criminalidad y la política criminal del conjunto de medidas de emergencia, sumados a una serie de otros factores, propician la generalización de un populismo punitivo que resucita el carácter aflictivo de la pena, identificándola únicamente con la cárcel y despreciando cualquier otra modalidad punitiva que pueda ser implantada en el sistema penal. Con el avance de la tecnociencia y la tecnologización del derecho penal, la penalización debe ser estudiada bajo un nuevo prisma “[...] el advenimiento del monitoreo electrónico de infractores permite el re-examen de la materia, a través del cual, podrán alcanzarse nuevas respuestas para antiguas preguntas.”<sup>22</sup>

## 2.2 EL CONTROL ELECTRÓNICO Y SU APLICACIÓN AL SISTEMA PENAL

En los últimos años, Instituciones Penitenciarias<sup>23</sup> ha desarrollado una nueva modalidad de cumplimiento de penas basada en el control o vigilancia elec-

---

<sup>21</sup> Gudín Rodríguez-Magariños (2005).

<sup>22</sup> Hauck (2009, p. 20).

<sup>23</sup> El artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, dentro del capítulo regulador del régimen abierto penitenciario, establece la posibilidad de evitar la obligación de permanecer en el centro un mínimo de ocho horas diarias y de pernoctar en el mismo si, de modo voluntario, la/el presa/o acepta el control de su presencia fuera del establecimiento, “mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de con-

trónica. Hay varios sistemas de monitorización que permiten realizar diferentes tipos de control sobre las personas y que, en el sistema penal, pueden tener varios usos.<sup>24</sup> Así, los sistemas de monitorización de contacto programado y la radio frecuencia permiten controlar que una persona se encuentre en un lugar determinado durante un horario concreto. Son bastante fiables pero no pueden impedir físicamente a la persona monitorizada que realice un determinado comportamiento. Por otro lado, la monitorización mediante GPS permite controlar los movimientos de la persona durante todo el día y es un sistema de control electrónico más caro que el de radio frecuencia.

El control electrónico, aplicado al sistema penal, puede servir para detectar la localización de una persona en determinados lugares y horas sin tener que estar supervisado por un agente, transmitiendo esos datos de forma electrónica a una estación central de monitorización. También se puede usar para detectar la presencia de una sustancia prohibida en el cuerpo y transmitir los datos a una estación central.

Los dispositivos telemáticos más conocidos operan ciñendo un brazalete alrededor del pie o del tobillo del preso. El brazalete emite una señal no audible que, a través de un receptor instalado en la casa del preso, es recibida por el Centro Penitenciario al que el preso está adscrito. Así se puede controlar si la persona está presente o no en su casa en las horas acordadas o si intenta despojarse o dañar el brazalete.<sup>25</sup> El dispositivo está pensado para vigilar y controlar.

---

trol suficiente". La Dirección General de Instituciones penitenciarias, a través de diversas Instrucciones, ha manifestado su decisión de implantar estos mecanismos (*Vid.* Instrucción 13/2001 de 10 diciembre que regula la Aplicación del art.86.4 del Reglamento Penitenciario. Circulares e Instrucciones de Instituciones Penitenciarias. Madrid, Ministerio del Interior; también, Instrucción 13/2005 de 29 de julio que regula el procedimiento de ejecución de la pena de localización permanente. Circulares e Instrucciones de Instituciones Penitenciarias. Madrid, Ministerio del Interior; y también, Instrucción 13/2006 de 23 de agosto de 2006 que regula la Aplicación del art. 86. 4 del Reglamento Penitenciario. Circulares e Instrucciones de Instituciones Penitenciarias. Madrid, Ministerio del Interior).

<sup>24</sup> Otero (2008); también, *vid.* Cid y Larrauri (1997).

<sup>25</sup> Las pulseras electrónicas han experimentado una evolución tecnológica. El primer dispositivo era pesado, aparatoso y difícil de manejar. Fue diseñado entre principios de 1960 y mediados de 1970 por un grupo de psicólogos especializados en tecnología y sus aplicaciones iniciales, en la línea de la psicología conductivista, se realizaron en pacientes con problemas mentales. A partir de ahí sufre un parón, tanto por argumentos técnicos (la infraestructura telemática era rudimentaria en los años 60), como por argumentos pragmáticos y económicos (hasta los años 80 la sobrepoblación carcelaria no creó la necesidad de este tipo de alternativas y no vieron las posibilidades de un negocio rentable) o incluso por argumentos

El control electrónico es un instrumento accesorio, de refuerzo de otras medidas o sanciones penales tales como el arresto domiciliario y el alejamiento. Su aplicación es polémica ya que puede adoptarse tanto como una medida cautelar, como una pena en sí misma o como coadyuvante en el ámbito penitenciario. El principal uso del control electrónico es su aplicación junto al arresto domiciliario como pena y en el ámbito penitenciario junto a formas de complemento de la pena privativa de libertad en semilibertad.<sup>26</sup> Es decir, estos sistemas de control electrónico pueden usarse tanto en el ámbito de las medidas cautelares como en el sentido estricto de pena, cuando el control electrónico se adopta junto a las penas de arresto domiciliario y alejamiento.

Bajo el rótulo de monitorización electrónica, podemos encontrar distintas prácticas. Así, según el marco legal de los diferentes países donde se aplica, a veces puede utilizarse como una medida alternativa al ingreso en la cárcel, mientras que en otros se recurre a ella para sustituir la obligatoriedad de dormir en prisión en el último tramo de la condena a cumplir. Del mismo modo, mientras que algunos esquemas de monitorización son simplemente una forma de establecer un toque de queda, otros modelos forman parte de un programa global de tratamiento intensivo. Aún así, respecto al tipo de seguimiento, y más allá de algunas experiencias de vigilancia por satélite, lo cierto es que la mayoría de programas de monitorización se limitan a la localización de sujetos en determinados espacios y no al control total de su movimiento.<sup>27</sup>

Una primera posibilidad de la utilización del control electrónico es la del arresto domiciliario monitorizado que sustituye a penas de prisión de corta duración (generalmente de hasta 10 meses), como por ejemplo en Estados Unidos. El arresto domiciliario monitorizado suele tener una duración máxima de hasta 12 horas diarias (Reino Unido, Escocia). En Estados Unidos se contemplan tres modalidades:

---

ideológicos (hasta finales de los años 80 no surge una teoría de la pena que pueda sustentar el esquema de la monitorización electrónica) (VITORES; DOMÉNECH, 2004, p. 1-14).

<sup>26</sup> González Blanqué (2008).

<sup>27</sup> González Blanqué (2013, p. 12).

durante la noche (*night curfew*), sólo se puede salir del domicilio durante las horas de trabajo u otras actividades programadas (*home confinement*) y no se puede salir del domicilio las 24 horas del día (*home imprisonment*). Por regla general se exige el consentimiento del condenado y también de las personas que conviven con el mismo para la adopción de la monitorización. También, en Estados Unidos es frecuente que se exija al condenado que asuma parte del coste de implementación de la tecnología.<sup>28</sup>

Una segunda posibilidad de la utilización del control electrónico es la ejecución de la pena de prisión. En unos casos constituye una posible forma de ejecución de la totalidad de una pena privativa de libertad corta (por ejemplo, de un mes a tres meses en Suecia) de manera que el penado cumple toda la pena de prisión en régimen de semilibertad monitorizado. En otro supuesto, el régimen de semilibertad monitorizado constituye una forma de cumplir parte de una pena privativa de libertad de corta duración. Este régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad puede ir acompañado de otras medidas o condiciones de supervisión y control de tratamiento. Por ejemplo, en Francia, la semilibertad con monitorización puede ir acompañada de la imposición de las medidas contempladas en el artículo 132-144 del Código Penal francés, tales como tener un trabajo, asistir a un programa de formación, contar con una residencia fija, reparar el daño ocasionado por el delito cometido, no acercarse a determinados lugares o personas o no poseer armas.

Junto a los presupuestos de imposición relativos a la duración de la pena privativa de libertad y al tiempo efectivamente cumplido en privación de libertad, para acceder al régimen de semilibertad monitorizado, en todos los sistemas se requiere que el interno presente un pronóstico de reinserción muy favorable. Como acertadamente subraya Blanqué,<sup>29</sup> el arresto domiciliario monitorizado aplicado en el marco de un régimen de semilibertad, conlleva la finalidad de facilitar la transición del interno de un régimen de privación de libertad a la plena inserción en la

---

<sup>28</sup> En cuanto a la ejecución, la supervisión y el control de la implementación de la medida, generalmente se lleva a cabo por el servicio *probation* (Estados Unidos, Alemania, Canadá, Holanda) o por servicios sociales (Escocia), aunque en el Reino Unido es una competencia delegada de empresas privadas.

<sup>29</sup> Poza Cisneros (2002, p. 117).

comunidad además de otras finalidades como podría ser la reducción del número de reclusos en los centros penitenciarios. Con todo, como advierte M<sup>a</sup> Poza Cisneros, hay que evitar el peligro de incurrir en “net expanding”, es decir, utilizar los medios alternativos a la prisión con individuos que, en todo caso, hubieran quedado en libertad provisional o a los que se les habría suspendido la pena.

Los principales delitos cometidos sancionados con monitorización han sido delitos menores contra la propiedad, delitos de tráfico, delitos de robo y delitos menores de droga. En cuanto a los requisitos de selección de candidatos, excluyen la aplicación de la monitorización a personas que han cometido anteriormente delitos violentos, que tienen problemas de drogadicción, un entorno familiar o laboral no estable o un historial delictivo extenso. Con el paso del tiempo, a finales de la década de los años noventa, la monitorización empieza a aplicarse a delitos más graves y a personas que representan un riesgo medio-alto. Ello es indicativo de que está aumentando la confianza en la monitorización.<sup>30</sup>

El tema de si con la monitorización se consigue un mayor éxito en la rehabilitación sigue siendo objeto de debate. Lo cierto es que no se define el dispositivo a través de esos posibles efectos rehabilitadores.

No se vigilan y corrigen conductas: se controlan movimientos [...] no se busca tanto normalizar, crear sujetos libres, como gestionar esa libertad [...] no se dibuja una sociedad en la que las prisiones dejarán de ser necesarias sino un sistema que permitirá vivir en sociedad a todos los infractores no violentos y de poco riesgo, dejando sólo a los violentos y los de alto riesgo ‘detrás de los muros’.<sup>31</sup>

Tomando en consideración los efectos nocivos del sistema carcelario, el monitoreo electrónico se muestra, al menos, como una alternativa interesante, ya que introduce tecnología al ámbito penitenciario.<sup>32</sup> Pero como advierten Iglesias y

---

<sup>30</sup> En Estados Unidos y Reino Unido, la monitorización puede considerarse como una medida plenamente integrada en el sistema penal, así como en algunos países europeos como Suecia y Holanda.

<sup>31</sup> González Blanqué (2013). Vid. También Winkler (1993, p. 33-49).

<sup>32</sup> El Ministerio holandés de Justicia, en 2006, inauguró en la ciudad norteña de Lelystad un nuevo concepto de prisión de alta tecnología para condenados a penas cortas, que supone un ahorro para la administración e introduce un novedoso sistema de recompensas para los presos. Se trata de una insti-



Pérez Parente,<sup>33</sup> no hay duda de que la vigilancia electrónica puede servir de pretexto para una política criminal más represiva.

La cárcel electrónica, al igual que la física, está sujeta al principio de proporcionalidad y admiten modulaciones derivadas del tiempo del control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido. Así, es necesario levantar el control durante determinados períodos temporales pues, caso contrario, la sensación de agobio y alienación hace que la vigilancia devenga inhumana. En el análisis Gudín,<sup>34</sup> las pulseras telemáticas pueden ser un instrumento capaz de reducir las prisiones siempre que se utilicen con inteligencia y se proporcionen las debidas garantías. Pero no se puede olvidar que también pueden ser un instrumento idóneo para convertir a un ser humano en objeto.

Subraya Gudín<sup>35</sup> que, “En la actualidad, la vigilancia electrónica tiende a ser considerada por todos los reclusos de todos los países como un ‘privilegio’. Pero, realmente, ¿cuál es el beneficio que aporta la vigilancia electrónica? Nos adherimos a la opinión de Gudín cuando afirma que “el gran avance de los sistemas telemáticos, correctamente utilizados, es que permiten la inicuación del delincuente y un menor

---

tución penitenciaria para 150 presos equipada de celdas de 55 metros cuadrados para cada seis personas, con literas con pantallas táctiles integradas, armarios, una mesa con sillas, un baño y una pequeña cocina. Mediante un chip colocado en una muñequera cada preso puede pagar sus cuentas, hacer compras, ver televisión, escuchar la radio o conectarse con un programa educativo a distancia. La muñequera también registra los movimientos y las expresiones de agresión de los presos, que quedan registrados y pueden ser analizadas posteriormente. A través de un sistema de puntos, los presos pueden ganar más canales de televisión, más tiempo para hacer llamadas o una cama en otra celda en caso de buen comportamiento. Los presos serán responsables de calentarse la comida y lavarse la ropa, y se pueden inscribir voluntariamente a equipos de deportes y grupos de discusión. A través de las pantallas, que son resistentes al vandalismo, el preso también puede pedir una cita con su abogado o un servicio médico. Con el sistema, la dirección de la prisión quiere destacar la propia responsabilidad de los presos y controlarles de manera electrónica. En la nueva prisión sólo trabajan quince vigilantes y los costes por preso también son considerablemente inferiores a los de una prisión normal en la nueva institución penitenciaria. El coste de la construcción del edificio, que se realizó en apenas un año, también fue inferior al de una prisión “normal”. Los primeros presos han sido condenados a penas máximas de cuatro meses.

<sup>33</sup> Iglesias Río y Pérez Parente (2005, p. 395-432).

<sup>34</sup> De ahí la necesidad de apreciación de la “voluntad no viciada” del infractor, viciada por la facilidad de engañar al preso con la idea de que las pulseras, *chips* y demás medios electrónicos son equivalentes a la libertad. Subraya Gudín la necesidad de proporcionar minuciosas informaciones de cómo estos mecanismos van a influir en la vida del monitoreado y en la de su familia pues, en un primer momento, el vigilado siente una falsa sensación de libertad, ya que puede disfrutar de su hogar, de sus amigos y de sus familiares. Posteriormente, al constatar la dureza e intensidad del control al cual se encuentra sometido, comprende que su comportamiento está condicionado y que aquella aparente libertad no pasa de una ilusión.

<sup>35</sup> Gudín Rodríguez-Magariños (2005, p. 133).

grado de desocialización”. Las cárceles tradicionales han fallado, esencialmente, por su falta de efectividad a la hora de abordar la idea de rehabilitación.<sup>36</sup>

### **3 MONITORIZACIÓN ELECTRÓNICA: ¿DE LA ESTIGMATIZACIÓN EN EL SISTEMA PENAL A LOS PRIVILEGIOS?**

La necesidad de debatir sobre la constitucionalidad de la monitorización ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina.<sup>37</sup> Hay un cierto grado de polémica acerca de si la monitorización añade severidad a la alternativa con que se impone, estigmatizando al penado al permitir la identificación de su condición (la sociedad conoce su condición al llevar el dispositivo electrónico) o bien si, por el contrario, un arresto domiciliario monitorizado podría considerarse como un privilegio. Es decir, para algunos sectores, las penas alternativas monitorizadas tienen un contenido punitivo menor que la prisión porque se limitan a restringir y no privar la libertad ambulatoria del condenado y porque tampoco conllevan las cargas que se asocian a la privación de libertad. Es por ello que conviene realizar un análisis de los derechos más afectados por la monitorización electrónica como son el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, el derecho a la dignidad y el derecho a la igualdad.

En el ordenamiento español, el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, introdujo, tímidamente, la vigilancia electrónica en nuestro ordenamiento. Concretamente, en su artículo 86.4, tras señalar que, con carácter general, el tiempo mínimo de permanencia en el centro de régimen abierto será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el establecimiento, añade que

el tiempo de permanencia en el establecimiento podrá limitarse al fijado en el programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos

---

<sup>36</sup> En su momento (desde 1820), ya Foucault advertía sobre los defectos de la prisión: ineficacia para reducir el crimen, la tendencia de producir reincidentes, a organizar el medio criminal, a dejar en el desamparo a la familia del delincuente, etc.

<sup>37</sup> Escobar (1997, p. 219); también, Gudín Rodríguez-Magariños (2005, p. 186 ss).

adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente.

Asimismo, en el ámbito de la violencia doméstica, la LO15/2003, de 25 de noviembre,<sup>38</sup> introduce la posibilidad de aplicar la monitorización como medio de control junto a la pena de alejamiento del art.48CP.<sup>39</sup> También, la pena de localización permanente, introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre,<sup>40</sup> puede ser controlada mediante dispositivos telemáticos.

Como sostiene Poza Cisneros,<sup>41</sup> vigilancia electrónica y prisión afectan a los mismos derechos aunque en distintas formas. El monitoreo alcanza en menos medida determinados derechos de los cuales el detenido es privado; por otra parte, afecta otros que la prisión conserva. De ahí que la doctrina española se haya planteado si la monitorización es constitucional, en la medida en que su implantación afecta al ejercicio de diferentes derechos fundamentales entre los que cabe destacar el derecho a la *privacy* o intimidad. Junto a este derecho hay otras cuestiones como la de si el control telemático puede constituir una pena inhumana y/o degradante, si afecta al principio de igualdad, a la inviolabilidad de domicilio y al principio de legalidad. También se plantea si implica una vulneración o un plus en la garantía de la libertad, en qué medida afecta al derecho de asociación y al libre ejercicio de actividades religiosas. Con todo, como tendremos ocasión de analizar seguidamente, defendemos que, a pesar de que afecta a diversos derechos fundamentales, el control telemático puede aplicarse sin vulnerar el marco constitucional español.

---

<sup>38</sup> Por la que se modifica la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>39</sup> El art.64 de la LO 1/2004, de la LOVG contempla la posibilidad de monitorizar la medida cautelar penal de alejamiento en supuestos de violencia de género.

<sup>40</sup> Por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP.

<sup>41</sup> Poza Cisneros (2002, p. 119).

### 3.1 EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL TELEMÁTICO EN RELACIÓN A LA INTIMIDAD

En el ordenamiento español, la protección del derecho a la intimidad está reconocido en el artículo 18 CE y la jurisprudencia constitucional contempla dos formas de protección concretas: por un lado, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones y, por otro, se protege de forma genérica otras intromisiones al derecho a la intimidad personal y familiar,<sup>42</sup> como la que podría ser el control telemático.

Tradicionalmente, el derecho a la *privacy* o intimidad ha sido concebido como derecho a la inviolabilidad, frente a invasiones o intromisiones externas, de los espacios íntimos de la vida privada, tales como la morada, los demás ámbitos de vida y de trabajo y la correspondencia. Era el “derecho a ser dejado solo”, como corolario de la libertad de conciencia y de la libertad personal. Las garantías primarias previstas para su tutela –aparte de la tipificación como delitos de las violaciones del domicilio o de correspondencia y demás intrusiones ilícitas en la vida privada– consistían esencialmente en una serie de límites impuestos a los poderes públicos, comenzando por los de policía, como las prohibiciones de realizar registros personales o domiciliarios, interceptaciones de las comunicaciones y similares, sin mandato de la autoridad judicial.

El actual sistema de captación fotográfica y televisiva de amplio radio, informaciones telemáticas, ficheros, bancos de datos personales utilizables por cualquiera y con los fines más diversos, acaban configurando el peligro de una sociedad panóptica.<sup>43</sup> En el terreno de las lesiones a la *privacy*, es previsible el desarrollo de un

---

<sup>42</sup> González Blanqué (2013, p. 84, nota 140) el TC diferencia diferentes grados de protección de la intimidad. Por ejemplo, el domicilio y las comunicaciones tienen una protección específica que difiere de la protección que abarca otros aspectos del derecho a la intimidad (STC 281/2006, de 9 de octubre de 2006, FJ3).

<sup>43</sup> Las formas de agresión a la *privacy* que hacen posibles estos nuevos instrumentos, son esencialmente de dos tipos: uno dirigido a la vigilancia y al control y el otro, a la información sobre la vida y la identidad de las personas. Actualmente, gracias al desarrollo de las técnicas de control audiovisual y electrónico, resulta posible un espionaje mundial. Instalaciones de videovigilancia, identificaciones fotográficas automáticas por satélite, instrumentos de reconocimiento facial, etiquetas “inteligentes”, susceptibles de colocarse en cualquier objeto o mercancía y, por otra parte, las interceptaciones de comunicaciones te-

Estado de policía planetario y, a la vez, de un registro global de los “sospechosos” y de los “diferentes”. Para apoyar estos procesos se invocan razones fundadas en la seguridad frente a los peligros internos de la criminalidad y externos del terrorismo. Sin embargo, un sistema de vigilancia total e ilimitada, extendido a la generalidad de los ciudadanos, acaba reduciendo las libertades de todos y produciendo un deterioro del tejido de las relaciones sociales.

En los centros penitenciarios existen ámbitos reservados a la intimidad, donde el individuo puede desenvolver su libre personalidad (desde leer un libro a escuchar la radio) sin tener que soportar la presencia de un extraño en su vida.

Con todo, hay que recordar que el derecho fundamental a la intimidad no es un derecho absoluto, sino susceptible de graduación y de restricción y modulación en función de la protección de intereses generales. Si el objetivo es garantizar seguridad pública a la sociedad, ese derecho a la intimidad tendrá que limitarse, lo cual no significa anularse, a la luz del artículo 25.2 CE. Así, las reducciones extraordinarias al derecho a la intimidad están prohibidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.<sup>44</sup> Asimismo, la prestación del consentimiento libre y válidamente emitido, al menos en el caso de adultos, elimina algunas dudas sobre la posible inconstitucionalidad de tales medidas de vigilancia electrónica en la medida en que recorta el derecho a la intimidad. Incluso en ausencia de ese consentimiento, el Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de determinadas restricciones a la intimidad, como en el caso del análisis del alcoholímetro.<sup>45</sup>

---

llefónicas y telemáticas así como el rastro dejado por el empleo de teléfonos móviles, de tarjetas de crédito, de telepeajes, tarjetas y documentos de identidad electrónicos, permiten hoy en día un panoptismo global capaz de controlar cualquier comportamiento o movimiento (FERRAJOLI, 2011, p. 326).

<sup>44</sup> En concreto, *vid.* la STC 89/1987 (Sala 1ª) (FJ 2º), de 3 de junio (Rubio Llorente) y STC 218/2002 (Sala 1ª), de 25 de noviembre (Delgado Barrio). Estas sentencias manifiestan: “Y con referencia al concreto ámbito penitenciario, este tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso más necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere.” (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005, p. 39).

<sup>45</sup> Sentencia 103/1995, de 03 de octubre.

Lo que no puede aceptarse es el uso de medios de control de vigilancia electrónica que permitan conocer conductas privadas que, en el caso de que no se utilizara, pasarían desapercibidas. Los efectos que puede producir la monitorización en el derecho a la intimidad de la persona monitorizada puede derivar del conocimiento de aspectos de la vida íntima de la persona o de su familia, tal y como establece el artículo 7.1 y 7.2 de la LO 1/1982.<sup>46</sup> Asimismo, el TC también establece una definición subjetiva de la información protegida constitucionalmente al amparo del derecho a la intimidad, que es la determinada por la voluntad del titular del derecho y con independencia de su contenido.<sup>47</sup>

Convendría valorar la monitorización que se realice mediante radio frecuencia activa, el reconocimiento de voz y la monitorización mediante GPS, ya que permiten obtener diferentes tipos de información de la persona controlada electrónicamente y, por tanto, de su vida privada, con la posible afectación de su derecho a la intimidad.

En el caso de los sistemas de control electrónico mediante radio frecuencia activo y mediante reconocimiento de voz, que sólo permiten corroborar que el individuo se encuentra en su domicilio durante ciertos horarios, es más difícil que acaben afectando a la intimidad del sujeto monitorizado ni de su familia. Como subraya Leganés,<sup>48</sup> este tipo de control electrónico no revela ningún dato de carácter personal o información de la persona monitorizada o de su familia, ya que se limita a comprobar el cumplimiento de un arresto domiciliario. Podría pensarse que obligar a una persona a permanecer durante ciertas horas en su domicilio puede afectar a su ritmo de vida familiar pero esto sería más una consecuencia del arresto domiciliario que de la información que la monitorización pueda revelar sobre la vida privada de la familia.

---

<sup>46</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: "artículo 7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción."

<sup>47</sup> SSTC 134/1999; 144/1999; 115/2000.

<sup>48</sup> Leganés (2002, p. 109).

En cuanto a la monitorización mediante GPS, que permite conocer todos los movimientos de la persona durante las veinticuatro horas, sí podría vulnerar la intimidad según la protección constitucional de este derecho reconocida por el Tribunal Constitucional. La persona monitorizada sabe que su localización va a ser constantemente controlada por lo que en este aspecto no se puede considerar que vulnere las expectativas de privacidad. Pero sí puede vulnerarlas en el sentido de que permite conocer en todo momento dónde se encuentra una persona “[...] y ello supone un grado de observación de cualquier ciudadano mayor al que razonablemente esperaríamos en un espacio público, que sería una observación ocasional.”<sup>49</sup>

Además, el control telemático puede afectar a la intimidad por otras razones. La monitorización mediante radio frecuencia y mediante GPS precisa, para su funcionamiento, a diferencia de la verificación de voz, que la persona monitorizada lleve continuamente un brazalete, de manera que la visibilidad de este objeto hace pública su condición de condenado/penado. De ahí que estas dos tecnologías también pueden afectar a la intimidad de la persona conforme a lo establecido en el art. 7.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, que establece que es una vulneración a la intimidad y al honor, la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y a su buen nombre.<sup>50</sup>

Por ello, hay que ver de qué manera puede limitarse la injerencia en la intimidad que produce el control telemático tanto en relación a la visibilidad de los dispositivos como a la restricción de la información que proporciona la monitorización mediante GPS. Con respecto a la visibilidad, habría que buscar la opción que mejor permitiera conservar la intimidad. Colocar el brazalete en un lugar protegido por la ropa o bien recurrir a colocarlo en el tobillo. Incluso, hay modelos de brazaletes cada vez más discretos en forma de reloj digital. Esto evitará que el público conozca la condición de penado. En relación a los dispositivos de monitorización mediante GPS, resulta más dificultoso ocultarlos ya que la persona, además del brazalete debe llevar

---

<sup>49</sup> González Blanqué (2013, p. 87).

<sup>50</sup> González Blanqué (2013, p. 88).

un dispositivo *tracking* y la batería, que tienen un tamaño más visible. En determinados contextos se pueden disimular, llevándolos en un bolso.

Otro aspecto es el de hasta dónde puede llegar el control y la información que proporcione el control telemático. La información sobre la localización de la persona controlada debe ser confidencial y la persona debería poder conocer todos aquellos datos que pueden ser controlados de sus movimientos. La única información a la que debería poder accederse es la relativa a la ubicación de la persona (delimitación espacial y temporal) y que pueda ser relevante en orden a controlar el cumplimiento de alguna de las condiciones de supervisión, como sería un alejamiento, o bien que porque pueda haber indicios de que la persona pueda haber cometido un delito y sea necesario conocer los datos bien para incriminarla o para descartarla.

Como acertadamente apunta González Blanqué,<sup>51</sup> se debería establecer legalmente el procedimiento que permita garantizar el uso restringido de la información que proporciona la monitorización mediante GPS dado que el TC exige, en caso de producirse intromisiones informativas respecto de las personas, imputables a los poderes públicos, susceptibles de afectar a la intimidad, que la ley prevea garantías frente al eventual uso desviado de la información obtenida.

En definitiva, el control telemático puede influir en la intimidad de la persona, pero esto no implica necesariamente que lo lesione. La jurisprudencia del TC viene configurando la legitimidad de la utilización de las nuevas tecnologías de modo que no vulneren el derecho a la intimidad con el que potencialmente pueden entrar en conflicto. Para ello se han establecido una serie de condiciones: debe preverse legalmente, limitación por el tiempo absolutamente imprescindible, proporcional al fin para el que fue impuesta, necesidad de la medida y, por último, acordada de forma motivada por la autoridad judicial o administrativa.<sup>52</sup> Sino, estaríamos ante

---

<sup>51</sup> SSTC 142/1993, FJ 10º; 143/1994, FJ 8º (GONZÁLEZ BLANQUÉ, 2012, p. 93).

<sup>52</sup> La medida puede acordarse tanto por la autoridad judicial como administrativa siempre que esté habilitada legalmente para ello y motive su decisión (STC 207/1996, FJ 4º).



un control orwelliano de continua vigilancia mediante la observación que conlleva una represión del vigilado basada en la incertidumbre.<sup>53</sup>

Una de las exigencias a las que hemos aludido es la que la restricción de la intimidad que comporta la vigilancia electrónica pueda considerarse proporcional. A partir de la teoría de la ponderación de Alexy,<sup>54</sup> para que de la aplicación de la monitorización se deriven más beneficios para el interés general de prevención del delito que perjuicios para la persona monitorizada, su adopción debería de establecerse respecto de supuestos que revistan cierto grado de riesgo que se pueda neutralizar para evitar la comisión de nuevos delitos. Por tanto, para valorar si el control telemático constituye una medida proporcionada en sentido estricto hay que valorar el grado de riesgo que implica el supuesto al que va a adoptarse, porque es lo que determinará el grado de importancia de la finalidad que persigue el control telemático.

La ponderación será imprescindible para compatibilizar la afcción de los derechos fundamentales a la finalidad, por otra parte, de reducir el mal carcelario. Como ya ha establecido la jurisprudencia,<sup>55</sup> los derechos y libertades fundamentales no son absolutos ni ilimitados. Ello hace necesario adoptar un criterio hermenéutico de salvaguarda del ejercicio de estos derechos fundamentales. Se produce un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, en la medida en que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Hay que diferenciar entre restringir y lesionar derechos fundamentales. ¿La vigilancia electrónica puede afectar a la intimidad de la persona? Sí, pero no implica necesariamente que lo lesione. La lesión a un derecho fundamental es un atentado injustificado al mismo.

---

<sup>53</sup> Otero González (2007, p. 86-90). A estos requisitos hay que añadir que el art. 2.2 de la LO 1/1982, de 05 de mayo, establece que no se consideran actos de intromisión ilegítima al honor a la intimidad y a la propia imagen aquellos que estuviesen consentidos por el titular del derecho. Sin embargo, el penado no está en condiciones de negarse dado que la prestación de tal consentimiento podría reportarle consecuencias graves.

<sup>54</sup> Alexy (1993).

<sup>55</sup> Destacamos STC159/1986 (Sala 2ª), de 16 de diciembre (Begé Cantón) FJ6º, STC 185/2002 (Sala 2ª), de 14 de octubre (Vives Antón), entre otras.

### 3.2 EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL TELEMÁTICO EN RELACIÓN A LA LIBERTAD

La condena a una pena de prisión o internamiento va a afectar, principalmente, al derecho de libertad. Este recorte se ha visto normal ya que la lógica era la de preservar a la sociedad de un individuo que había cometido algún delito, por lo que no convenía que siguiera deambulando libre. El control electrónico restituye una parte de esa libertad de movimientos al condenado. Pero eso no implica que la libertad de movimiento esté exenta de control en la medida en que se pueden utilizar distintas unidades receptoras capaces de controlar los itinerarios autorizados –bien sea para acudir a trabajar o someterse a tratamiento. Se produce así una dicotomía entre los partidarios del orden (que verán con buenos ojos el control telemático) y la reacción de los partidarios de la libertad (que recelerán de su aplicación). Se hace necesario llegar a un equilibrio entre ambas posturas.

Establecer una jerarquía entre la libertad y los demás derechos fundamentales es una tarea compleja. Pero es obvio que una vez que se elimina la libertad de la persona, cualquier otro derecho pierde significado. La memoria de las terribles jaulas en que se encerraron a los prisioneros americanos en Vietnam no ha vacunado a algunos países contra la desaprobación de estos medios, y las jaulas han reaparecido en Guantánamo para los prisioneros talibanes. Inclusive, en la lucha contra atentados, se ha comenzado a replantear la legitimidad de la tortura, que constituye una de las máximas violaciones de la libertad personal.<sup>56</sup>

Numerosos conceptos que transitan cercanos a la monitorización electrónica, si bien son heterogéneos, acaban confluyendo en la libertad: “libertad acosada”, “libertad moral”, “libertad de culto”, “libertad de asociación”. Y es que para entender adecuadamente la libertad en este marco de vigilancia electrónica, debe de ponerse en relación a la privacidad. Por ello hay que diferenciar la libertad objetiva – la libertad de hacer todo lo que se quiera- y la libertad subjetiva – la sensación de ser

---

<sup>56</sup> Rodotá (2004, p. 34).

libre. Cabe entender que la monitorización electrónica permite gestionar la libertad objetiva sin privar de la libertad subjetiva.<sup>57</sup>

Aquí surge la controversia de que, una cara de la moneda de la vigilancia electrónica es la libertad y, la otra, es la disciplina y la normalización del panóptico. En la descripción de Foucault estaríamos ante un sujeto objeto de un posible conocimiento, susceptible de aprendizaje, de formación y de corrección, espacio eventual de desviaciones patológicas y de intervenciones moralizadoras. Puede ser que se trate de un sujeto que se deba moldear pero claro está, con derechos, como el de la privacidad. La pena es un tipo de castigo que implica una privación de derechos. Mediante la aplicación del control telemático se trata de penalizar mediante la privación de la libertad. El reto es formularlo de tal manera que los más escépticos entiendan cómo se puede estar privado de libertad sin estar en la cárcel.

Con el control telemático, el principio de libertad del condenado encuentra una minoración de sus efectos, al poder desarrollar tareas tales como trabajar, estar en su domicilio familiar, deambular y transitar que, con otras medidas que implicaran su reclusión como interno en un centro penitenciario, no sería posible. Es precisamente esa libertad la que ha dado lugar a sospechas y recelos con relación al control telemático, siendo considerado, por buena parte de la opinión pública y de los medios de comunicación como un “privilegio”.

### **3.3 EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL TELEMÁTICO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE DIGNIDAD Y A LAS PENAS INHUMANAS O DEGRADANTES**

Habría que estar atentos con no afectar al derecho a la dignidad y el derecho al honor, que podrían verse vulnerados si la tecnología de control no fuera dis-

---

<sup>57</sup> Es decir, “ofrece la posibilidad de regular la conducta con precisión a un nivel subconsciente, impidiendo la crueldad de privar al hombre de su sentido subjetivo de libertad.” (INGRAHAM; SMITH, 1972, p. 35-53; LARRAURI, 1988, p. 53-65).

creta – actualmente los dispositivos son producto de la nanotecnología, por lo que resultan casi imperceptibles, o bien se disimulan como un reloj o pulsera.

El principio de dignidad se presenta bajo la conocida fórmula kantiana de considerarlo un fin en sí mismo y no un medio para conseguir algo. Por ello, su autonomía ética exige evitar situaciones de instrumentalización. El control telemático puede conllevar alguna situación cercana a ese peligro. Con todo, si se compara la monitorización con la reclusión en un centro penitenciario, no cabe duda de que hay un mayor peligro de vulneración del principio de dignidad del condenado en un establecimiento cerrado que en un sistema abierto controlado mediante el monitoreo.

Algunas modalidades tecnológicas han provocado sospechas en cuanto a su respeto por el principio de dignidad. Se está experimentando una nueva generación de ordenadores a base de la inserción de un microchip electrónico en el cuerpo de la persona. El propio cuerpo puede ser tecnológicamente modificado, puede prepararse para ser seguido y localizado permanentemente. La posibilidad de insertar bajo la piel un chip, que contenga por ejemplo información sobre la salud o que permita en cualquier momento conocer la situación de una persona secuestrada o de delincuentes particularmente peligrosos (pedófilos) o de detenidos en libertad provisional, ha inducido a una sociedad americana (*Applied Digital Solutions*), en el año 2002, a lanzar el servicio VeriChip con el slogan “Get chiped”. De este modo, la vigilancia social se confía a una tipo de elemento electrónico, el cuerpo humano se acaba asimilando a un objeto cualquiera en movimiento, controlable a distancia con una tecnología de satélite. La obsesión por la seguridad, combinada con la delegación a la tecnología para dar una solución a cada problema, puede acabar vulnerando la dignidad de la persona, aceptando la violación del cuerpo y de la dignidad personal.<sup>58</sup>

No consideramos que el hecho de portar instrumentos de monitoramiento electrónico suponga una lesión al principio de dignidad del penado. Es más, entendemos que el hecho de poder cumplir la pena fuera de las paredes de un centro penitenciario, inserto en la sociedad, en su familia y en su trabajo, contribuyen en gran medida

---

<sup>58</sup> Rodotá (2004, p. 60).

a potenciar su principio de dignidad como ser humano, a diferencia de la alienación o deshumanización que implica una masificación o promiscuidad de un penal.

Cercano al principio de dignidad se encuentra la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. El TC<sup>59</sup> define tratos inhumanos o degradantes dentro de la protección del derecho fundamental a la integridad moral, consagrado en el artículo 15 CE, como actos que infligen padecimientos físicos o psíquicos que se realizan de manera vejatoria y/o se persigue con los mismos el objetivo de anular la voluntad de la persona y obligarla a hacer lo que de otra forma no haría. En este sentido, entendemos que ni la monitorización mediante radio frecuencia, ni la monitorización mediante GPS, ni los dispositivos que permiten controlar a distancia el consumo de drogas pueden considerarse que afecten a la dignidad del individuo en el sentido de que le supongan un sufrimiento físico o psíquico de forma vejatoria. El control telemático se limita a controlar el cumplimiento de determinadas medidas (un arresto domiciliario, un alejamiento, o un régimen de semilibertad).<sup>60</sup>

### 3.4 EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL TELEMÁTICO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Dado que el control telemático exige determinadas condiciones económicas del vigilado – tales como la disponibilidad de vivienda dotada de electricidad, teléfono e, incluso, de un nivel de ingresos mínimo para afrontar la totalidad o parte del coste de la monitorización- algunos autores sostienen que atenta contra el derecho a la igualdad. Es decir, se ha criticado que la aplicación del arresto domiciliario monitorizado pueda ser discriminatoria ya que sólo puede imponerse a sujetos que cumplan esas condiciones.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> A modo de ejemplo, *vid.* SSTC 120/1990, FJ 9; 137/1990, FJ 7; 119/1996, FJ 2.

<sup>60</sup> González Blanqué (2013, p. 97).

<sup>61</sup> Surge la sombra de la duda cuando se observa que, por regla general, los condenados/penados de mayores ingresos y de extracto social más alto suelen considerarse los destinatarios idóneos para la vigilancia electrónica. Con todo, no consideramos que la justificación radique exclusivamente en razones económicas sino que, por su propio perfil, tiene mayores posibilidades de rehabilitarse y reintegrarse en la sociedad.

Sin embargo, una pena pecuniaria también lo exigiría, por lo que no está afectando al derecho a la igualdad más que otro tipo de penas. Tampoco afecta el que se exija unos requisitos relativos a la ocupación: no significa que deba estar inserto en el mercado de trabajo efectivamente sino que esté en disposición y actitud de aceptar una oferta de trabajo, desarrollar una actividad académica, etc.

Asimismo, como subraya González Blanqué, la falta de domicilio puede solucionarse con la posibilidad de cumplimiento de la medida en otros lugares habilitados a tal efecto. Cita el ejemplo de Cataluña, donde la administración penitenciaria ha organizado el cumplimiento del régimen de semilibertad con control electrónico – como establece el art.86.4 RP- en apartamentos compartidos por varios internos.<sup>62</sup>

### 3.5 EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL TELEMÁTICO EN RELACIÓN A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existen otros derechos que resultan afectados por el control telemático como el de la inviolabilidad del domicilio.<sup>63</sup> Nuestro texto constitucional, en su artículo 18, permite la entrada y registro de un domicilio por parte de una autoridad pública si existe consentimiento del titular del domicilio o bien resolución judicial o bien delito flagrante. En este sentido, habría que analizar si consideramos que una sentencia que condena a una persona a una pena con control telemático, constituye un título válido, según nuestro ordenamiento constitucional, para autorizar la entrada en su domicilio de la persona encargada de instalar el dispositivo de monitorización sin su consentimiento y sin el consentimiento de los otros titulares del domicilio.<sup>64</sup> Aquí cabría entender que si hay una sentencia que condena a la ejecución de una pena con un determinado tipo de control telemático que precisa de instalación en el domicilio del condenado, como pudiera ser la radio frecuencia, esa sentencia será título suficiente para autorizar la entrada en el domicilio del penado

---

<sup>62</sup> González Blanqué (2013, p. 99).

<sup>63</sup> Matía (1997) y González Trevijano (1992).

<sup>64</sup> Autos TC 322/1984/3; 272/1985/3 (GONZÁLEZ BLANQUÉ, 2013, p. 96).

sin vulnerar la inviolabilidad de domicilio que reconoce el art.18 CE, en ausencia del consentimiento del condenado.

Como acertadamente apunta González Blanqué,<sup>65</sup> la ejecución de una condena que implique la necesidad de instalar un dispositivo de monitorización en el domicilio del condenado va a afectar a las demás personas que convivan en el domicilio distintas del penado y que no tendrían que verse afectadas. Es decir, se podría considerar que se vulnera la inviolabilidad de domicilio de estas personas. Y por ello, en estos casos debería requerirse el consentimiento de los titulares del domicilio que no sean el condenado para la instalación de los dispositivos, tal y como establece la Instrucción 13/2006 de la AGIP.

Cabría preguntarse si sería cuestión distinta si ese control telemático se decide no en una sentencia condenatoria sino en una resolución de la administración penitenciaria. Entendemos que, en este caso, con mayor razón, debería requerirse el consentimiento de los titulares del domicilio que no sean la persona penada.

El control telemático también puede vulnerar los derechos de libre asociación y sindicación política y social por lo que debe haber garantías de su ejercicio. También el derecho al culto religioso, el libre desarrollo de la propia ideología, el respeto al secreto de la orientación sexual y otros, se ven afectados y condicionados por la presencia de un tercero mientras se desarrolla su ejercicio.

En el ejercicio de estos derechos debe tomarse en consideración que es el contenido del arresto domiciliario el que es susceptible de afectar a estos derechos por la restricción de la libertad ambulatoria que conlleva y no propiamente el control telemático. En el Derecho comparado, como en Reino Unido, se observa que se puede flexibilizar la ejecución de esta medida con la finalidad de que la persona penada pueda asistir a oficios religiosos o ejercer su derecho de libre asociación

---

<sup>65</sup> Vid. STC 160/1991, por la que se valora como título suficiente para la realización de una entrada en un domicilio una sentencia judicial que establece una resolución expropiatoria.

La vigilancia telemática penitenciaria es un problema de ponderación de valores constitucionales. No consideramos que la vigilancia electrónica sea un atentado *per se* a la dignidad humana o que constituya un trato inhumano o degradante.

#### 4 CONSIDERACIONES FINALES

El incremento de la criminalidad, la repercusión de delitos graves en la ciudadanía y otros factores, propician la generalización de un populismo punitivo que resucita el carácter aflictivo de la pena, identificándola exclusivamente con la cárcel y despreciando cualquier otra modalidad punitiva que pueda implantarse en el sistema penal. Los avances de la ciencia y de la técnica han permitido la tecnologización del derecho penal lo que a su vez ha favorecido que la penalización pueda ser estudiada bajo otra perspectiva.

El control telemático se presenta como un proyecto dirigido a la consecución de dos objetivos principales tales como el de la resocialización y rehabilitación a partir de la adquisición de un autocontrol y autorresponsabilidad del propio delincuente y a reducir costos en los centros penitenciarios, todo ello con la mínima intervención posible en la esfera privada del individuo. Se configura como un proyecto de reforma humanista, insertando al penado/condenado – controlado por el monitoreo electrónico – en la comunidad a modo de una alternativa a la prisión.<sup>66</sup> Queda claro que la intención que subyace es la de humanizar la condición de los condenados/penados y la búsqueda de penas distintas a la cárcel pretenden evitar los efectos estigmatizadores y desocializadores que la misma implica. Sin embargo, las penas alternativas a la cárcel siempre han partido de la premisa de la propia existencia de los centros penitenciarios. Por tanto, el control telemático no se configura como una pena alternativa sino más bien como una pena adicional a la misma.

El monitoreo electrónico despierta escepticismo, recelo y desconfianza entre los propios operadores jurídicos y también en la ciudadanía. No se confía en

---

<sup>66</sup> Larrauri (1988, p. 53-65) y Larrauri (1991, p. 45-59).



que la monitorización electrónica vaya a generar más autocontrol en la futura conducta del condenado ni que vaya a actuar como elemento disuasorio de futuras conductas delictivas. ¿Por qué hay que pensar que se agudizará el sentido de la responsabilidad y del autocontrol? Por otro lado, desde la perspectiva de los sujetos titulares y destinatarios de esas medidas, surge la sospecha de si la monitorización electrónica no acaba vulnerando algunos de sus derechos fundamentales. Seguramente, el más afectado sea el derecho a la intimidad y a la privacidad. A lo que hay que sumar la sospecha de que quien maneja las tecnologías es quien tiene el poder, por lo que se acaba extendiendo e incrementando la sensación de estar continuamente vigilados. A excepción de algunas experiencias de vigilancia por satélite, la mayoría de los programas de monitorización se limitan a la localización de sujetos en determinados espacios y no al control total de su movimiento.

A la hora de hacer una valoración de lo que supone la aplicación de los medios telemáticos y de control electrónico de los delincuentes en los centros penitenciarios, podríamos diferenciar dos aspectos:

En primer lugar, si tomamos como referencia un centro penitenciario convencional, permite disminuir la sobrepoblación carcelaria por una parte y, por otra, puede conllevar un significativo ahorro. El control electrónico aparece, a los ojos de los políticos, altos funcionarios, periodistas y, obviamente, del mundo empresarial interesado, como la panacea universal: más barato, simple de operar, confiable, neutral, dirigido a grupos específicos, sinónimo de progreso, la mejor solución.<sup>67</sup> Su uso puede ser de lo más diverso: sustituir a la prisión preventiva, aplicarse a penas cortas de prisión, aplicándose en combinación con la libertad condicional y en combinación con el régimen de prueba, u otras posibilidades. Sin embargo, en esta proclamada ventaja del ahorro, detectamos dos inconvenientes que deberían ser tomados en consideración.

El primer inconveniente es que no hay un análisis comparativo fiable del coste de mantener en prisión a estos penados y del coste que supone un arresto

---

<sup>67</sup> Miranda Pereira (1999, p. 250-251).

domiciliario aplicando el control telemático. En principio, cabe pensar que el arresto domiciliario monitorizado tiene un coste de aplicación menor que mantener al interno en prisión ya que la persona monitorizada puede seguir pagando sus impuestos, trabajando y manteniendo a la familia,<sup>68</sup> pero no hay estudios y análisis concretos que avalen este ahorro.

A modo de ejemplo paradigmático cabe destacar Italia, donde el arresto domiciliario con vigilancia electrónica se introduce en 2001 como alternativa a la prisión provisional y como alternativa al cumplimiento en prisión de una pena privativa de libertad. El Tribunal de Cuentas ha actuado contra el despilfarro de dinero público, que ha acabado, en gran parte, en las arcas del grupo Telecom Italia que, desde 2003, ha suministrado los dispositivos electrónicos de control para personas sometidas a las medidas cautelares o preventivas para el territorio nacional.<sup>69</sup> Desde 2003 hasta la actualidad, la empresa garantiza que no ha habido ningún problema operativo. ¿Por qué, entonces, se ha utilizado tan escasamente? Parece que es la magistratura la que no ha tenido voluntad de disponer de su uso. Por tanto, hay que ser cautos en orden a sostener como uno de los argumentos más sólidos el del ahorro de costes.

El segundo inconveniente es la sombra del ánimo de lucro que planea sobre este tipo de control por parte de algunas empresas,<sup>70</sup> claramente alejada del

---

<sup>68</sup> Con todo, no conocemos un estudio comparativo detallado del coste que supondría el cumplimiento de la pena en régimen cerrado en prisión y el de arresto domiciliario monitorizado (adquisición de los brazaletes, contratación de la compañía y personal que se encargará del control y del mantenimiento, es decir, todos los costes que implicaría su implantación).

<sup>69</sup> Desde el año 2001, en vía experimental, se comenzó a utilizar para vigilar a quienes se encontraban en arresto domiciliario. A pesar de que hace más de diez años desde que se implantó el plan piloto de la pulsera electrónica, el resultado no ha sido satisfactorio, ya que la propuesta del gobierno se ha quedado sólo en el papel, perdiéndose 80 millones de Euros. Sólo 14 pulseras electrónicas han entrado en función durante diez años, desde 2001 a 2011. De media han costado 5,7 millones de Euro por pieza, como si se tratara de “joyas de lujo” para los presos. En noviembre de 2003 el ministro del Interior, Giuseppe Pisanu, firmó un nuevo contrato con Telecom como gestor único. Además de garantizar la instalación del “Persona Identification device”, la empresa debería de asegurar la asistencia técnica. El coste era de once millones de Euros al año. Telecom disponía de un servicio activo veinticuatro horas al día, con una gran central de control bien protegida y colegada con todas las comisarías de Italia. La alarma debería de sonar, lo más tarde, a los noventa segundos de la fuga o de haberse liberado del dispositivo.

<sup>70</sup> Entre las muchas compañías que comercializan la monitorización electrónica se pueden destacar: BI Incorporated (2013), On Guard Plus Ltd (2013) y Pro Tech Monitoring, Inc. (2007). El lema de *Justice Electronic Monitoring Systems Inc.* tiene un tinte humanitario avalando el uso mercantilista de estas tecnologías: “No le envíe a la cárcel. Envíenle a casa”. Por su parte el *CSD Home Escora Electronic Monitoring System* aporta una publicidad también enfocada desde un ángulo humanitario: “Una respuesta

objetivo de reinserción. En el sistema norteamericano, diversos estudios de los costos de los establecimientos penitenciarios llevaron a la conclusión de que había que fomentar la generalización de los sistemas telemáticos ya que conllevaban una reducción de gastos al contribuyente, así como una disminución de la masificación de los centros penitenciarios. Como subraya Gudín, tendencias como la de los microchip subcutáneos y que se pueden leer con escáneres externos de radio frecuencia, se utilizan como un sistema dirigido a lograr el menor gasto económico penitenciario, alejándose de los propósitos de tratamiento iniciales.

Ello desemboca en dos modelos diferentes en relación a la concepción de la vigilancia electrónica. Baste tomar en consideración los fines para los que se utiliza en Suecia que divergen claramente de los diseñados por la Administración o empresas concesionarias norteamericanas. Por tanto, convendría aclarar los fines que se pretenden alcanzar con la cárcel telemática. ¿reducir gastos a las Administraciones? O bien, ¿buscar un cumplimiento de las penas enfocado a la rehabilitación?<sup>71</sup> O bien, ambos propósitos simultáneamente. Ello arrojaría un poco de luz sobre la tan alardeada defensa de la dignidad de los presos. ¿Se está utilizando como excusa para lograr otros objetivos más cuantificables económicamente? Por ello, conviene estar atentos a los riesgos que conlleva la privatización de estos sistemas. Dada la tendencia al desarrollo constante de nuevas tecnologías, cada vez más baratas y accesibles, el omnipresente aspecto económico podría hacer expandir su aplicación. Siempre habrá entidades cuyo objetivo principal sea la obtención del lucro.

---

desde el siglo XX para un problema del siglo XX; protección pública similar a la del encarcelamiento, con menor coste; contribuye a aliviar el hacinamiento carcelario; es humano y no estorba; releva al funcionario de seguimiento de la libertad condicional de funciones de vigilancia que consumen todo su tiempo, fácil de instalar, sencillo de operar; proporciona un control preciso de la presencia del convicto en un lugar designado; no se puede forzar; de uso seguro y fiable [...]” (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005).

<sup>71</sup> En Estados Unidos el control electrónico puede aplicarse a partir de una sentencia judicial o como un método de la administración para ejecutar una sentencia concreta. Existen básicamente dos sistemas: el *front door*, como alternativa de las penas cortas de prisión, y el *baack door*, como una forma de adelantar las excarcelaciones de presos. Puede formar parte de un programa de supervisión intensiva o ser un refuerzo del arresto domiciliario, puede ser interpretado como parte de un castigo o como parte de un programa de tratamiento (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005).

El segundo aspecto a considerar es el de la posible afectación de derechos fundamentales. Así, desde el inicio de la utilización del control electrónico, hay dos cuestiones dignas de ser debatidas: la cuestión de la constitucionalidad y la cuestión ética subyacente a su uso. Porque el debate fundamental se centra en principios esenciales: la ética del uso de vigilancia de este tipo, la dimensión de control social y la intrusión en la vida diaria de equipamientos que pueden tener aplicaciones que rebasan el universo de los delincuentes.

Por un lado, habría que determinar hasta dónde puede llevar a largo plazo la vigilancia electrónica de delincuentes. Está claro que la aplicación a un particular segmento de la población puede producir algunas desviaciones, pero ¿qué se puede decir si soluciones semejantes se aplicaran a otros grupos? Personas con discapacidad mental, seniles, tóxicodependientes, ciudadanos perturbados, niños con tendencia a huir de su casa o del colegio podrían ser aptos para el control electrónico.

Por otro, la aplicación de estas medidas a los delincuentes, aunque se exija el consentimiento del mismo para la aplicación de la medida, tiene también consecuencias en los miembros de la unidad familiar que conviven con el condenado. Horas de permanencia forzada dentro de casa significa el aumento de presiones matrimoniales y familiares, así como cambios en el ambiente familiar causadas por cuestiones tan simples como la restricción del uso del teléfono por parte de otros miembros de la familia; es decir, significan el súbito cambio del equilibrio familiar por la transformación de la casa en prisión.

Conviene tomar en consideración los resultados de los sistemas de justicia penal en países con una experiencia dilatada (Estados Unidos, Suecia). Convendrá sopesar su impacto en la sobrepoblación carcelaria, el efecto en la reincidencia será esencial para la consolidación de la medida.<sup>72</sup> Habrá que valorar aspectos como el de

---

<sup>72</sup> No se debe descuidar el análisis de los resultados que estas innovaciones tecnológicas tienen en cuanto a los niveles de resocialización. Del estudio estadístico realizado en Canadá por *Bonta/Wallace-Capreta/Rooney* se llega a la conclusión de que no es fácil arrojar un resultado global sobre el éxito o fracaso de estas técnicas. Así, se afirma que durante la ejecución de los programas prácticamente no se produjeron incidencias, y los sujetos sometidos a control cumplieron con las expectativas creadas en torno a ellos. Sin embargo, resulta llamativo que, cuando estos programas finalizaron, los índices de reincidencia se volvieron a equiparar con el resto de los internos sujetos a la *probation*, por lo que sólo se aprecia una mínima reducción en los niveles

la selección de individuos a quien aplicar la medida (si se exige teléfono o, incluso, casa, acaba afectando al derecho de igualdad de los penados a la hora de aplicarse la medida pues muchos carecerán de las condiciones necesarias para que se les pueda aplicar las medidas de vigilancia electrónica), del impacto en quiénes habitan con el penado. Hay que evitar la idea de cosificar a los presos, es decir, de hacerlos objeto del tratamiento y no sujetos del mismo.

No cabe considerar que estas nuevas técnicas van a implicar el fin de los muros de la prisión. Se aspira a lograr una sustancial modificación del fin de la cárcel tal y como estaba configurado en los siglos XIX y XX. La vigilancia electrónica no se podrá considerar un sustitutivo general de la pena privativa de libertad sino un complemento a la misma. No podemos despreciar las nuevas tecnologías en la situación de crisis económica en la que nos encontramos.

Si para algunos sectores el control electrónico permite una recuperación del humanismo en el cumplimiento de la pena, para otros, resulta evidente el peligro de deshumanización que conlleva el uso de las nuevas tecnologías, que podrá paliarse con la aportación de medios humanos (al modo del “oficial de la condicional “del sistema anglosajón). Además, deberán aplicarse otras medidas para favorecer al efectiva reinserción y resocialización del penado con las técnicas adecuadas (drogo-dependencia, educativa, asistencial, laboral, etc.).

Hay que reconocer que toda tecnología esconde unos intereses y algunos de ellos resultan ilícitos e incompatibles con valores superiores al propio ordenamiento jurídico (art.10.1 CE). Y ahí surge uno de los retos actuales para el jurista: indagar cuáles son los límites a las aplicaciones tecnológicas realizadas tanto por los poderes públicos como por particulares. El éxito de la cárcel electrónica va a depender del respeto escrupuloso a los derechos fundamentales. Como advierte Gudín, desde una óptica garantista, “para avanzar en las nuevas tecnologías, va a ser necesaria-

---

de reincidencia (Como advierte Gudín, la explicación puede encontrarse en que los medios electrónicos no son un fin en sí mismo, ni comportan necesariamente la rehabilitación del sujeto. Son un medio más para conseguir el fin resocializador pero el Derecho penitenciario no puede dejar de lado otras técnicas también útiles (programas formativos, dextoxicadores, laborales, etc.) que inciden en reducir los porcentajes de reincidencia (BONTA; WALACE-CAPRETTA; ROONEY, 2000, p. 61-75).

ria la introducción de un adecuado soporte jurídico que revista al sistema de seguridad y que reporte a su funcionamiento las ineludibles garantías”. Principios como la libertad y la dignidad seguramente se ven reforzados con el control telemático.

Con todo, sigue presente el escepticismo frente a la aplicación de estas nuevas medidas que proporciona el desarrollo tecnológico. No se trata sólo de la poca confianza que pueden despertar en la sociedad sino, principalmente, en los operadores jurídicos y, concretamente, en los jueces y magistrados que, a la hora de dictar sus sentencias, pueden ser reticentes a determinar el uso del control telemático. Se confía poco en su credibilidad y en la severidad que pueda suponer para el cumplimiento de la pena. Este descrédito se fundamenta en que no hay suficientes estudios que avalen el efecto rehabilitador e incapacitador de la monitorización.

Aun conociendo algunos de los riesgos que pueda implicar la moderna tecnología, estamos lejos de la sociedad de control panoptista ya que, en un Estado de Derecho, el controlado sabe en todo momento que está siendo vigilado electrónicamente y porqué (consecuencia de la comisión de un delito y de la ulterior condena). El conocimiento de los derechos y obligaciones de cada uno es la premisa de la que se parte y que no podía ser de otra manera bajo el imperio de la ley. Un marco jurídico garantista pero a la vez abierto a las nuevas tecnologías requiere una teoría de las fuentes del derecho renovada, superadora del legalismo, una nueva teoría de la norma que permita abrir la puerta a los principios, y una teoría de la interpretación reforzada, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, en la que las dificultades y riesgos que conlleva la interpretación constitucional pueda verse mitigada por una adecuada teoría hermenéutica y de la argumentación jurídica. Operadores jurídicos, legisladores, jueces y magistrados, funcionarios de prisiones e incluso, investigadores, están llamados a contribuir con su saber y experiencias, a la progresiva implantación y difusión de estas tecnologías, advirtiendo de las debilidades y afianzando las ventajas.

Concluimos con una cita que tomamos del profesor A. E. Pérez Luño, recogida, a su vez, del prestigioso constitucionalista Cass Sunstein:

[...] los redactores de la Constitución norteamericana se reunieron a puerta cerrada en Filadelfia, en el verano de 1787. Cuando concluyeron su trabajo, el pueblo congregado ante la

sede de la Sala de Convenciones, se hallaba expectante e impaciente. Cuando Benjamín Franklin salió del edificio, alguien le preguntó: “¿Qué vais a darnos?” La respuesta de Franklin fue, a un tiempo, esperanzadora y desafiante: “Una república, si sabéis conservarla”. Este episodio es del todo pertinente para ilustrar el debate sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en las libertades. El comentario de Franklin nos invita a considerar que las nuevas tecnologías constituyen un inmenso cauce de desarrollo de la condición humana, en todas sus esferas. Pero supone también la aparición de riesgos y amenazas para la libertad más implacable que los sufridos e imaginados en cualquier periodo anterior de la historia. Que las nuevas tecnologías contribuyan a lo primero o a lo segundo, es algo que no depende del azar, la fatalidad o de fuerzas y poderes esotéricos. La decisión sobre los impactos presentes y futuros de las nuevas tecnologías en la esfera de las libertades, corresponde a los ciudadanos de las sociedades democráticas: se trata de una responsabilidad de la que no deben abdicar.<sup>73</sup>

## REFERENCIAS

ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. Traducion J. M. Seña: Gedisa, 1994.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993.

ALTERIO, A. M. La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de L. Ferrajoli: un análisis crítico. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 13, p. 3-36, 2011.

ARA PINILLA, I. Los significados del principio de igualdad en la Constitución española. En: ARA PINILLA, I. *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, 2000.

BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*. Traducción J. Jordá. Barcelona, 1983.

BELLOSO MARTÍN, N. El control telemático en el sistema penal y el debate de la afectación de los derechos fundamentales. En: MARTÍN, R. M.; JAVATO MARTÍN, A. M. *Sistema penitenciario y nuevas tecnologías*. Valladolid: Lex Artis, 2014.

---

<sup>73</sup> Pérez Luño (2007).

BELLOSO MARTÍN, N. Los derechos fundamentales en un modelo de cárcel telemática. En: BELLOSO MARTÍN, N. *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía política. Libro Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2013.

BELLOSO MARTÍN, N. Temi di Teoria Giuridica: l'interpretazione della Costituzione e dei diritti fondamentali. *Annali del Seminario Giuridico*. Università degli Studi di Catania, v. 5, p. 17-86, 2007.

BENTHAM, J. *El Panóptico*. Madrid: La Piqueta, 1979.

BERLIN, I. Dos conceptos de libertad. En: QUINTON, A. *Filosofía política*. México: FCE, 1974.

BETEGÓN CARRILLO, J. *La justificación del castigo*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

BETEGÓN CARRILLO, J. Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998.

BI INCORPORATED. 2013. Disponible en <<http://www.bi.com/index.php>>. Acceso: 14 May 2013.

BOBBIO, N. La regla de la mayoría: límites y aporías. En: BOVERO, M. (Ed.). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2003.

BONTA, J.; WALACE-CAPRETTA, S.; ROONEY, J. Can Electronic Monitoring Make Difference? An Evaluation of Three Canadian Programs. *Crime and Delinquency*, v. 46, n. 2, p. 61-75, 2000.

CASTILLO HERNÁNDEZ, S. *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales o la obligatoriedad moral de las leyes humanas*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1941.

CID, J.; LARRAURI, E. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997.



CONSTANT, B. *Del espíritu de conquista (y de la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos)*. Madrid: Tecnos, 1988.

DELEUZE, G. Post-scriptum sobre las sociedades de control. *Revistapolis*, v. 11, 2010.

DÍEZ PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*: serie de derechos fundamentales y libertades públicas. Madrid, 2003.

ESCOBAR, G. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)” En: CID, J.; LARRAURI, E. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997.

ESPANHA. Instrucción n. 13/2001, de 10 diciembre de 2001. Regula la Aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario. *Circulares e Instrucciones de Instituciones Penitenciarias*. Madrid: Ministerio del Interior, 2001.

ESPANHA. Instrucción N. 13/2005, de 29 de julio de 2005. Regula el procedimiento de ejecución de la pena de localización permanente. *Circulares e Instrucciones de Instituciones Penitenciarias*. Madrid: Ministerio del Interior, 2005.

ESPANHA. Instrucción n. 13/2006, de 23 de agosto de 2006. Regula la Aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario. *Circulares e Instrucciones de Instituciones Penitenciarias*. Madrid: Ministerio del Interior, 2006.

ESPANHA. Real Decreto N. 515/2005, de 6 de mayo de 2005. Establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de la pena de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad y de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. *BOE*, 07 Mayo 2005.

ESPANHA. Reglamento Penitenciario Real Decreto n. 190/1996, de 09 de febrero de 1996. *BOE*, 15 Feb. 1996.

FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, L. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011. v. 2.

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 1976.

FRAZÃO RIBEIRO, C. L. *O mito da função ressocializadora da pena*. São Luis: Ampem Editora, 2006.

FROSINI, V. *Cibernética, Derecho y Sociedad*. Traducción C. A. Salguero-Talavera y R. L. Soriano Díez. Madrid, 1982.

GARCÍA MORILLO, J. Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios. *Revista del Poder Judicial*, n. 47, 1997.

GARCÍA VILLEGAS, M. *La eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas*. Santafé de Bogotá: Uniandes, 1993.

GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Traducción B. Ruiz de la Concha. Madrid: Siglo XXI, 1999.

GARLAND, D. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARZÓN VALDÉS, E. Consenso, racionalidad y legitimidad. En: GARZÓN VALDÉS, E. *Derecho, ética y política*. Madrid: CEC, 1993.

GONZÁLEZ BLANQUÉ, C. El control electrónico en el sistema penal. 2013. Disponible en: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5092/cgb1de1.pdf?sequence=1>>. Acceso el: 05 Mayo 2013.

GONZÁLEZ NAVARRO, F. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Poder domesticador del Estado y derechos del recluso: estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991.

GONZÁLEZ TREVIJANO, P. *La inviolabilidad del domicilio: temas clave de la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 1992.

GUASTINI, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: GUASTINI, R. *Neoconstitucionalismo (s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 79, 2005.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Introducción. La historia de las prisiones*. 2013. Disponible en: <[ocw.innova.uned.es/.../derecho.../ESTUDIO0.pdf](http://ocw.innova.uned.es/.../derecho.../ESTUDIO0.pdf)>. Acceso el: 07 Feb. 2013.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *La cárcel electrónica: bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: tirant lo blanch, 2007.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. La cárcel electrónica en La Ley Penal. *Revista de Derecho Penal y Procesal*, v. 21, año 2, 2005.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. La cárcel telemática: el modelo del derecho norteamericano. *La ley Penal*, n. 21, 2005.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin del muro en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del derecho comparado*. Madrid: Slovento, 2005.

HAUCK, J. R. Tecnociencia, vigilancia y sistema penal: la superación de paradigmas y las nuevas perspectivas bajo el punto de vista tecnológico. *Lecciones y ensayos*, n. 86, p. 17-43, 2009.

HOWARD, J. *The state of the prisons in England and wales with preliminary observations, and account of some foreing prisons*. Londres, 2000. (reprodcc. de ed. Warrigton, 1777).

IGLESIAS RÍO, M.; PÉREZ PARENTE, J. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. En: MURILLO, A.; BELLO, S. (Coord.). *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*. Burgos: Universidad de Burgos, 2005.

INGRAHAM, B. L.; SMITH, W. The use of electronics in the observation and control of human behavior and its possible use in rehabilitation and parole. *Issues in Criminology*, v. 7, n. 2, p. 35-53, 1972.

INFOBAE. 2012. Disponible en: <<http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=234540&IdxSeccion=100439>>. Acceso: 01 Sep. 2012.

LARRAURI, E. El surgimiento de las alternativas a la cárcel: ¿un nuevo triunfo del humanitarismo? *Papers d'estudis de formació*, v. 4, p. 53-65, 1988.

LARRAURI, E. Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 44, n. 1, p. 45-59, 1991.

LEGANÉS, S. *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*. Madrid: Dykinson, 2002.

LÓPEZ CABRERO, G. Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 40, 1995.

LYON, D. *El ojo electrónico: el auge de la sociedad de vigilancia*. Madrid, 1995.

MATA y MARTÍN, R. M. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. *Revista General de Derecho Penal*, n. 14, p. 1-45, 2010.

MATA y MARTÍN, R. M. La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX. *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, v. 5, p. 283-316, 2012.

MATÍA, F. *El derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio*. Madrid: MacGraw Hill/Interamericana de España, 1997.

MATTELART, A. *Un mundo vigilado*. Traducción G. Multigner. Barcelona: Paidós ibérica, 2009.

MIRANDA PEREIRA, L. Controllo electrónico de delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, n. 1, Coimbra: Coimbra editora, 1999.

NIEVA, J. Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, v. 77, p. 201-220, 2004.

ON GUARD PLUS LTD. 2013. Disponible en: <<http://www.onguard-plus.com>>. Acceso: 14 May 2013.

OTERO GONZÁLEZ, P. Control telemático de penados. *Análisis jurídico, económico y social*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

PÉREZ LUÑO, A. E. Entrevista a Pérez Luño sobre los Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2007.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, 2010.

PERSON XXI. Los vigilantes de prisiones del futuro ya están aquí. 2012. Disponible en: <<http://www.personxxi.com/index.php/ciencia-y-tecnologia/595-los-vigilantes-de-prisiones-del-futuro-ya-estan-aqui.html>>. Acceso: 01 Sep. 2012.

POZA CISNEROS, M. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 65, 2002.

PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.

PRO TECH MONITORING, INC. 2007. Disponible en: <<http://www.ptm.com/>>. Acceso: 14 May 2013.

RADBRUCH, G. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Traducción M. I. Azareto de Vázquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RIVERA BEIRÁS, I. *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. 2. ed. act. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008. v. 2.

RIVERA BEIRÁS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona, 1992.

RODOTÁ, S. Libertá personal. Vecchi e nuovi nemici. En: BOVERO, M. *Quale libertá*: Dizionario minimo contro i falsi liberali. Bari: Laterza, 2004.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Origen español de la ciencia del Derecho Penal*: Alfonso de Castro y sus sistema penal. Madrid: Editorial Cisneros, 1959.

RUIZ MIGUEL, A. Principio de igualdad y Derecho penitenciario. *Revista del Poder Judicial*, n. 45, Madrid, 1997.

SEGURA ORTEGA, M. La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir.). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998.

SERNA BERMÚDEZ, P. La dignidad de la persona como principio de Derecho Público. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, n. 4, p. 287-306, 1995.

SERNA BERMÚDEZ, P. Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional. En: AZCONA PASTOR, J. M.; TORRES ESTRADA, P. (Comp.). *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. México: Limusa, 2006.

VIGO, R. *Introducción a en las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

VITORES GONZÁLEZ, A.; DOMÉNECH, M. Telepoder: tecnologías y control penitenciario. *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona: Universidad de Barcelona, v. 8, n. 170, p. 1-14, 2004.

VÍTORES GONZÁLEZ, A. *La transformación de la regulación social mediante las prácticas de monitorización electrónica*. 2009. Tesis (Doctorado en Psicología Social)– Universitat Autònoma de Barcelona, 2009. Disponible en: <[http://www.academia.edu/1378501/Tesis\\_doctoral\\_La\\_transformacion\\_de\\_la\\_regulacion\\_social\\_mediante\\_las\\_practicas\\_de\\_monitorizacion\\_electronica](http://www.academia.edu/1378501/Tesis_doctoral_La_transformacion_de_la_regulacion_social_mediante_las_practicas_de_monitorizacion_electronica)>. Acceso el: 08 May 2013.

WINKLER, M. Walking prisons: the developing tecnology os electronics control. *Futurist*, v. Jul./Ago., p. 33-49, 1993.

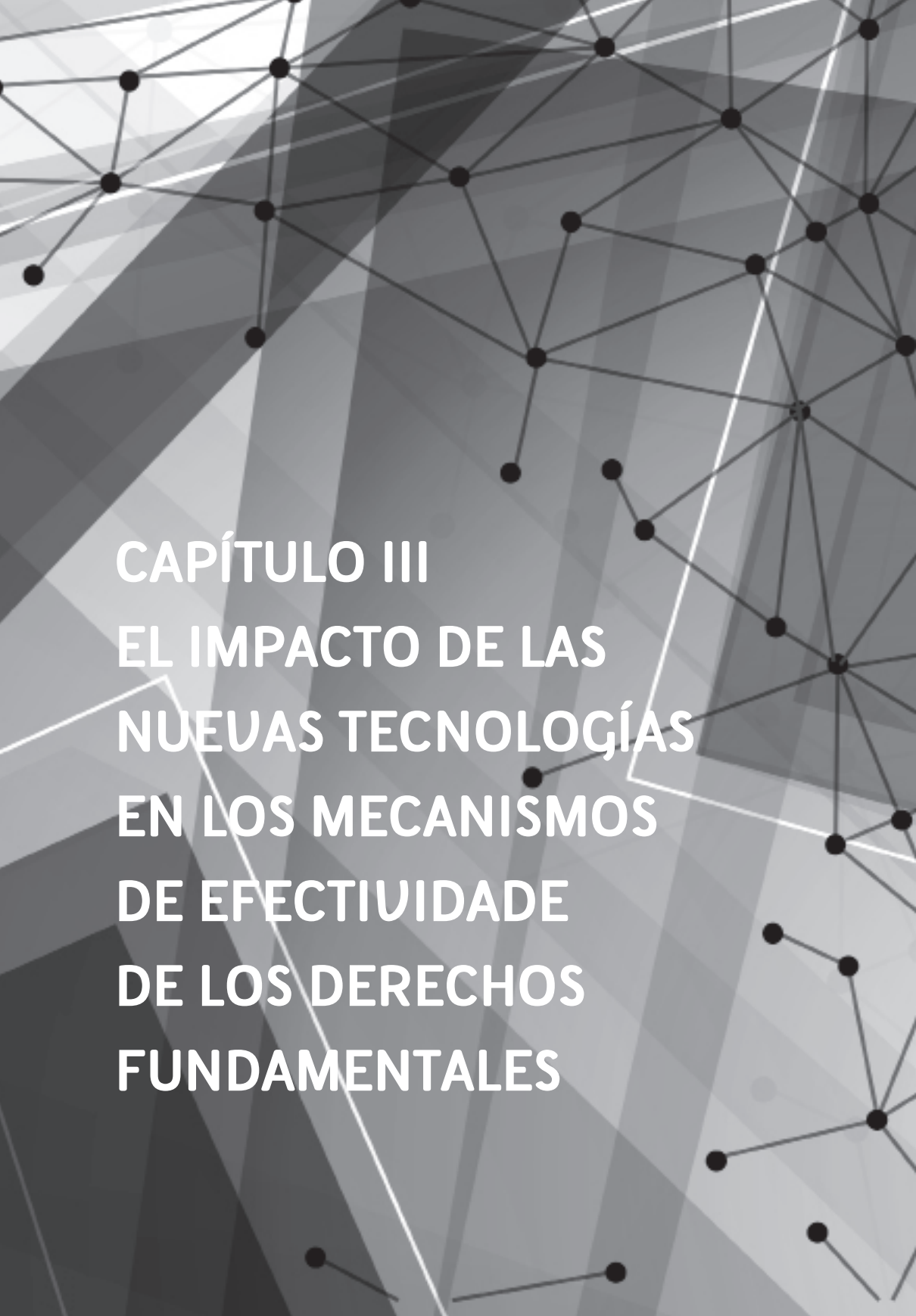
WHITAKER, R. *El fin de la privacidad: como la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Barcelona: Paidós, 1999.

ZAVALA DEALBA, L. E. Los derechos fundamentales ante el (neo) constitucionalismo. En: AZCONA PASTOR, J. M.; TORRES ESTRADA, P. (Comp.). *Ne Constitucionalismo y Estado de Derecho*. México: Limusa, 2006.

ZAGRAVELSKY, G. *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995.







**CAPÍTULO III**  
**EL IMPACTO DE LAS**  
**NUEVAS TECNOLOGÍAS**  
**EN LOS MECANISMOS**  
**DE EFECTIVIDADE**  
**DE LOS DERECHOS**  
**FUNDAMENTALES**



# ACESSO À JUSTIÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Igor Raatz\*

Natascha Anchieta\*\*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O princípio do *acesso à justiça* é uma consequência inarredável da proibição de autotutela imposta pelo Estado desde que este assumiu o monopólio da jurisdição. Ainda em priscas épocas, a realização privada dos direitos carentes de satisfação já era vedada, conforme se verificava no *Decretum divi Marci*, do imperador romano Marco Aurélio, que dizia: “[...] se crêem ter algum direito, o exercitem com ações, pois do contrário ficarão privado dele.”<sup>1</sup> Isso se intensifica com o surgimento do Estado moderno, fenômeno que é marcado pela luta do poder estatal com as instâncias privadas de poder não somente na esfera política, mas também no âmbito jurídico.<sup>2</sup> Desse modo, as fontes do direito passaram a ter a sua legitimidade no poder estatal – tendência cujo ápice é encontrado no movimento de *codificação* –, bem como a tarefa jurisdicional ficou concentrada no Estado, o qual, não mais disputando com outras forças políticas o poder de julgar, avocou o monopólio da prestação jurisdicional. Disso ser correto afirmar que o Estado moderno suscita desde logo a ideia de jurisdição e que “[...] o crescimento avassalador do Estado está intimamente ligado ao

---

\* Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor de Cursos de Pós-graduação nas Universidades IMED – Faculdade Meridional de Passo Fundo e Florianópolis e na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na Univates Centro Universitário, na Universidade do Oeste de Santa Catarina e na Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor visitante na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e no Ministério Público do Rio Grande do Sul; Rua Senador Pinheiro, 304, Cruzeiro, 99070-220, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil; igorraatz@gmail.com

\*\* Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora e coordenadora em Cursos de extensão na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; natascha@raatzanchieta.com.br

<sup>1</sup> Scialoja (1936, p. 72 e ss.).

<sup>2</sup> Tarello (1976, p. 51). Assim, ao romper com a pluralidade de instâncias de poder medievais, o Estado Moderno engendrou os traços característicos que informam a ideia de Estado até hoje, ou seja, a existência de uma unidade de poder concentrada no Estado, que se sobre põe às demais instâncias.

monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à sua criação, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional.”<sup>3</sup>

Muitas vezes, o *princípio do acesso à justiça* costuma ser equiparado à pretensão à tutela jurídica e à ação processual, respectivamente, portanto, ao poder de exigir e ao direito de exercer contra o Estado a pretensão à tutela jurídica.<sup>4</sup> É certo que, do ponto de vista dogmático, pretensão à tutela jurídica e direito de ação apresentam-se como as faces estática e dinâmica do monopólio da jurisdição, o que, todavia, não significa obscurecer o caráter principiológico do *acesso à justiça* e o seu conteúdo, que vai muito além da mera afirmação formal da existência de um direito à tutela jurisdicional.

Apesar da evidente dificuldade em se definir a expressão *acesso à justiça*, pode-se dizer, com lastro obra seminal de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que ela serve para determinar duas finalidades básicas do sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a proteção do Estado: que o sistema deve ser igualmente acessível a todos e que ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>5</sup> Com isso, pode-se sintetizar dois aspectos básicos do acesso à justiça: a sua amplitude (subjéctiva e objetivamente considerada) e o seu resultado, aspecto dimensionado pela questão da efetividade da tutela jurisdicional.

---

<sup>3</sup> Silva (2005, p. 11). Grossi (2004, p. 50) percebeu nitidamente o ponto, vindo a afirmar que “[...] a história da monarquia francesa do século XI ao século XVIII é a história de uma cada vez mais intensa tomada de consciência por parte do príncipe, da sua cada vez mais precisa percepção da essencialidade do direito no âmbito do projeto estatal, da exigência sempre maior de propor-se como legislador.” Notável exemplo disso é a *Ordonnance Civile de 1667*, elaborada no governo de Luís XIV (1643-1715), símbolo do Absolutismo e conhecido pela célebre frase *L’Etat c’est moi*, que constitui marco histórico da tentativa do Estado em codificar o direito processual civil (PICARDI, 2008).

<sup>4</sup> Conforme Pontes de Miranda (1998, p. 245), o Estado, ao monopolizar a justiça, promete prestá-la a quem a tivesse, dotando todos os cidadãos de pretensão à tutela jurídica, ficando, assim, com a obrigação de julgar, através de seus órgãos, se alguém exercer o direito correspondente àquele dever, cabendo-lhe, assim, decidir sobre os pleitos em que se aleguem direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções (PONTES DE MIRANDA, 1998, p. 48). Essa promessa de proteção pode ser chamada de *pretensão à tutela jurídica*, que, para Silva (2005, p. 75), trata-se de um “[...] poder atribuído a qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional.” A pretensão à tutela jurídica, de caráter estático, pode ser visualizada em perspectiva dinâmica sob o conceito de *ação processual*, o qual, contemporaneamente, não se esgota apenas no aspecto formal do direito de agir perante o judiciário para que este preste a tutela jurisdicional, mas invoca efetiva proteção e realização do direito material, bem como encarna a estrutura constitucional daquilo que se denomina, na perspectiva constitucional do processo, devido processo legal (ANCHIETA, 2013).

<sup>5</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 8).

O ponto de partida para que se possa considerar o *acesso à justiça* um princípio constitucional é o art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão à direito.” De fato, o acesso à justiça, a exemplo do direito de ação, é uma derivação do direito constitucional de petição, direito cuja formulação expressa seria desnecessária em um governo republicano<sup>6</sup> e, portanto, de existência independente da sua consagração formal no texto constitucional. No entanto, enquanto o direito de petição consistiria na possibilidade de se manifestar perante as autoridades públicas, o direito de *acesso à justiça* consistiria em falar perante o Poder Judiciário e, além disso, obter uma resposta capaz de proteger um direito supostamente violado ou na premência de sê-lo.<sup>7</sup> Verifica-se, pois, que o acesso à justiça tem conteúdo muito mais complexo que o simples direito de petição.<sup>8</sup>

Ademais, a configuração do Estado Democrático de Direito agrega ao *acesso à justiça* um conteúdo muito mais amplo, o que permite concebê-lo além da fórmula da *inafastabilidade do Poder Jurisdicional*. O acesso à justiça, como será visto, vai muito além do aspecto meramente formal; significando, acima de tudo, “[...] incondicionada e *efetiva liberdade* de agir perante os órgãos jurisdicionais, a fim de demandar (e, ao fim do processo, eventualmente obter) a tutela adequada e *efetiva* dos direitos ou dos interesses substanciais feitos valer em juízo.”<sup>9</sup>

Sob tal perspectiva, pretende-se, seguindo o caminho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, inserir o incremento das novas tecnologias pelo Poder Judiciário no âmbito das novas tendências do acesso à justiça, de modo a problematizar em que medida as novas tecnologias têm importado em um avanço ou retrocesso na efetivação do acesso à justiça. Antes de enfrentar tais questões, cumpre antes fazer uma breve análise do conteúdo do referido princípio.

---

<sup>6</sup> Couture (1978, p. 35).

<sup>7</sup> Couture (1978, p. 26).

<sup>8</sup> Conforme Silva (1999, p. 14), o *direito de acesso à justiça*, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição.

<sup>9</sup> Comoglio (2005, p. 277).

## 2 AMPLITUDE DO ACESSO À JUSTIÇA

### 2.1 AMPLITUDE SUBJETIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

No que diz respeito à amplitude subjetiva do acesso à justiça, pode-se considerar que não basta um acesso meramente formal, independente da aptidão das pessoas em reconhecer os seus direitos e defendê-los adequadamente na prática.<sup>10</sup> Tal concepção, superada ao longo das últimas décadas, reflete bem a noção de acesso à justiça própria do Estado Liberal, em que também a noção de igualdade era meramente formal,<sup>11</sup> com total desprezo às efetivas desigualdades sociais.

Em primeiro lugar, o *acesso à justiça* deve ser o mais amplo possível quanto aos sujeitos que buscam a proteção judicial do Estado. As condições sociais e econômicas dos cidadãos não podem, pois, retirar-lhes a possibilidade de socorrer-se do Poder Judiciário.<sup>12</sup> Essa foi, por sinal, a *primeira grande bandeira do movimento de acesso à justiça*, levantada a partir da década de 1960 visando vencer a barreira dos altos custos do processo a partir de instrumentos de assistência judiciária para os pobres. Trata-se daquilo que Cappelletti e Garth chamaram de primeira onda renovatória do processo.<sup>13</sup>

De fato, após a Segunda Guerra Mundial,<sup>14</sup> o problema da assistência judiciária aos pobres constitui uma decorrência da constitucionalização do processo e da preocupação da ciência jurídica com os problemas da sociedade, como é o caso

---

<sup>10</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 10).

<sup>11</sup> Raatz (2011, p. 47-80).

<sup>12</sup> Conforme Santos (1996, p. 406), “[...] quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que nas sociedades capitalistas em geral os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa”, o que impôs a necessidade de serem pensadas alternativas para que o acesso à justiça não se resumisse ao âmbito meramente formal.

<sup>13</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 32).

<sup>14</sup> Em uma perspectiva sociológica, Santos (1996, p. 405-406) afirma que com o pós-guerra explodiu a questão do acesso à justiça: “[...] por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Disso a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista.”

do sistema introduzido na Inglaterra pelo *Legal Aid and Advice Act* de 1949.<sup>15</sup> No Brasil, ainda na década de 1950, foi criada a Lei n. 1.060/50, que cuidou do problema da justiça aos necessitados. Contemporaneamente, os diversos sistemas processuais oferecem uma série de mecanismos tendentes a proporcionar um acesso à justiça mais amplo possível do ponto de vista subjetivo.

Por um lado, deve-se mencionar o *custo* do processo, uma vez que o Estado cobra pelo fato de alguém utilizar seus serviços judiciários e pelos atos individualmente considerados,<sup>16</sup> tal como prevê o art. 19, § 1º, do Código de Processo Civil brasileiro. Por outro lado, impende reconhecer que, em regra, as partes somente podem postular em juízo com a representação de um advogado, uma vez que se trata de atividade privativa do advogado (art. 1º, do EOAB), a postulação perante os órgãos do Poder Judiciário.

Em princípio, o pagamento de custas não se afigura inconstitucional, salvo quando inviabilizar o acesso à justiça.<sup>17</sup> Da mesma forma, a regra que veda às partes postularem perante o Poder Judiciário sem a presença de advogado não é inconstitucional, pois visa a salvaguardar a igualdade entre as partes, não obstante inviabilize, de certa forma, o acesso à justiça, pois exige que as partes contratem uma causídico para representá-las em juízo.

Reforçando a previsão da vetusta Lei n. 1.060/50, a Constituição brasileira conferiu *status constitucional* à assistência judiciária, prevendo no art. 5º, LXXIV, que “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.” A propósito, deve-se diferenciar, como já fez Pontes de Miranda,<sup>18</sup> sob a égide da Constituição de 1967, o *benefício da justiça gratuita*, “[...] que é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional” e a assistência judiciária,

<sup>15</sup> Denti (1971, p. 31-32).

<sup>16</sup> Assis (1999, p. 10).

<sup>17</sup> Picó (1997, p. 47).

<sup>18</sup> Pontes de Miranda (1970, p. 642).

“[...] organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado.”

No que se refere ao *benefício da justiça gratuita*, cabe mencionar que o benefício, no Direito Brasileiro, engloba todos os atos do processo até a decisão final do litígio em todas as instâncias (art. 9º, da Lei n. 1060/50), abrangendo todas as despesas e custos do processo, honorários periciais, honorários sucumbenciais e despesas extraprocessuais.<sup>19</sup> Algumas restrições previstas na Lei n. 1060/50 costumam ser afastadas pela jurisprudência, como é o caso da concessão do benefício exclusivamente para os residentes no Brasil<sup>20</sup> e para as pessoas físicas,<sup>21</sup> de modo que os residentes no estrangeiro com direitos juridicamente tutelados no Brasil e as pessoas jurídicas<sup>22</sup> possam gozar do benefício. Da mesma maneira, para que seja concedido o benefício, muitos juízes têm exigido a comprovação de pobreza, não bastando, como previsto no art. 4º da Lei n. 1060/50, a mera afirmação de necessidade.

A *assistência judiciária*, por sua vez, costuma ser prestada pela Defensoria Pública, a quem cabe, de acordo com o art. 134 da Constituição Federal, a “[...] orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º LXXIV.” No entanto, considerando-se a falta de estrutura da Defensoria Pública frente à demanda de serviços, a assistência judiciária também é prestada por advogados voluntários e por instituições de ensino, matéria regulamentada pela Resolução n. 62/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

---

<sup>19</sup> Em sentido contrário, Assis (1999, p. 18), para quem “[...] à gratuidade refogem as despesas que não se exaurem no processo, principalmente aquelas geradas em decorrência do seu desfecho”, o que não torna claro sua posição sobre despesas extraprocessuais necessárias ao deslinde do feito, como o pagamento de taxa administrativa para a obtenção de documentos necessários para a propositura da execução da sentença (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

<sup>20</sup> Rio Grande do Sul (2005).

<sup>21</sup> Rio Grande do Sul (2012).

<sup>22</sup> De acordo com o verbete da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.” (BRASIL, 2012).



## 2.2 AMPLITUDE OBJETIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

A amplitude do acesso à justiça também pode ser visualizada em uma perspectiva objetiva, ou seja, relacionada com os direitos que podem ser objeto da tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Destaca-se, a respeito, a tutela de direitos individuais e coletivos e o amplo controle da atuação do Poder Público.

Em primeiro lugar, não somente os direitos individuais, mas, também, os direitos coletivos *lato sensu* compõem o conteúdo do acesso à justiça, o que vai ao encontro da segunda onda renovatória do processo mencionada por Cappelletti e Garth. Afinal, as ações coletivas compreendem, entre seus objetivos, também a efetividade do acesso à justiça.<sup>23</sup> Desse modo, no direito brasileiro, os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 81, I, II e III, do Código do Consumidor) podem ser protegidos pelo manejo de *ações coletivas*, destacando-se, nesse sentido, a *ação civil pública*, prevista no art. 129, III, da Constituição da República, e regulada pela Lei n. 7.347/85, a qual, juntamente com a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e com o Código do Consumidor, forma o sistema de tutela coletiva brasileiro. Importante mencionar que a Constituição do Brasil prevê expressamente diversos legitimados para o exercício da tutela coletiva: o Ministério Público (art. 129, III), a Defensoria Pública (art. 134), as associações (art. 5º, XXI e LXX), os sindicatos (art. 8º, III) e os cidadãos (art. 5º, LXXIII).

Em segundo lugar, o direito brasileiro confere especial relevância à *sindicalidade dos atos da Administração Pública*, o que permite um amplo controle, por parte do Poder Judiciário, de atos da administração pública, seja no que se refere à possibilidade de serem impugnados quando lesivos à direito de qualquer cidadão,<sup>24</sup> seja quanto à

<sup>23</sup> Segundo Gidi (2007, p. 30), um dos objetivos perseguidos pelas ações coletivas “[...] é o de assegurar o efetivo acesso à justiça de pretensões que, de outra forma, dificilmente poderiam ser tuteladas pelo Judiciário. Com efeito, abundam exemplos no cotidiano em que um grupo de pessoas possui um direito no plano teórico, mas não dispõe de um instrumento prático para efetivamente fazê-lo valer em juízo. Em tais casos, a única forma de impedir a injustiça é através da concepção de um método eficiente de controle social, adaptado às peculiaridades da controvérsia coletiva.”

<sup>24</sup> Não importa, nesse sentido, a natureza do ato da Administração Pública causador da lesão a direito, sendo legítima, em qualquer caso, a sua apreciação pelo poder Judiciário (GASPARINI, 2003, p. 53; FREITAS, 2009).

sua legalidade ou constitucionalidade. Além disso, o caráter objetivo dos direitos fundamentais de caráter prestacional impõe ao Poder Público a consecução de políticas públicas capazes de satisfazê-los, de modo que, ante a omissão do Estado, mostra-se admissível o controle Judicial, questão bastante comum em demandas envolvendo o direito à saúde e à educação. Por fim, a atividade legiferante do Estado não escapa do controle jurisdicional, seja pela via do controle difuso de constitucionalidade, exercido em todo e qualquer grau de jurisdição, seja pela via do controle concentrado, mediante o manejo da ação direta de constitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Como se vê, a amplitude do *acesso à justiça* no sistema processual brasileiro é a maior possível, seja no aspecto subjetivo, seja no aspecto objetivo.

### 3 ACESSO À JUSTIÇA NA DIMENSÃO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

No que diz respeito aos resultados, o sistema de acesso à justiça brasileiro é reforçado por ações voltadas à tutela dos direitos coletivos, tal qual já referido, e também para as questões envolvendo o Poder Público, como é o caso do mandado de segurança, do mandado de injunção e da ação popular. Soma-se a isso a existência de mecanismos capazes de conferir tutela preventiva, tutela específica aos direitos e para lidar com situações de urgência (antecipação da tutela e tutela cautelar).<sup>25</sup> Trata-se de aspecto que costuma ser trabalhado na perspectiva do *princípio da efetividade da tutela jurisdicional*, o qual constitui perspectiva material do próprio *acesso à justiça*, na medida em que, conforme afiança Luigi Paolo Comoglio, em sentido substancial qualquer processo deve ser tecnicamente idôneo a concluir, com provimentos imperativos, os quais tenham, por sua vez, na variabilidade das formas prescritas e dos casos concretos, idoneidade para exprimir decisões individualmente e socialmente justas.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Sobre o tema, no direito brasileiro, consultar Silva (2000), Silva (2001) e Mitidiero (2013).

<sup>26</sup> Comoglio (2005, p. 262). Ao lado dessa concepção acerca do conceito de *acesso à justiça* merecem relevo as tendências de estudo acerca da efetividade da tutela jurisdicional, considerando a “[...] *insufficienza della nozione puramente processualistica dell’azione*.” (1984. p. 447) e a necessidade de valorizar a análise de tal

Com efeito, o significado da expressão *acesso à justiça* é dúplice e implica não somente que todos podem agir ou defender-se em juízo para a tutela dos próprios direitos, mas, também, que o exercício de tais direitos seja concretamente garantido, não sendo obstaculizado pela presença de condições que tornem difícil o seu desenvolvimento além do razoável.<sup>27</sup> No direito espanhol, afirma-se que requisitos e obstáculos para o acesso ao processo seriam constitucionalmente válidos se, respeitando o conteúdo de tal direito fundamental, estejam endereçados a preservar outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos.<sup>28</sup> Pode-se dizer, nessa linha, que o *acesso à justiça*, além de impor a criação de mecanismos capazes de ampliá-lo subjetiva e objetivamente, na maior medida possível, também tem um caráter negativo, que é o de proibir medidas que impeçam o jurisdicionado de ir a juízo deduzir pretensão.<sup>29</sup>

Disso a total inconstitucionalidade, no panorama atual, de medidas vivenciadas outrora no Direito brasileiro, como o Ato Institucional 5, que, em seu art. 11, excluía de qualquer apreciação judicial atos praticados de acordo com ele e seus atos complementares. Também se afigura inconstitucional a imposição de restrições como o esgotamento prévio das vias administrativas para a propositura da ação, como previa o art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969 com a redação dada pela EC n. 7/77. A chamada *jurisdição condicionada*, atualmente, não se sustenta frente ao *princípio do acesso à justiça*, ressaltando-se, apenas, o caso da justiça desportiva, cuja regulamentação vem da própria Constituição de 1988, que em seu art. 217, § 1º e 2º, condiciona o acesso à tutela jurisdicional à discussão na via da justiça desportiva, o que é feito somente nas questões de disciplina e de competições esportivas para restringir o âmbito de regulamentação de tais atividades.

Da mesma forma, mostra-se inconstitucional restrições à concessão de tutela de urgência.<sup>30</sup> É o caso do art. 1º da Lei n. 9.494/97, que veda a concessão de me-

---

temática dividindo-a no complexo de poderes atribuídos às partes na proposição da demanda, no desenvolvimento do processo e no convencimento do juiz. Vale dizer, durante todo o processo, e não somente no seu início.

<sup>27</sup> Varano (1973, p. 421-422).

<sup>28</sup> Picó (1997, p. 45).

<sup>29</sup> Nery Júnior (2009, p. 174).

<sup>30</sup> Nery Júnior (2009, p. 175).

didadas liminares contra a Fazenda Pública quando importar no esgotamento total ou parcial do objeto da ação, quando se tratar de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias, outorga ou acréscimo de vencimentos ou pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias ao servidor público. Em que pese, tal dispositivo tenha sido considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, considerando-se o regime especial de pagamento a que se submete a Fazenda Pública, a sua relativização, na prática, tem sido frequente, como, por exemplo, nos casos envolvendo matéria previdenciária<sup>31</sup> e também de nomeação de candidato aprovado em concurso público com o pagamento das respectivas vantagens.<sup>32</sup>

Outro exemplo de restrição interessante é o depósito de 5% sobre o valor da causa exigido como condição de procedibilidade para a propositura de ação rescisória, previsto no art. 488, II, do CPC. Setores da doutrina entendem que o referido dispositivo não é inconstitucional, já que existe decisão transitada em julgada.<sup>33</sup> O fundamento não prospera, pois não haveria sentido o sistema jurídico criar mecanismos de impugnação extraprocessuais e impor restrições que inviabilizassem o acesso. Dessa forma, a jurisprudência vem entendendo que se a parte gozar do benefício da gratuidade ficará isenta do pagamento do referido depósito.<sup>34</sup>

Como se verifica, o *princípio do acesso à justiça* é um dos elementos fundamentais do processo civil brasileiro, alicerçando, desse modo, todas as regras processuais, que devem ser pensadas no sentido de viabilizar o acesso mais amplo possível e impedindo a criação de regras que venham a restringi-lo de maneira não razoável e sem se justificar em outros princípios constitucionais.

---

<sup>31</sup> Súmula 729 do STF. A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária (BRASIL, 2003).

<sup>32</sup> Brasil (2011b) e Brasil (2011a).

<sup>33</sup> Nery Júnior (2009, p. 183).

<sup>34</sup> Brasil (1990) e Brasil (2010).

## 4 PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Quando Cappelletti e Garth<sup>35</sup> escreveram a sua célebre obra sobre *acesso à justiça*, dimensionaram o tema a partir de três ondas reformadoras características das mudanças do direito processual. A primeira, como já mencionado, ligada à amplitude subjetiva do acesso à justiça; a segunda, direcionada à representação dos interesses difusos e, portanto, ligada ao processo coletivo; a terceira foi denominada “novo enfoque de acesso à justiça”.

O “*novo enfoque de acesso à justiça*” incluiria a advocacia, judicial e extrajudicial, por meio de advogados públicos e particulares, indo além, na medida em que centra sua atenção no “[...] conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.”<sup>36</sup> A denominação “novo enfoque” deve-se, segundo os referidos autores, à sua abrangência, pois não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas reformadoras, porém, trata-as como se fossem apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso à justiça.<sup>37</sup> Na verdade, a ideia de um novo enfoque tem como corolário a utilização de mecanismos inovadores, convidando, pois, os juristas a pensar novas formas de lidar com o problema do acesso à justiça, como é o caso do incremento de métodos alternativos de solução de litígios,<sup>38</sup> a cria-

<sup>35</sup> Cappelletti e Garth (1988).

<sup>36</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 67).

<sup>37</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 68).

<sup>38</sup> Ressai aqui a utilização de mecanismos como a arbitragem, a mediação, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução de conflitos. No que se refere à arbitragem, trata-se de instrumento cujo custo é extremamente alto e, portanto, limitado a litígios de maior complexidade envolvendo litigantes com maior poder econômico. A mediação e a conciliação apresentam-se, por outro lado, como técnicas suscetíveis de tratar o conflito, resolvendo o litígio também no aspecto subjetivo, de modo que não haja propriamente uma parte sucumbente. Quanto aos incentivos econômicos, trata-se de medida tendente a impor maiores custos ao sucumbente, desencorajando, desse modo, litigantes habituais. No bojo dessas tendências, sobreleva, na atualidade, uma superação do método judicial de solução de litígios. A ideia de que um bom serviço jurídico pressupõe um processo longo e complexo vem sendo superada pela atividade extrajudicial do advogado, e pela sua capacidade de resolver da forma mais rápida possível o problema do seu cliente, notadamente se conseguir fazê-lo sem buscar o Poder Judiciário. Pode-se dizer que há, nessa senda, uma tendência de extrajudicialização dos litígios. Nesse sentido, Kazuo Watanabe menciona a possibilidade de utilização de serviços informais, organizados fora do Poder Judiciário, a cargo de entidades como o Ministério Público, a Ordem dos Advogados, o Procon, a Defensoria Pública, a Procuradoria de Assistência Judiciária, as Prefeituras Municipais e até de entidades privadas, como sindicatos,

ção de instituições e de procedimentos especiais para determinados tipos de causas<sup>39</sup> e a reforma dos procedimentos judiciais, temática que assume especial relevo por agasalhar, entre suas perspectivas a utilização de novas tecnologias.

Trata-se, por um lado, de repensar as técnicas estruturantes dos procedimentos judiciais, de modo a torná-los mais simples e efetivos. Sobressai, nesse aspecto, o maior ou menor uso da oralidade em detrimento da forma escrita.<sup>40</sup> Por outro lado, o redimensionamento do papel do juiz em relação às partes afigura-se como proposta de socialização do acesso à justiça, a exemplo da proposta de reforma do processo austríaco idealizada por Franz Klein em 1895, com o objetivo de tornar o processo mais simples, rápido, barato e acessível.<sup>41</sup>

É justamente no âmbito da reforma dos procedimentos judiciais, pensada como tendência para incrementar contemporaneamente o acesso à justiça, que se insere a adoção de novas tecnologias no âmbito do processo civil brasileiro.

## **5 REFORMAS DOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOVAS TECNOLOGIAS E A LEI N. 11.419/2006 NO DIREITO BRASILEIRO**

Em 1993, José Carlos Barbosa Moreira, um dos maiores processualistas do Brasil, denunciava ser impossível falar de melhora na qualidade do serviço judiciário sem aludir à necessidade de utilização mais intensa dos modernos recursos tecnológicos. Apontava que os meios forenses são geralmente vistos como refratá-

---

comunidades de bairros, associações civis, etc. (WATANABE, 1988, p. 133). Sobre os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, ver Costa e Silva (2009).

<sup>39</sup> A criação de mecanismos para dirimir conflitos de menor complexidade é a tônica dos chamados juizados especiais, antigos juizados de pequenas causas. Tratam-se de instituições cuja linha mestra é lidar com “[...] pequenas injustiças de grande importância social” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 95), promovendo, inclusive, maior acessibilidade ao conceder às partes capacidade postulatória nos juizados especiais federais (art. 10, da Lei n. 10.259/2001), nos juizados especiais cíveis – quando o valor da causa não for superior a vinte salários mínimos (art. 9º da Lei n. 9.099/95) – e nos juizados especiais da Fazenda Pública, estes regidos pela Lei n. 12.153/2009. Ademais, tais mecanismos são pautados pela tentativa de equalização das partes, razão pela qual são compostos também por conciliadores, técnica fundamental para solução do litígio.

<sup>40</sup> Sobre a colocação do processo eletrônico entre esses dois eixos, consultar Calmon (2009, p. 47-75).

<sup>41</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 79). Sobre a reforma processual austríaca, ver Raatz (2011, p. 97-132). Sobre a influência do movimento de socialização do processo no Código de Processo Civil brasileiro de 1939, ver Raatz, e Santanna (2009, p. 83-105).

rios a inovações; e quem quer que observe a atividade de alguns setores dificilmente evitará a impressão de contemplar um mundo que parou no tempo.<sup>42</sup> Buscando uma transformação cultural no processo civil brasileiro,<sup>43</sup> no sentido de atualizá-lo frente aos avanços tecnológicos cotidianamente experimentados na atualidade, a n. Lei n. 11.419/2006 veio a dispor sobre a informatização do processo judicial.

A Lei n. 11.419/2006 assenta-se em três pilares, os quais estão distribuídos nos seus três primeiros capítulos: a informatização do processo,<sup>44</sup> a comunicação dos atos processuais e o processo eletrônico. Cumpre verificar, detidamente, cada um deles.

Com o intuito de esclarecer no que consiste a “informatização do processo judicial” contemplada pela Lei n. 11.419/2006, faz-se necessário um estudo acerca de alguns dos conceitos nela contidos, especialmente os termos “meio eletrônico”, “transmissão eletrônica” e “assinatura eletrônica”. Inicialmente, pode-se observar que toda e qualquer forma de armazenamento ou tráfego de arquivos digitais é tido como “meio eletrônico” (art. 1º, § 2º, I). A terminologia empregada na Lei n. 11.419/2006, relativamente ao “meio eletrônico”, traduz a aceitação de uma dualidade conceitual, uma vez que “meio eletrônico” pode corresponder tanto ao arquivamento digital, quanto ao tráfego eletrônico daquilo que se encontra digitalizado.<sup>45</sup>

Por “transmissão eletrônica” são compreendidas todas aquelas comunicações feitas a distância que utilizarem redes de comunicação, em especial a rede mundial de computadores. Em relação ao conceito empregado para a “transmissão eletrônica”, interessante destacar o zelo do poder legiferante em não se limitar à rede de comunicação, uma vez que ao mencionar a rede mundial de computadores

<sup>42</sup> Barbosa Moreira (1993).

<sup>43</sup> Conforme Calmon (2009, p. 70), o século XX foi o século da tecnologia, mas o século XXI está sendo o século da transformação cultural como consequência dos avanços tecnológicos do século anterior. Em outras palavras, a sociedade científica mundial já considera corriqueiro o constante surgimento de novas tecnologias, não se surpreendendo mais com novidades. O que importa nesse momento científico é analisar, prever e se preparar para as alterações que esse contínuo progresso está provocando no modo de viver das pessoas.

<sup>44</sup> Embora tenha a n. Lei n. 11.419/2006 oficializado a informatização do processo judicial, cabe salientar que não foi a pioneira na regulamentação de meios não convencionais à prática e o registro de atos processuais. Anteriormente à referida Lei, haviam as Leis n. 9.800/1999 – que tratava sobre a possibilidade de uso do fac-símile – e n. 10.259/2001 – a qual abordava os recursos eletrônicos nos Juizados Especiais Federais.

<sup>45</sup> Rodrigues (2009, p. 15).

como preferencial, não proibiu a utilização de outras redes capazes de realizarem comunicações à distância, como, por exemplo, as redes internas de comunicação.<sup>46</sup>

No que diz respeito à “assinatura eletrônica”, esta se caracteriza por ser um meio inequívoco de identificação do signatário, podendo ser realizada tanto por uma assinatura digital – respaldada, pois, por um certificado digital emitido por autoridade credenciada –, como por meio de um cadastro que deverá ser realizado pelo usuário no Poder Judiciário. Desse modo, a “assinatura eletrônica” garante a proveniência do documento enviado, bem como a integridade do conteúdo nele contido.<sup>47</sup>

Verifica-se, nesse intento, que as mudanças tendem a uma notável substituição do papel por um dígito binário (bit), o qual é compreendido pela máquina como sendo ou uma autorização ou uma proibição de passagem de elétrons.<sup>48</sup>

Em relação à comunicação eletrônica dos atos processuais, restou estabelecido que os tribunais poderão criar um Diário da Justiça eletrônico com o intuito de publicar desde os atos judiciais até os atos administrativos próprios e também dos órgãos a estes subordinados, bem como comunicações em geral (art. 4º),<sup>49</sup> sendo certo que, excetuando-se os casos que, por lei, exige-se intimação ou vista pessoal, a publicação eletrônica substitui qualquer outro meio e publicação oficial (§ 2º, art. 4º).

Interessante questão diz respeito às intimações, as quais, em razão do disposto no artigo 5º da referida Lei, devem ser realizadas em portal próprio aos que se cadastrarem, restando, portanto, dispensada a publicação no órgão oficial, ainda que eletrônico. Tal regra é aplicável, somente, no caso do processo eletrônico. Em tal hipótese, a intimação considerar-se-á efetivada no dia em que o intimado consultar o teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização (§ 1º), hipótese em que, caso tratar-se de dia não útil, será considerada realizada no primeiro dia seguinte (§

---

<sup>46</sup> Rodrigues (2009, p. 16).

<sup>47</sup> Carreira Alvim e Cabral Júnior (2008, p. 20). Sobre o tema, leciona Calmon (2009, p. 4) que o legislador, “[...] ao reintroduzir o parágrafo único do art. 154 do CPC (LGL\1973\5), expressa claramente a necessidade de que sejam atendidos os requisitos da autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.”

<sup>48</sup> Rodrigues (2009, p. 15).

<sup>49</sup> A Lei n. 11.419/2006 alterou o Código de Processo Civil brasileiro no que diz respeito à forma dos atos processuais, estabelecendo no § 2º do seu art. 154 que “[...] todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei.”



2º). Contudo, essa consulta deverá ocorrer em, no máximo, 10 dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de automaticamente ser considerada realizada a intimação quando do término desse prazo (§ 3º). Há, porém, a possibilidade de, quando solicitado pelo interessado, ocorrer a remessa de correspondência eletrônica comunicando o envio da intimação, bem como a abertura automática do prazo processual (§ 4º). Importante observação é que, tratando-se de casos urgentes, em que a intimação feita por via eletrônica possa causar prejuízo a quaisquer das partes, ou ainda diante de tentativa de burla ao sistema, deverá o ato processual realizar-se por intermédio de meio distinto, sendo certo o atingimento de sua finalidade, de acordo com a determinação judicial (§ 5º).

Ao que diz respeito às citações, ainda que da Fazenda Pública, restou previsto que poderão ser realizadas através de meio eletrônico com a única ressalva de que os autos estejam acessíveis na sua integralidade ao citado, excetuando-se da regra apenas os casos em que tratar-se de Direitos Processuais Criminal e Infracional (art. 6º).

Cabe, por fim, fazer referência ao processo eletrônico. Conforme a Lei n. 11.419/2006, o Poder Judiciário poderá desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais ainda que de autos não integralmente digitais, utilizando, para tanto, preferencialmente, a rede mundial de computadores, cujo acesso ocorrerá tanto por meio de redes internas quanto externas (art. 8º), sendo certo que todos os atos processuais referentes ao processo eletrônico serão assinados eletronicamente (§ único).

Em relação às citações, às intimações e às notificações, ainda que da Fazenda Pública, quando tratar-se de processo eletrônico, serão realizadas por meio eletrônico (art. 9º). Contudo, nos casos em que, por motivo técnico, tornar-se inviável o meio eletrônico para a efetiva citação, intimação ou notificação, os referidos atos poderão ser realizados de acordo com as regras ordinárias, com a consequente digitalização do documento físico, o qual será destruído no momento seguinte (§§ 1º e 2º).

É nítida a autonomia conferida aos advogados, nos autos de processo eletrônico, pois seja quando da distribuição da petição inicial, seja da juntada da contestação ou de qualquer outra petição em formato digital, não necessitam a interven-

ção do cartório ou da secretaria judicial para a efetivação da autuação, a qual ocorre de forma automática, seguida do fornecimento de recibo eletrônico de protocolo (art. 10). Levam a garantia de originalidade e de seu signatário todos os documentos produzidos de modo eletrônico e juntados aos processos eletrônicos, sendo considerados originais para todos os efeitos legais (art. 11), bem como dotados de força probante dos originais, excetuando-se as alegações motivadas e fundamentadas de adulteração antes ou durante o processo de digitalização (§ 1º). Desse modo, sendo os advogados os responsáveis pela digitalização dos documentos, têm eles a obrigação de preservar a documentação original até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (§ 3º).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sistemática introduzida pelas novas tecnologias no processo civil brasileiro, apesar de consistir em um avanço primordial no combate ao problema da *duração razoável do processo*, na medida em que combate as chamadas *etapas mortas*<sup>50</sup> do processo, não representa, necessariamente, uma garantia de maior efetividade ao princípio do *acesso à justiça*.

Em primeiro lugar, há uma transferência de responsabilidade do judiciário para o advogado, que deverá digitalizar os documentos que instruem suas petições, além de ficar incumbido de guardar os originais, tarefa antes conferida ao próprio Poder Judiciário. Nessa mesma linha, fica o advogado incumbido de fazer o cadastramento eletrônico das partes e procuradores, bem como preencher formulários, tarefa que também lhe é transferida. Há um nítido aumento de responsabilidade imposta ao advogado, sem falar que fica este, igualmente, sujeito à boa velocidade da internet disponibilizada em sua cidade, o que se afigura problemático em um país com dimensões continentais e repleto de desigualdades sociais, como é o caso do Brasil.

---

<sup>50</sup> A expressão pode ser encontrada na obra de Alcalá-Zamora y Castillo (1985, p. 73), como referência ao tempo em que os autos do processo permanecem paralisados nos escaninhos dos cartórios. A mesma expressão pode ser encontrada na obra de grandes processualistas brasileiros, como Prata (1980, p. 228) e Fabrício (2011, p. 413-444).

Em segundo lugar, a falta de uniformidade nos procedimentos nos mais variados tribunais da federação tende a ser um entrave muito grande para a atuação dos advogados, uma vez que estes precisam dominar o funcionamento de portais diferentes, cada qual com inúmeras peculiaridades. É nítido que, apesar das possíveis vantagens conferidas pelo processo eletrônico, muitas são as dificuldades para operacioná-lo.<sup>51</sup>

Nunca é demais lembrar que “[...] não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais.”<sup>52</sup> Por isso, é questionável se a tendência crescente de informatização do judiciário e do uso de novas tecnologias não se apresenta como um retrocesso no âmbito de efetividade do princípio do acesso à justiça.

Em tempos de reformas processuais, as advertências feitas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth continuam muito atuais: “[...] uma mudança na direção [...] não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado.”<sup>53</sup> Propostas sedutoras e milagrosas dificilmente estarão aptas a importar em significativos avanços senão com prejuízo a outros princípios constitucionais. É necessário olhá-las com parcimônia para que realmente importem em mudanças qualitativas.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, J. C. A justiça no limiar do novo século. *Revista de Processo*, ano 18, n. 71, jul./set. 1993.

<sup>51</sup> Isso sem falar nos problemas que essa falta de uniformidade pode ocasionar no que diz respeito à transferências de processos de um Tribunal para outro, como pode ocorrer no caso de incompetência absoluta. Sobre o tema, Heitor Sica afirma: “[...] Há que se considerar a necessidade de que os sistemas dos diversos tribunais sejam compatíveis entre si, a fim de evitar transtornos causados em decorrência da transferência de um processo de um órgão judiciário a outro, seja por força da interposição de recursos, seja em razão do reconhecimento da incompetência do órgão jurisdicional originalmente acionado. A bem da celeridade e economia processuais, conviria que os autos digitais pudessem ser transmitidos eletronicamente e, para isso, impõe-se necessário que os sistemas informatizados de ambos os órgãos judiciários sejam compatíveis. Contudo, a prática vem demonstrando que, em geral, não há uniformidade tecnológica entre os sistemas dos diferentes tribunais, de modo que se mostra necessária a dispendiosa conversão dos autos eletrônicos em físicos, para envio de um órgão a outro, seguindo-se novo procedimento de digitalização.” (SICA, 2013, p. 79).

<sup>52</sup> Watanabe (1988, p. 131).

<sup>53</sup> Cappelletti e Garth (1988, p. 164).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 17.035-DF. Primeira Seção. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em 14 set. 2011. *Diário Oficial da União*, 14 set. 2011a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 481*. Brasília, DF, 28 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 729*. Brasília, DF, 09 dez. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória n. 43. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 10 de abril de 1990. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 abr. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 9270/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 24 mar. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 jun. 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 1.052.679. 3ª Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 08 jun. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 jun. 2010.

CALMON, P. O modelo oral de processo no século XXI. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez. 2009.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMOGLIO, L. P. *Acesso alle corti e garanzie costituzionali: estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

COSTA E SILVA, P. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009.

COUTURE, E. *Estudios de Derecho Procesal Civil: Tomo I: la Constitución y el Proceso Civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DENTI, V. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunità, 1971.

DENTI, V. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, v. 39, 1984.

FABRÍCIO, A. F. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – Ação de prestação de contas (Parecer). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 413-444, jul. 2011.

FREITAS, J. *Discricioniedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, D. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIDI, A. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROSSI, P. *Justiça como lei ou lei como justiça? Observações de um historiador: mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MITIDIERO, D. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PICARDI, N. *Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667): jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ, J. J. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

PRATA, E. *Direito processual civil*. Uberaba: Ed. Vitória, 1980.

RAATZ, I. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul./set. 2011.

RAATZ, I. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

RAATZ, I.; SANTANNA, G. da S. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 9, n. 17-18, p. 83-105, 2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70029642642. Terceira Câmara Especial Cível. Relator: Des. Maria José Schmitt Sant Anna. Julgamento em 06 out. 2009. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 29 set. 2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70050325471. Vigésima Terceira Câmara Cível. Relator: Des. João Moreno Pomar. Julgamento em 11 set. 2012. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 12 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70012463204. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento em 23 nov. 2005. *Diário de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 24 nov. 2005.

RODRIGUES, R. C. *Processo eletrônico brasileiro*. Montes Claros: Ejef, 2009.

SANTOS, B. de S. O acesso à justiça. In: ORGANIZADO PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Justiça: promessa e realidade – o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

SCIALOJA, V. *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana, 1936.

SICA, H. *Problemas atuais do processo civil eletrônico e o projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, J. A. da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, 1-6, jun. 1999.

SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, O. A. B. da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

VARANO, V. *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973.

WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.





# JUSTIÇA ELETRÔNICA: O DILEMA DAS EFETIVIDADES QUANTITATIVAS E A PERDA DO CASO CONCRETO

Lenio Luiz Streck\*

## 1 INTRODUÇÃO

Já há algum tempo a ideia de gestão aportou no Judiciário. Determinada quantidade de sentenças deve ser alcançada; a prestação jurisdicional deve ser medida. Tudo se transforma em estatística. Vejam-se os projetos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo emblemático o seu “Justiça em números”. Pretende-se até mesmo limitar o número de páginas (até 10) de cada peça processual, em um projeto *sob o título infame de “Petição 10, Sentença 10”*. E no Conselho Superior da Justiça do Trabalho há a Resolução n. 63, de 28 de maio de 2010, que aponta quantos processos deve o juiz ter em estoque para que não perca servidores ou ganhe mais.

Vale, contudo, manter algum ceticismo em relação à *eficácia* social-humana desse novo modelo de “gestão”. Desde que os gestores tomaram conta das Universidades, começou o declínio do ensino e da pesquisa. Mais especificamente no Direito, assiste-se a doutrina deixar de doutrinar. Não por acaso, o aspecto qualitativo das decisões escapa ao controle público, na falta (ou ignorância) de uma criteriológica adequada ao seu “constrangimento epistemológico”.

Nesse novo imaginário da efetividade quantitativa, perdemos a noção do “caso concreto”. Na verdade, o caso concreto foi obnubilado. De há muito. Rosa<sup>1</sup> tem escrito muito sobre essa problemática, em que mostra essa síndrome “pós-moderna”:

---

\* Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor visitante/colaborador da Universidade Stácio de Sá, Università degli Studi Roma Tre e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Ex-Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul; Advogado; Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, Caixa postal 275, 93022-000, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; lenio.streck@globo.com

<sup>1</sup> Rosa (2010, p. 133).

O sintoma disto pode ser visto pelos inúmeros Relatórios que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ obriga a preencher a todo o momento. O culto pela ‘avaliação’, até porque não se sabe, de fato, quais são os critérios de quem analisa, se é que analisa, ganha contornos patológicos nesta virada de século, tudo em nome da Boa Governança. Cada vez mais os magistrados são obrigados a enquadrar suas atividades em fichas técnicas de cumprimento de obrigações conforme o Protocolo, também editado ou reiterado pelo CNJ, com o primeiro reflexo de se jogar conforme as regras do jogo, a saber, cada vez mais só se valoriza o que gera bônus, transformando a atividade jurisdicional em uma verdadeira atividade de ‘franqueado jurisdicional’. Claro que abusos acontecem no Poder Judiciário. Contudo, eles não podem ser o ‘Cavalo de Tróia’ da eficiência. O resultado mais evidente é a ‘homogeneização’ das decisões, voluntariamente ou de maneira forçada (Súmulas, Reclamação, Recusa recursal, etc.), com a transformação dos antigos juízes em meros gestores de unidades jurisdicionais.

Aqui, a gestão adquire *status* ideológico. Parte de um corpus de representações pré-fixadas sobre o mundo, no interior do qual raciocínios pequeno-gnosiológicos são apresentados como universalizantes. O que se perde de vista, com isso, é que uma abordagem meramente quantitativa da crise do Judiciário tende a alimentar o problema para dele e retroalimentar. Se um Agravo é de Instrumento, o melhor é negar. Transforme-se-o em Retido. Com isso, haverá uma decisão a mais para cumprir a meta do CNJ. No crime, o juiz reconhece a prescrição antecipada. O processo é julgado. Recurso em sentido estrito interposto pelo MP. O juiz volta atrás. Decisão reformada. Processo ressurgiu, mas para fins estatísticos acabou.

O processo eletrônico desponta como mais uma técnica superestimada, enquanto investimento em neogestão do Judiciário. Como registramos em outra oportunidade, com Streck, Oliveira e Karam,<sup>2</sup> contam-se:

(1) o emprego de técnicas de agregação de processos; (2) o agendamento comum de decisões/despachos uniformes ou temporalmente coincidentes; (3) a definição de critérios que disciplinem e tentem controlar os tempos investidos nas diligências e nas audiências; (4) a aplicação de ferramentas eletrônicas

---

<sup>2</sup> Streck, Oliveira e Karam (2013, p. 18, grifo nosso).

*de programação e calendarização das tarefas e dos contingentes processuais; (5) a utilização de meios audiovisuais nos procedimentos e nos atos processuais, como acontece com a videoconferência, a introdução de programas e a gestão computacional; (6) a manipulação das virtualidades da documentação eletrônica, com a criação de modelos decisoriais ou de blocos uniformes de texto para tratamento de questões jurídicas; (7) a implementação de guidelines para despachos e sentenças de maior complexidade ou para resolução de situações standardizadas com utilização do “despacho inteligente” (que ocorre quando o magistrado condensa vários despachos em um único texto, prevendo diversas alternativas que a tramitação possa vir a sofrer, evitando assim a repetida conclusão dos autos ao juiz, de modo que o processo adquira maior fluidez com uma intervenção jurisdicional única).* Em todos estes fatores citados fica nítido como a ação pró-ativa do juiz pode significar a desconsideração à formação democrática do direito e a violação de algum direito às partes.

Em meio a esse dramático estado-da-arte, o Brasil parece ser o único país do mundo a encampar de tal maneira a “virtualização do processo”, ex vi da Lei n. 11.419/2007, e, sobretudo, das Resoluções do CNJ, espécie de “meta-gestor” no assunto. Assim, o emprego judiciário das Tecnologias da Informação (TI’s) já surge mal dimensionado, simbolicamente comprometido com a “salvação” do Judiciário da crise em que se encontra.

## **2 O PROCESSO ELETRÔNICO E AS NOVAS “TESTEMUNHAS”**

Hermes era um semideus que fazia a intermediação entre os deuses e os mortais. Ao traduzir a linguagem dos deuses, tornou-se poderoso, porque contava aos mortais o que aqueles diziam. A grande questão é que *nunca-se-soube-o-que-os-deuses-disseram*, somente se soube o que Hermes disse que os deuses disseram. Não existe acesso direto às coisas. Aliás, se existisse, os mortais seriam deuses, por assim dizer. Nesse sentido, interpretar é como a metáfora do mapa. Um mapa representa algo. Se um mapa é tão perfeito que mostra exatamente as coisas, já não é um mapa. É, sim, a própria coisa. Metaforizando isso, podemos dizer que a mediação hermenêutica é a condição de possibilidade de estarmos no mundo.

O presente artigo refere-se a Hermes para falar das “novas testemunhas” do processo. A partir da Crítica Hermenêutica do Direito<sup>3</sup> se discute o modo como os juízes e os membros do Ministério Público lidam e passarão a lidar com essa nova fenomenologia, chamada “processo eletrônico”.

Vale indagar: de que modo é acessado o processo eletrônico? Acham os utentes do sistema judiciário que um juiz, desembargador, ministro de tribunal, promotor ou procurador se senta, mesmo, na frente de uma tela do computador para ler as peças e olhar vídeos de gravações de audiências? Imagine-se um processo criminal, de crime financeiro, em que a prova é invariavelmente documental, complexa, “*upada*” em muitos e pesados arquivos... É impossível ter acesso completo aos autos. E, para ter esse acesso, o tempo é maior do que o tempo do papel. No limite, faz-se o paradoxal: imprime-se o processo eletrônico... Ou as peças principais. Mas, se era para ser eletrônico, por que imprimir? O que os neogestores dizem disso?

O CNJ tem a Resolução n. 105, de 06 de abril de 2010, dizendo que, a critério do tribunal, os documentos eletrônicos podem ser “degravados”, isto é, transcritos. Os funcionários públicos federais lidam até com dois monitores, para “relatar” para o destinatário, o juiz, o conteúdo dos autos eletrônicos (e já começam as doenças profissionais). Otimista, Passos de Freitas<sup>4</sup> diz que:

Os servidores têm diante de si a possibilidade de trabalhar em casa, dirigindo-se à Justiça um ou dois dias da semana. Em tempos de tráfego intenso, ver-se livre de ruas congestionadas é um alívio. Evidentemente, este tipo de concessão deve ser regulamentado e exige uma boa dose de responsabilidade do servidor e da chefia.

---

<sup>3</sup> “Com a CHD, busco apresentar um ferramental para a interpretação do direito. Para tal, uso como fio condutor o ‘método’ fenomenológico, visto, a partir de Heidegger, como ‘interpretação ou hermenêutica universal’, é dizer, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a praxis humana, como existência e faticidade, em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura não se desligar da existência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada.” (STRECK, 2014, p. 10).

<sup>4</sup> Freitas (2012).

Contudo, pode-se igualmente especular com ânimo diverso: como controlar as horas extras? Como deixar para o servidor “fazer” um trabalho tão importante em casa? E a segurança? O entorno do lar, da casa, pode fazer parte do “processo judicial” a ser “traduzido” pelo servidor? Ora, corremos o risco de o tribunal perder o controle sobre o que o servidor está fazendo e com quem está. E que trabalho o servidor leva para casa? Seria exatamente a tarefa de ler os autos nas cansativas telas dos monitores dos computadores?

Eis a questão. Aqui entram os “novos hermeneutas”. À medida que os magistrados não dispõem de tempo ou paciência para ficar na frente de monitores e os tribunais não fazem paradas técnicas para assistir “o que, de fato, ocorreu na audiência” que está em um CD, essa tarefa deve ser feita por alguém que traduz esse mistério que está no processo virtual.

Os funcionários são aqueles que fazem essa tradução (não esqueçamos que o próprio Aristóteles justificava a escravidão...). Logo, são eles as novas testemunhas do processo. Sim, as testemunhas dos autos. Sem aqueles que leem para nós o que está no processo virtual, não há comunicação. *Nunca-sabe(re)mos-o-que-os-autos-nos-dizem*; somente sabe(re)mos aquilo que os assessores nos dizem que os autos disseram, em uma triste paródia do mito de Hermes.

Magistrados importantes, criteriosos no exame da prova – porque eles sabem que a facticidade é quase tudo no processo-crime – já não estão resistindo mais ao apelo da “terceirização da jurisdição”, obrigando-se a confiar em relatórios e exames feitos exclusivamente por servidores. Claro que os servidores são muito qualificados e confiáveis, mas o risco de se abdicar da parte mais importante do julgamento é grande.

Já há consenso em Tribunais Federais no sentido de que, embora não se admita retrocesso no avanço cibernético, do ponto de vista qualitativo haverá um grande prejuízo, um inexorável prejuízo qualitativo. Se já havia uma tendência de fuga da facticidade, agora, com o processo eletrônico, tudo passou a ser mesmo “virtual”. O caso concreto fica obnubilado. Heidegger tinha razão quando falava da relação ser e ente e o (des)velamento. O ser não se confunde com o ente, mas

apenas é no seu ente, na concretude em que ocorre ao acesso. A propósito dos riscos da abstrativização nos julgamentos, um magistrado lembra o relato do estrangeiro (Camus): a Justiça nunca se interessou pelo assassinato que ele praticou, sobre os fatos nunca fora perguntado... E foi condenado à morte.

Isso não pode ser olvidado: para além dos recursos humanos, há que se contabilizar os embaraços da própria tecnologia. Longe está de se ter um sistema unificado: o sistema da Justiça Federal não é igual a outros, de outras justiças do país. E mesmo as soluções, pelo avanço da tecnologia, podem trazer novos problemas. Partindo do que especula o Passos de Freitas, entusiasta do processo eletrônico,

A leitura é mais cansativa do que a feita em papel. Espera-se que a evolução leve o processo eletrônico a ser lido como os livros no Ipad, inclusive permitindo que se folheiem as folhas e não que se tenha que abrir arquivo por arquivo.<sup>5</sup>

Ora, supondo que, daqui a algum tempo, cheguemos à tecnologia dos “*E-readers*”, pondo fim à necessidade da leitura mediada por servidores (e supondo que esse hábito institucional possa ser facilmente abandonado), quem atualizará o *software* de todo o acervo já existente e quem pagará esta conta? Lembram-se da microfilmagem? Se não há mais máquinas para ler os filmes, esta(re)mos perdendo “aquele avanço tecnológico”. E assim acontecerá no futuro, com o abandono do papel impresso.

Um pesquisador francês esteve no Brasil, em visita ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Ali lhe disseram que tudo estava sendo feito eletronicamente. Inclusive, haviam mandado incinerar os votos e documentos de 1970 para trás. O pesquisador quase teve um infarto. Seu trabalho é pesquisar os documentos das eleições do país dele no século XIX. Como farão pesquisa no futuro em *terrae brasilis*? Sempre dependeremos das atualizações de *softwares*? Ficaremos reféns disso?

Por que a pós-modernidade quer nos tirar a reflexão? Ou, reelaborando hermeneuticamente: a tecnologia teria o condão de “matar” o círculo hermenêutico

---

<sup>5</sup> Freitas (2012).

(*hermeneutischeZirkel*)? Paradoxalmente, estaremos voltando à pré-modernidade, em que havia a sujeição do intérprete às coisas (o *mito do dado* se repetindo)? Os paradigmas filosóficos estão sendo enterrados? A técnica, último princípio epocal da modernidade do qual falava Heidegger, finalmente, se impôs? A propósito, já escrevemos:

[...] podemos dizer que estamos diante de uma inversão do clássico verso de Hölderlin, invocado por Heidegger para construir sua interpretação da era da técnica em que impera o dis-positivo. O verso diz o seguinte: o *aber Gefahr ist, wächst Das Rettende auch*, ou seja, “onde está o perigo, aí também nasce a salvação”. No interior dessa construção heideggeriana, como bem afirma Stein, “essa frase mostra como nós não devemos ser negativos com relação à técnica e com o potencial fantástico de transformação da natureza, porque ali onde está O perigo (*die Gefahr*), ali nasce também a possibilidade da Viravolta, isto é, de fazer o movimento de volta, de inverter, de vencer o elemento da compulsividade do Dis-positivo. Portanto, nós não vamos encontrar a salvação do mundo, fugindo da técnica. Pela fenomenologia e pela interpretação do mundo, encontramos um modo de nesse mundo no qual estamos (seja o da modernidade ou o da pós-modernidade) encontrarmos a saída, a salvação”. No caso das fórmulas e soluções jurídicas é possível dizer que “onde está a salvação, aí também nasce o perigo” ou então, parafraseando, onde está a solução, aí também nasce a decaída ou a tragédia do jurídico nesse eterno retorno a velhos paradigmas filosóficos.<sup>6</sup>

A par da decadência doutrinária em tanto se ocupar dos novos autos eletrônicos, levanto aqui uma “*pre-ocupação*” com os futuros “operadores’ do direito eletrônico”: quando a Justiça começa a usar essa ferramenta de TI, temo que se avizinha a maior de todas as crises do Poder Judiciário, aquela que não se resolve com mutirões, com metas, com produtividade e estatística: a *crise de identidade*, que, em decorrência do déficit qualitativo da prestação jurisdicional, abala as estruturas do “fetiche” da solução adjudicada. E a jurisdição será demonizada. Sim, o risco é grande de (de)cairmos em uma armadilha. A armadilha do fetiche da tecnologia.

---

<sup>6</sup> Streck (2013).

### 3 QUEM SE TRANSFORMA EM UM BOM JUIZ NESTES TEMPOS DE PÓS-MODERNIDADE?

Colhe-se da tradição que o bom juiz era talhado para tomar boas decisões. Hoje, o “bom juiz” é o que mais decide de acordo com o que decidem os tribunais e o que despacha mais rápido. Como bem diz Rosa:<sup>7</sup>

É que o sujeito juiz encontra-se num dilema: se decide como deve decidir, com reflexão e enunciação, demora mais do que o Sistema exige, e traz consigo a acusação de julgar contra o que já está estabelecido, dando falsas esperanças [...] se decide como já-está-decidido apaga seu nome da decisão, a saber, não faz diferença quem assina, pois qualquer um poderia assinar esta decisão (sic) sem enunciação. E uma das características da Modernidade foi a de legar o lugar da enunciação, a saber, de alguém pontuar do lugar do juiz, transformada hoje em dia numa verdadeira lógica de “Franchising”, modo pelo qual a administração da Justiça, via Análise Econômica do Direito – Law and Economics, promove um sistema de decisões judiciais fixadas, ex ante, pelo franqueador. A licença da marca é previamente valorizada – uma decisão do TST, do STJ ou STF, a qual implica num reconhecimento do valor da decisão no mercado jurisdicional, sob o pálio de uma efusiva [...] “eficiência”.

Paradoxalmente, enquanto queremos ser os mais modernos do mundo, continuamos com um ensino jurídico de pouca qualidade, concursos públicos que são verdadeiros *quiz shows*, em que os candidatos têm de responder a pegadinhas jurídicas. Tudo isso está simbolicamente entrelaçado. O juiz federal mais jovem do Brasil tem 25 anos. Formou-se em 2009 e em 2012 já tinha sido aprovado em concursos para técnico do Ministério Público da União, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional da 1ª Região, procurador do estado de Alagoas, defensor público do Piauí e defensor público da União. Confessa tratar-se de uma questão de treino:

Desde cedo, comecei a fazer muitas provas; inscrever-se em concursos públicos e resolver, desde logo, as questões, é um excelente termômetro para detectar, concretamente, quais os

---

<sup>7</sup> Rosa (2010, p. 134-135).



pontos a melhorar e as disciplinas que demandam mais tempo de estudo.<sup>8</sup>

Por isso, a indústria que mais cresce é a de cursinhos de preparação, que são uma mistura de igreja pentecostal com grupos motivacionais. Os autores de livros simplificadores brigam para ver quem publica os textos mais “fáceis”.

No caminho da pós-modernidade, Abrão,<sup>9</sup> diz que “o Judiciário não pode mais julgar processos artesanalmente.” E mais: “A todo o momento saltam milhares de demandas, boa parte irrigada na travessia do sistema econômico, na dificuldade de pagamento, e no estado de insolvência das empresas.<sup>10</sup>

Quer dizer que estamos fadados a que nossos direitos sejam analisados em uma esteira, ao estilo “fordista”? E ficamos falando em direitos, caso concreto, congressos, palestras, seminários, salas de aula... Estamos enganando o povo, é isso? Vamos assumir que tudo tem que ser uma fatalidade, uma *realjuridik*? Não é possível lutar contra esse estado de coisas, denunciando essa falácia realista? Se acreditarmos nisso, podemos dizer que fracassamos. Não foi despropositadamente que nesse artigo se levantaram tantas perguntas, na tentativa de despertar os juristas para uma autocompreensão crítica. Esta é a contribuição da Filosofia no Direito. Se a Ciência se ocupa com a solução de problemas, a Filosofia cuida dos problemas da solução.<sup>11</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, convém problematizar mais a fundo a questão do processo eletrônico. Atenta-se, de plano, para o redimensionamento de sua tão propalada eficiência no aspecto quantitativo da crise do Judiciário (posto que apenas poderá agilizar a operação cartorária, eliminando os tempos mortos). Ademais, não contemplará em nada o aspecto qualitativo da crise.

---

<sup>8</sup> Mais... (2012).

<sup>9</sup> Abrão (2012).

<sup>10</sup> Abrão (2012).

<sup>11</sup> Stein (2004).

Em 2009, ao detalhar as conclusões das pesquisas feitas sobre o Judiciário, Sadek,<sup>12</sup> cientista política com largo prestígio com o Poder Judiciário e Ministério Público brasileiros, chega a afirmar que “[...] o desempenho do Judiciário depende exclusivamente da gestão, da administração interna [...]” Observe-se o grau de comprometimento das conclusões da pesquisadora, vez que passam ao largo de uma análise sob a perspectiva da substancialidade: para ela, a crise do Judiciário torna-se um problema de administração, gerenciamento e organização da justiça.

Em outras palavras, segundo Sadek,<sup>13</sup> o problema da crise da justiça estaria no fato de que os juízes (*lato sensu*) não estariam preparados para a gestão administrativo-econômica do judiciário. E que, se os juízes forem melhor preparados – inclusive ou mormente em relação a saber gestionar –, o Judiciário pode(ria) superar a crise.

Embora a riqueza dos dados e a importância das denúncias que podem ser retiradas das pesquisas da autora, as soluções apontadas permanecem ou seguem uma linha de raciocínio já dominante no próprio judiciário: *a de que o problema da crise está na morosidade, no “emaranhado” legislativo e que, portanto, há que se “fazer gestão”*.

Uma prestação jurisdicional mais adequada ao Estado Democrático de Direito deve passar pelo olhar cuidadoso – de cura mesmo (*Sorge*), vigilância da eclosão dos sentidos heideggeriana – do juiz, que julga em vez de fazer gestão; que esteja atento para a singularidade do caso concreto à luz da tradição jurídica; e que tem critérios para decidir. Já na perspectiva *macro*, passa por um Judiciário que respeita a *coerência* e a *integridade* do direito.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, C. H. Judiciário notou que não pode julgar artesanalmente. *Consultor Jurídico*, 30 dez. 2012. Retrospectiva 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-30/retrospectiva-2012-judiciario-notou-nao-julgar-artesanalmente>>. Acesso em: 06 out. 2014.

---

<sup>12</sup> Sadek (2009).

<sup>13</sup> Sadek (2009).

FREITAS, V. P. de. O processo eletrônico avança na Justiça brasileira. *Consultor jurídico*, 30 dez. 2012. Coluna Segunda Leitura. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-30/segunda-leitura-processo-eletronico-avanca-justica-brasileira>>. Acesso em: 06 out. 2014.

MAIS jovem juiz federal do Brasil dá dicas de estudo. *Consultor Jurídico*, 28 dez. 2012. Seção Hora Certa. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-28/jovem-juiz-federal-brasil-dicas-estudo-concursos>>. Acesso em: 06 out. 2014.

ROSA, A. M. da. Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo? In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2014.

SADEK, M. T. Justiça funciona como há 100 anos. Última instância, 30 dez. 2009. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43735/%26%2334justica+funciona+como+ha+100+anos%26%2334+afirma+maria+tereza+sadek.shtml>>. Acesso em: 06 out. 2014.

STEIN, E. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, L. L. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, R. T. de; KARAM, T. A. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, p. 5-22, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 31 jul. 2014.



# RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA Y MEDIACIÓN ELECTRÓNICA: NUEVO ACCESO A LA JUSTICIA<sup>1</sup>

Eduardo Vázquez de Castro\*

## 1 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Antes de abordar las cuestiones de fondo que se van a desarrollar a lo largo del presente trabajo resulta conveniente introducir algunas precisiones terminológicas para orientar y explicar la nomenclatura utilizada a lo largo del texto y la más extendida entre la doctrina y la práctica. Hay que ser conscientes de que la materia objeto de análisis es relativamente novedosa en España y muchos de los conceptos se toman de experiencias y ordenamientos jurídicos de otros países. Por este motivo, muchos de los términos comúnmente utilizados por profesionales y académicos son barbarismos o, más concretamente, anglicismos.

En este sentido, es ya suficientemente representativo que se use la denominación “resolución” para referirse a estos sistemas de solución de controversias. Una traducción muy apegada a la literalidad de los conceptos imperantes en el *Common Law* o sistemas de cultura jurídica anglosajona denominados “Alternative Dispute Resolution” y “Online Dispute Resolution”. Conceptos, de otro lado, no exentos tampoco de críticas por parte de muchos autores anglosajones. Realmente, en una traducción más ajustada al español debiera preferirse el término “solución”. En todo caso, con independencia de la mayor o menor corrección lingüística, por

---

\* Máster en Mediación y Gestión de Conflictos; Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria; Subdirector del Departamento de Derecho Privado; Director del Master en Mediación y Gestión de Conflictos de la UC, que ha desarrollado su 5ª edición; Director de la Cátedra “Derecho e Innovación” e investigador principal del Grupo de I+D+i del mismo nombre; ha dirigido también otros cursos de postgrado y cursos de verano sobre temáticas relacionadas con la mediación y los sistemas A.D.R.; colabora periódicamente en postgrados y cursos de especialización impartidos en otras facultades españolas; Avenida los Castros s/n, 39005 Santander, Cantabria, España; eduardo.vazquez@unican.es

<sup>1</sup> Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación con Referencia DER2010-19772 (subprograma JURI), que lleva por título Resolución de disputas en línea, del que es investigador principal el Prof. Dr. Eduardo Vázquez de Castro.

la extensión del uso técnico de ambos términos, se usarán indistintamente en el cuerpo del texto de este trabajo asumiendo los menos correctos como neologismos.

Efectivamente, la materia objeto de análisis en este artículo es relativamente novedosa en España y muchos de los conceptos se toman de experiencias y ordenamientos jurídicos de otros países. Por este motivo, muchos de los términos comúnmente utilizados por profesionales y académicos son barbarismos o, más concretamente, anglicismos. Además, se da la circunstancia de que el gusto anglosajón por el uso de los acrónimos hace que, en este caso, se duplique la dificultad en averiguar lo que significan.

El proceso denominado en inglés Online Dispute Resolution (ODR) puede traducirse como Resolución de Disputas en Línea y se refiere a la solución de controversias mediante el uso de las TICs. Este proceso nace en EE.UU. en el ámbito del derecho, entre profesionales familiarizados con la Alternative Dispute Resolution (ADR). Por su parte, Alternative Dispute Resolution (ADR.) puede traducirse como Resolución Alternativa de Disputas<sup>2</sup> y se refiere, principalmente, a los sistemas de negociación, conciliación, mediación y arbitraje.<sup>3</sup> Quienes han experimentado el éxito de los sistemas de ADR, conscientes de las oportunidades que las nuevas tecnologías de la comunicación relacionadas con Internet ofrecían, decidieron trasladar distintos procesos (negociación, mediación y arbitraje) al entorno cibernético. Inicialmente esta aplicación se limitó, fundamentalmente, a disputas surgidas en la propia red y, de forma particular, a conflictos relacionados con el comercio electrónico.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Realmente, también esta denominación ha recibido críticas puesto que la mediación y la negociación no tienen por qué ser vías de solución alternativas a la judicial sino complementarias. Por eso, se ha sugerido mantener el acrónimo y sustituir el término "Alternative" por "Adequate" para hacer referencia a que la flexibilidad de los procesos que se incluyen en esta categoría permite su adecuación a cada conflicto que pretenden resolver.

<sup>3</sup> Existen otras fórmulas que también se incluyen en EE.UU. dentro de esta categoría (suelen basarse en opiniones legales no vinculantes: "Mini-trials", "Juicios sumarios" y "Med-arb", entre otros) pero que encuentran difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico (VÁZQUEZ, 2009, p. 1052-1053).

<sup>4</sup> De sobra conocido es el éxito del sistema de mediación y arbitraje electrónicos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) para resolver conflictos sobre nombres de dominio (CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, 2013).

En general, en Europa se ha seguido un mimetismo terminológico importando la nomenclatura estadounidense.<sup>5</sup> Por este motivo, en España son conocidos los términos y acrónimos que se acaban de exponer. Además, se ha extendido una traducción literal de esos conceptos ingleses. En este sentido, es ya suficientemente representativo que se use la denominación “resolución” para referirse a estos sistemas de solución de controversias. Una traducción muy apegada a la literalidad de los conceptos imperantes en el *Common Law* o sistemas de cultura jurídica anglosajona, como se ha expuesto. Conceptos, de otro lado, no exentos tampoco de críticas por parte de muchos autores anglosajones. Realmente, como se ha adelantado, en una traducción más ajustada al español debiera preferirse el término “solución”.<sup>6</sup> En todo caso, con independencia de la mayor o menor corrección lingüística, por la extensión del uso técnico de ambos términos, en este trabajo se ha optado por asumir los menos correctos como neologismos para poder identificar y analizar mejor los instrumentos que se están utilizando en la práctica.

No existe aún un término común equivalente adoptado convencionalmente por los hispanoparlantes<sup>7</sup>. Se pueden proponer, en sintonía con lo mantenido anteriormente sobre el concepto de mediación, el acrónimo Modalidades Electrónicas de Solución de Conflictos (MESC), aunque ya se ha impuesto el de Resolución de Disputas en Línea (RDL) por mimetismo con la terminología anglosajona.<sup>8</sup> Sin embargo, serán el tiempo y la práctica los que finalmente acuñen convencionalmente un término de general uso y aceptación por parte de la doctrina y los profesionales de la gestión de conflictos. Probablemente, se consolidará un término de forma de-

<sup>5</sup> Puede servir de referencia la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo que se plantea con el fin de complementar el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva sobre RAL en materia de consumo, la presente propuesta de Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (COMISIÓN EUROPEA, 2011).

<sup>6</sup> Rogel (2009) y Villaluenga (2010 p. 19 y ss.).

<sup>7</sup> Actualmente, los escasos artículos doctrinales y referencias divulgativas que abordan el análisis de estas figuras suelen referirse, en su mayoría, al mismo con el acrónimo anglosajón “ODR” (UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA, 2013).

Por su parte, Alzate Sáez de Heredia, tras analizar algunas propuestas como Resolución Electrónica de Disputas (RED) o Resolución de Disputas en Red (RDR), es partidario de utilizar una denominación propia y propugna la expresión Resolución de Disputas en Línea (RDL). (Mediación y arbitraje en el S. XXI, cit.)

<sup>8</sup> Una fórmula original y simplificada del concepto podría ser Solución Electrónica de Disputas (SED).

finitiva cuando se cuente con una experiencia similar a la que ya tienen en el mundo anglosajón.

También se puede observar, en el tratamiento del tema que nos ocupa, que la nomenclatura utilizada varía en función de la disciplina del profesional o del académico que la usa (se ocupan de este tema fundamentalmente desde el mundo del derecho, la economía, la psicología y la ingeniería). En esta materia multidisciplinar se han creado unos usos o preferencias terminológicas en el seno de cada disciplina que justifican la perspectiva integradora desde la que se enfoca el presente trabajo. En este sentido, en el mundo jurídico se vienen denominando electrónicos los actos o negocios que se instrumentalizan a través de Internet y está en sintonía con otros conceptos ya adoptados con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico (de esta forma, se puede relacionar con los conceptos normativos de comercio electrónico, firma electrónica, DNI electrónico, acceso electrónico a los servicios públicos y arbitraje electrónico, entre otros). Por este motivo, parece que en España ha triunfado el concepto de mediación electrónica que, por la moda o por su más reciente regulación, se ha convertido en una metonimia generalizada y comúnmente utilizada para referirse a los más genéricos sistemas de ODR<sup>9</sup>

En una misma plataforma electrónica se pueden ofrecer diversas opciones para tratar de solventar una disputa de igual modo que se pueden elegir diversos métodos extrajudiciales de forma presencial. De hecho, este modelo de plataforma multifunción es el que mayores posibilidades ofrece<sup>10</sup>. En EE.UU. se ha popularizado la afortunada expresión “multidoor courthouse”<sup>11</sup>. La doctrina del *Common Law* ha acogido esta expresión para referirse a la facultad de elección que tiene el

---

<sup>9</sup> No faltan otras traducciones al español de ODR, como el que realiza la Uncitral para denominarlos “solución de controversias por vía informática”. la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se encuentra realizando un reglamento (United Nations Commission on International Trade Law (2010).

<sup>10</sup> Desde el Grupo de Investigación Derecho e Innovación de la Universidad de Cantabria se está desarrollando un prototipo de plataforma multifunción para la resolución electrónica de disputas.

<sup>11</sup> Es recomendable la lectura del discurso pronunciado en 1976 en el que el profesor de la Universidad de Harvard, Frank Sander expone por primera vez esta idea (SANDER, 1979).



justiciable para acceder a la justicia no sólo por la vía judicial sino extrajudicial<sup>12</sup>. Por este motivo, hablar de modernización de la justicia implica también abordar la regulación de los sistemas de ODR. Al referirnos a la solución electrónica de disputas se podría hablar de “multi-windows courthouse”, si se permite la licencia del juego de palabras. Por considerar que la vía extrajudicial es también una posibilidad más de acceso a la justicia, se ha elegido el título de este artículo doctrinal. Sin embargo, para que pueda considerarse que estos sistemas verdaderamente abren una puerta, o ventana si se prefiere la metáfora, a la justicia deben observarse todas las garantías que requiere la Ley para la salvaguarda de los derechos de los justiciables.

## 2 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA

Probablemente, una de las primeras preguntas que quepa hacerse al abordar el análisis de los denominados sistemas de solución de disputas en línea es si realmente son tan diversos y especiales respecto a los sistemas extrajudiciales presenciales sobre los que se basan o de los que se derivan. La respuesta a esta pregunta podría condicionar el resto del análisis puesto que si la respuesta es negativa respecto a la especialidad quizá huelga referirse a un régimen jurídico propio pudiendo servir una revisión general con matices al régimen jurídico general. Ciertamente, se ha venido discutiendo mucho si la incorporación de nuevas tecnologías en determinados ámbitos jurídicos debiera provocar la creación o tratamiento de un nuevo derecho.

La discusión no es nueva y puede traerse a colación la ilustrativa comparación del Derecho de las Nuevas Tecnologías (*Cyberlaw*) con el Derecho de los caballos (*Law of Horse*) que se utilizó como llamada de atención por la doctrina angloamericana. Ésta comparación se hizo porque el Prof. Gerhard Casper, cuando era decano de la

---

<sup>12</sup> Dentro de la vía extrajudicial en EE.UU. se ofrecen, a su vez, múltiples modalidades comprendidas en el concepto de Alternative Dispute Resolution (ADR). Estas modalidades, junto a las consabidas de la negociación, conciliación, mediación y arbitraje, incluyen fórmulas originales de difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico (Summary Jury Trial, Mini Trial, evaluación legal o juicios privados, etc.). En todo caso, la mediación es la figura estrella que mayor aplicación y desarrollo ha alcanzado. Sobre el particular vid. Vázquez de Castro (2009, p. 1052) y Kovach (2004, p. 6-18).

Facultad de Derecho de la universidad de Chicago, se preciaba de no haber permitido que se ofreciese un curso sobre el derecho de los caballos. La razón de la propuesta era que en el estado de Illinois se buscaba una especialización en el derecho que afecta a los equinos por la importancia de esa ganadería en la economía estatal. El Derecho de los caballos implicaba los casos sobre compra-venta de caballos, los casos sobre licencias para montar y correr en caballo, los cuidados veterinarios preceptivos para los caballos, los premios y shows de caballos y los daños causados por los caballos. Realmente, todas estas cuestiones pueden resolverse en el contexto de normas jurídicas más generales, sin necesidad de adjetivar las soluciones concretas como el derecho de los caballos. Lo que merecería una mayor reflexión es si al Derecho de las Nuevas Tecnologías le ocurre como al derecho de los caballos o tiene sustantividad e identidad propia que le hace merecedor de consideración especial.<sup>13</sup>

A modo de conclusión, a la vista del actual estado de la cuestión puede afirmarse que los sistemas de solución de conflictos en línea no tienen la sustantividad propia como para entenderlos susceptibles de ser considerados como entidades completamente autónomas y diversas de los sistemas extrajudiciales presenciales sobre los que se inspiran. Sin embargo, resulta evidente que su régimen jurídico requiere una atención especial por las especiales características y peculiaridades que presentan estos sistemas. En todo caso, hay que ser conscientes de que, como regla general, la solución extrajudicial de conflictos está basada en la autonomía de la voluntad y la flexibilidad por lo que toda la relevancia de su régimen jurídico viene determinada por las garantías de seguridad jurídica exigibles en la contratación electrónica y en los servicios de la sociedad de la información.

Uno de los pilares sobre los que se sientan las bases del éxito en el uso de las nuevas tecnologías es la facilidad o comodidad que ofrecen los dispositivos telemáticos, a la hora de realizar actos o negocios jurídicos en cualquier lugar y en cualquier momento. De otro lado, también hay que destacar los nuevos servicios de la sociedad de la información que se han establecido directamente con el avance de

---

<sup>13</sup> Bellia, Berman y Post (2003, p. 2-4).

la tecnología y de los que antes no se disponía. Estos servicios, en su gran mayoría, tienen que ver con el ocio y el consumo.

No obstante, el triunfo del sistema descansa sobre un concepto básico que siempre ha sido la base del tráfico económico y del crédito. Este concepto básico es el de la credibilidad o confianza en el sistema por parte de los potenciales usuarios del mismo. Si la confianza es importante en el comercio tradicional, adquiere un cariz de esencialidad en el caso del comercio electrónico.<sup>14</sup> No se trata únicamente de asegurar el carácter vinculante para exigir el cumplimiento de la lealtad a la palabra dada. Cuando se utilizan las nuevas tecnologías la confianza significa ofrecer garantías sobre el buen funcionamiento de los dispositivos, la seguridad de las comunicaciones, la calidad de los servicios (competencia), la privacidad o protección de datos personales, etc.

Actualmente, una mala experiencia o una quiebra en las garantías de los usuarios puede multiplicar o generalizar la desconfianza por la posibilidad de publicar las experiencias u opiniones en foros o blogs. Existen pocos sectores en los que no exista un foro o blog de opiniones específico en el que los usuarios o internautas no intercambien información sobre la satisfacción en la contratación de bienes o servicios, sea a través de Internet o de modo presencial, la sociedad de la información potencia el alcance de las comunicaciones y mensajes de los internautas a modo de amplificador global.

---

<sup>14</sup> Ésta es la idea esencial que se está trasmitiendo desde la Unión Europea y que puede observarse contenida en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo [notificada con el número C (2001) 1016] (2001/310/CE) en sus dos primeros considerandos: "(1) Para garantizar el nivel de protección de los consumidores y promover su confianza, la Comunidad debe garantizarles un acceso a la justicia sencillo y eficaz, y promover y facilitar la solución de litigios en materia de consumo en el marco de procedimientos previos.

(2) El continuo desarrollo de nuevas prácticas comerciales que implican la intervención de los consumidores, como el comercio electrónico, así como el previsible aumento de las transacciones transfronterizas, requieren especial atención para ganar la confianza de los consumidores, en particular facilitando el acceso, incluido por medios electrónicos, a medios prácticos, eficaces y poco onerosos para obtener indemnización. En el Plan de acción e-Europe, aprobado por el Consejo Europeo de Feira de los días 19 y 20 de junio de 2000, se reconoce que para que el comercio electrónico alcance su máximo desarrollo, deberá potenciarse la confianza de los consumidores, en colaboración con los grupos de consumidores, la industria y los Estados miembros, fomentando el acceso a sistemas alternativos de solución de los litigios."

Ciertamente, muchos problemas que surgen en la contratación son inevitables. Sin embargo, cuando se ha producido un problema por existir controversia o disputa entre quienes han contratado el contar con sistemas sencillos, rápidos y económicos para solucionarlo de la mejor manera posible (conveniencia) fortalece esa confianza. Desde las instituciones de la Unión Europea se es plenamente consciente de que las nuevas tecnologías deben posibilitar el acceso a nuevos recursos de solución extrajudicial de controversias o deben facilitar el acceso a los ya existentes adaptándolos a las funcionalidades que ofrecen las nuevas herramientas tecnológicas que se encuentran ya al alcance de todos los ciudadanos.<sup>15</sup>

### **3 LA EXPANSIÓN DE LA MEDIACIÓN Y LA CONFIGURACIÓN DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA COMO RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA**

La mediación en Europa y especialmente en España está en fase de expansión. Se ha pasado de la mediación familiar a la mediación en derecho privado o referida a asuntos civiles y mercantiles y tiende a extenderse a los ámbitos penal y administrativo. Además, la preocupación por los conflictos transfronterizos y optimizar los tiempos y costes de la resolución de conflictos hace que las nuevas tecnologías sirvan para instrumentalizar un tipo de mediación electrónica.

Estas herramientas que facilitan las nuevas tecnologías para el ejercicio de la mediación están siendo ya utilizadas en la práctica de otros países con cierto éxito.<sup>16</sup> Su uso se está extendiendo por todos los países y en todos los sectores. Por

---

<sup>15</sup> La Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE) en sus considerandos sexto y duodécimo establece: “(6) El comercio electrónico facilita las transacciones transfronterizas entre las empresas y los consumidores. Estas transacciones son a menudo de escaso valor y, por consiguiente, la solución de posibles litigios debe ser sencilla, rápida y poco onerosa. Las nuevas tecnologías pueden contribuir al desarrollo de sistemas electrónicos de solución de litigios, mediante un mecanismo que permita resolver eficazmente los litigios en diferentes jurisdicciones sin necesidad de un contacto en persona, y que, por consiguiente, deberían promoverse por medio de principios que establezcan normas coherentes y fiables para ganar la confianza de todos los usuarios.

(12) Para aumentar la eficacia de estos procedimientos en la resolución de litigios transfronterizos, ambas partes deberán tener acceso a ellos y poder utilizarlos con facilidad, independientemente del lugar en que estén establecidas, lo cual se facilitará, en particular, fomentando las aplicaciones electrónicas.”

<sup>16</sup> Tyler, Bretherton y Firth (2003).

este motivo, a pesar de la novedad y constante evolución del fenómeno, el legislador contempla y regula someramente alguna de las garantías que deben observarse para una correcta práctica de la mediación por medios electrónicos. Se cumple, de este modo, el desarrollo lógico del régimen jurídico de una nueva figura.

En primer lugar, se observa la innovación en la experiencia práctica de la realidad social y del tráfico jurídico-económico. En segundo lugar, se avanza en el análisis crítico y la difusión de la experiencia mediante el estudio científico doctrinal. Por último, se regula y ordena la nueva actividad por el legislador que procura ofrecer las máximas garantías de respeto a los derechos, confianza y seguridad.<sup>17</sup> Se corrige o previene, en última instancia, cualquier posible infracción del ordenamiento jurídico de forma que la novedad no sirva de excusa para eludir el cumplimiento del Derecho necesario.<sup>18</sup>

El problema en España viene determinado por la escasísima experiencia que en solución electrónica de disputas se tiene. Se puede apreciar una prevención casi “genética” en los profesionales de la resolución de conflictos del uso del ciberespacio en la práctica de los procesos de mediación, como uno de los factores determinantes ya mencionados en el capítulo primero. Además, hay que añadir que quienes se dedican a las ciencias sociales y, especialmente, a las jurídicas no son especialmente proclives a incorporar el uso de las nuevas tecnologías a sus actividades e incluso podría hablarse de una generalizada reticencia. No obstante, a medida que se avanza en conceptos como los de modernización de la justicia se va sintiendo la necesidad de incorporar estas nuevas tecnologías a la resolución de disputas.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Larson (2004, 129-136).

<sup>18</sup> En la Exposición de motivos de las tres últimas Leyes autonómicas sobre mediación siempre se hace alusión a que la regulación contenida en las mismas contempla la experiencia en mediación que se viene desarrollando en sus respectivos territorios. En las leyes del País Vasco y Andalucía se hace referencia a la experiencia en mediación familiar, que en el caso del País Vasco se expresa que existe desde los años 90. En el caso de la Ley Catalana se refiere a una amplísima experiencia en mediación familiar ya institucionalizada desde la anterior Ley de 2001 y a una experiencia en mediación comunitaria derivada de los programas de mediación de numerosos Ayuntamientos.

<sup>19</sup> En este sentido, merece destacarse que en España la Ley n. 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia contempla el acceso a la justicia de manera electrónica como facultad del justiciable y como obligación impuesta a la propia Administración y profesionales de la justicia (abogados y procuradores) que deben contemplar

Finalmente, merece destacarse que la propia génesis y evolución de la propia contratación electrónica y de los servicios de la sociedad de la información transcurre de forma paralela a la incorporación de la mediación y el resto de sistemas de solución alternativa de disputas en nuestro ordenamiento jurídico. Hay que ser conscientes de que la mediación sólo encuentra reflejo normativo en España a partir del 2001 con las Leyes de mediación familiar. Simultáneamente, se aplica la Directiva 2000/31/CE reguladora de los contratos electrónicos cuya trasposición a derecho interno viene determinada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Sin perjuicio de que la evolución de ambos campos haga que tangencialmente deban confluir, parece evidente que no será momento de experimentar plenamente tal confluencia en tanto no se hayan consolidado en el ámbito conceptual y práctico las figuras introducidas apenas hace diez años.

Tampoco ayudará el hecho de que sea el ámbito familiar el primero en consolidar el ejercicio de la mediación. La mediación electrónica es una posibilidad que se contempló lacónicamente desde la propia Directiva europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien únicamente se hace alusión a las nuevas tecnologías para advertir que no se impedía su uso.<sup>20</sup>

Esta llamativa previsión normativa de permisividad tiene como explicación que la mediación cuya práctica más se ha extendido en Europa es la aplicada al ámbito familiar. Este pronunciamiento de la Directiva tiene que ver con la concepción de la mediación familiar como un procedimiento presencial, personalísimo en el que la sensibilidad de las partes y expresión de sus emociones deber ser apreciada directamente por la persona mediadora. Esta concepción de la mediación familiar in-

---

ya esta posibilidad de procedimiento electrónico. De esta manera, contiene las previsiones relativas a la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales. En cuanto al inicio del procedimiento, se establece la obligatoriedad de que el mismo lo sea siempre por medios electrónicos, distinguiendo los casos en que los ciudadanos lo inicien personalmente sin intervención de profesionales, en cuyo caso tendrán a su disposición los medios necesarios para poder hacerlo en dicha forma, de los casos en que comparezcan asistidos por profesionales, en los que serán estos los que tengan la obligación en todo caso de efectuar la presentación del escrito o demanda iniciadora del procedimiento en forma telemática.

<sup>20</sup> Considerando 9 de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

mediata es el que se ha visto reflejado en numerosas leyes autonómicas en España.<sup>21</sup> Probablemente, éste ha sido un lastre para el desarrollo de la mediación electrónica.

Existen muchos recelos y dudas por parte de los mediadores familiares de la conveniencia del uso de la mediación electrónica en estos ámbitos de fuertes cargas emocionales. Las reticencias suelen venir motivadas por las dificultades de percepción del mediador del lenguaje no verbal y las expresiones, de la sensación de no controlar completamente el proceso online y de la normal resistencia a incorporar novedades en una metodología ya asumida como usual o común en su ejercicio profesional.<sup>22</sup> En todo caso, parece que el momento de la consolidación y madurez de ambos campos (tecnológico y metodológico) está ya a punto de producirse y, en consecuencia es conveniente preparar su confluencia para potenciar la expansión de los sistemas de solución alternativa de conflictos. En concreto, parece conveniente preparar el terreno para el desarrollo de la mediación por medios electrónicos que se intuye como herramienta importante para extender la solución de conflictos más allá de los ámbitos hasta ahora conocidos en España.

#### **4 LA NOVEDAD DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA Y SU REGULACIÓN EN ESPAÑA**

Como ya se ha advertido, los sistemas de solución electrónica de disputas aún no acaban de extenderse en su uso o no consiguen el éxito que cabría de esperar considerando las ventajas que suponen en cuanto al ahorro de tiempo, recursos y facilidad de acceso. No obstante, contar con un marco legal del uso de la mediación

---

<sup>21</sup> En el ámbito autonómico todas las leyes están dedicadas al ámbito familiar salvo la catalana que se refiere a la mediación en derecho privado. En consecuencia, sólo el art. 8 de la Ley Catalana contempla excepcionalmente la posibilidad de la mediación electrónica: “En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación”. El resto de leyes autonómicas no sólo no contemplan la mediación familiar electrónica sino que parecen vedarla al exigir la inmediatez o presencialidad y prohibir la representación. Por poner algún ejemplo de las últimas Leyes. Art. 10 de la Ley Andaluza, art. 8. i) de la Ley Vasca.

<sup>22</sup> Vázquez de Castro y Fernández Canales (2012, p. 1451-1480). Vid. también Vázquez de Castro (2012), Vázquez de Castro y Fernández Canales (2011) y Vázquez de Castro (2012, p. 3-31).

por medios electrónicos ofrece seguridad y sirve para impulsar el desarrollo de plataformas que ofrezcan estos servicios, anima a los profesionales a iniciarse en su uso y ofrece garantías a los potenciales usuarios de la legalidad de los nuevos métodos.

En España se ha contemplado e impulsado la mediación electrónica en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. De esta manera, se da una respuesta a una nueva realidad que ha adquirido una fuerte implantación en la solución de conflictos de países como EE.UU.<sup>23</sup> Además, se trata de definir el proceso de mediación electrónica para evitar confusiones y considerar posible mediaciones totalmente virtuales u online y mediación híbridas en las que el proceso se desarrolle en parte presencial y en parte online (art. 24 de la Ley).

No puede considerarse mediación electrónica cualquier uso esporádico o puntual de medios electrónicos por parte del mediador o las partes a lo largo del proceso de mediación. En este sentido, debe coincidir con las conclusiones reflejadas en la completísima documentación contenida en el libro blanco de la mediación de Cataluña. En este Libro Blanco se exponía ilustrativamente que no puede considerarse mediación electrónica aquél proceso en el que el mediador o alguna de las partes usaba un mensaje (SMS) enviado desde su teléfono móvil para avisar de un retraso en una cita o de un posible aplazamiento.

Realmente, la mediación electrónica se genera mediante una plataforma de gestión de expedientes de resolución de conflictos a través de web, que será accesible tanto para las partes implicadas en el conflicto como para la o las personas expertas que colaboren en su resolución y será un reflejo virtual de sus procesos equivalentes presenciales. La mediación electrónica debe concebirse como un servicio completo y planificado capaz de ofrecer un proceso de mediación desarrollado íntegramente a través de internet. Este servicio, al desarrollarse por medios electrónicos a través de internet, debe considerarse uno de los denominados servicios de la sociedad de la información y someterse a la normativa que los regula (más adelante

---

<sup>23</sup> Un exhaustivo análisis de las plataformas de ODR que ofrecen actualmente estos servicios y del proceso que han configurado puede encontrarse en Vilalta (2012).



se expondrá el régimen jurídico general de este tipo de servicios). Incluso, como muchos servicios de mediación se están ofreciendo desde instituciones públicas, también puede considerarse que la mediación electrónica ofrecida en estas condiciones supone el acceso del ciudadano a la administración electrónica. Es decir, en algunos casos se estará ante situaciones de contratación electrónica de servicios privados de mediación que se rigen por la Ley Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y, en otros casos, por la naturaleza pública de la Institución de mediación se estará ante casos de Administración electrónica, en cuyo caso, regulada por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

## 5 PRIMEROS PELIGROS DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Ciertamente, como ya hemos señalado, la historia de la mediación electrónica es muy reciente localizándose su nacimiento en EE.UU. a partir del año 1995.<sup>24</sup> (El CyberTribunal se fundó en 1996, esencialmente como una aventura académica experimental del Centre for Information Technology and Dispute Resolution).<sup>25</sup> Se puede observar un enorme desarrollo de los sistemas de mediación electrónica y un crecimiento del consenso sobre la conveniencia y eficacia en su uso, con ciertas salvedades. En EE.UU. parece que este consenso es ya generalizado.<sup>26</sup> Además, se pone énfasis en la ventaja de estos sistemas de mediación electrónica más accesibles económicamente para “las clases medias y clases trabajadoras” que la vía judicial o los sistemas de mediación presencial.<sup>27</sup>

No obstante, también se comienza a observar ciertos movimientos que cuestionan si la institucionalización o masificación de la mediación no está sirviendo para provocar una renuncia generalizada de derechos de la parte más débil.<sup>28</sup> En este

<sup>24</sup> Egyed y Boehm (1999, p. 1-14).

<sup>25</sup> Katsh y Rifkin (2001, p. 4) y Rule (2002, p. 21-23).

<sup>26</sup> Rule (2002, p. 6-7).

<sup>27</sup> Teitz (2001, p. 985-1016).

<sup>28</sup> Silvestri (2000, p. 47-55).

sentido, Mattei advierte sobre los peligros de una utilización interesada de dichas prácticas de mediación por parte de quienes buscan eliminar resistencias socializando los ciudadanos hacia la conformidad, la pasividad y la docilidad, por vía del consenso y la cooperación.<sup>29</sup> En todo caso, la crítica a que la mediación electrónica suponga introducir una justicia paralela al sistema judicial y destinada a los pobres carece de justificación. Carece de justificación desde que el principio de voluntariedad siempre deja abierta la puerta de acceso a la vía judicial. Además, los problemas de acceso a la justicia de los pobres no resulta ninguna novedad, en absoluto. Ésta circunstancia, que se observa como factor a superar por el sistema legislativo, se viene denunciando desde el S. XIX cuando se observa que los códigos civiles (incluso el francés que surge de una Revolución) no contemplaban la situación de los pobres al defender sus derechos en juicio.<sup>30</sup>

En este sentido, hay que entender que el principio de neutralidad tecnológica contemplado, entre otras, por la Ley n. 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (art. 4.i) se refiere a establecer estándares abiertos y de forma complementaria, aquellos que sean de uso generalizado por los ciudadanos para garantizar la máxima accesibilidad. En consecuencia, con las cautelas que requiere el atender las alertas de las voces críticas, se puede afirmar que los sistemas de solución de conflictos en línea servirán para mitigar algunas de estas desigualdades de acceso a la justicia al permitir la accesibilidad del mayor número de ciudadanos a la justicia para, al menos, obtener una primera información o respuesta.

Ciertamente, estas alertas sobre algunos de los peligros que puede acarrear la extensión en el uso de la mediación y, en concreto, su modalidad electrónica resulta interesante para articular las garantías legales necesarias para evitarlos o prevenirlos. Estas advertencias adquieren realmente sentido ante aquellos sistemas de resolución electrónica de conflictos organizados por una empresa en su política de atención al cliente, aunque no estemos propiamente ante sistemas de mediación

---

<sup>29</sup> Mattei y Nader (2008, p. 240 y ss.).

<sup>30</sup> Menger (1947, p. 100).

sino de negociación. Es en estos casos en los que la renuncia de derechos por parte del consumidor o usuario no puede asumirse directamente sin verificar que no se trata de pactos abusivos e irreflexivos. Para aquellos otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos como la mediación los peligros advertidos han sido perfectamente previstos por nuestro marco normativo que establece principios de obligado cumplimiento tales como la imparcialidad, la transparencia, la eficacia y la equidad.<sup>31</sup>

En todo caso, la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles incorpora otros principios expresa o implícitamente que también sirven para garantizar la observancia del respeto de los derechos de los mediados.<sup>32</sup> En el ámbito de la mediación familiar siempre se han contemplado los principios comunes de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad que fueron puestos de manifiesto por el legislador estatal cuando se encargó al Gobierno que acometiese la regulación de la mediación en la Disposición Final 3<sup>a</sup> de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. También en el ámbito de la legislación autonómica se ha hecho acopio de principios entre los que nunca faltan los cuatro mencionados en la Ley 15/2005. En la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles se han previsto los principios antedichos junto con el principio dispositivo y una serie de principios que se denominan principios informadores de la mediación y que ya se encontraban recogidos en algunas leyes autonómicas (artículo 24 del citado texto legal).

La voluntariedad de la mediación despeja muchos peligros y la garantía de tutela judicial efectiva debe cuidarse especialmente facilitando siempre a los mediados

<sup>31</sup> Estos son principios establecidos en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE). Sin embargo, tal y como se expresa en su propio texto cuando define el ámbito de aplicación de esta norma (1.I) “No se aplicará a los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o los mecanismos en que una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de la empresa.”

<sup>32</sup> La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, formula directamente principios como el de la confidencialidad (artículo 7) o el de la calidad de la mediación (artículo 4) y contempla implícitamente principios como el de la voluntariedad que se desprenden de la propia definición de la mediación que ofrece el artículo 3, a pesar de los matices que cabe introducir derivados de la regulación del recurso a la mediación contemplado en el artículo 5.2.

la posibilidad de desistir del procedimiento y acudir a la vía judicial. La mediación electrónica es sólo una de las vías o puertas por las que acceder a la justicia pero el resto de puertas no puede cerrarse para el caso de que fracase el procedimiento de mediación. En este sentido, se deben recuperar las garantías legales previstas que establecen que los procedimientos extrajudiciales de solución de disputas no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial.<sup>33</sup> Sobre esta base se han pronunciado los principios de voluntariedad proclamados en todas las Leyes de mediación en España.

De otro lado, la inclusión de cláusulas tipo de sometimiento a mediación en los contratos con condiciones generales de la contratación puede provocar no sólo una estandarización contractual sino una estandarización convencional de la propia mediación. La institucionalización puede llevar aparejado un abandono de la voluntariedad y de la flexibilidad. De esta forma, se correría el riesgo de una devaluación de la mediación que podría pasar a ser un trámite prejudicial más que no tiene mayores pretensiones.<sup>34</sup> No obstante, éste es el riesgo que existe siempre en cualquier proceso en el que se produce un fenómeno de masificación social, no sólo por el hecho de intervenir la tecnología.<sup>35</sup>

Otra de las medidas más relevantes para evitar que el uso masivo de la mediación y, más concretamente, la mediación electrónica suponga merma de las garantías y derechos de los mediados consiste en un correcto suministro de información. Las partes serán informadas puntual y detalladamente de todas las opciones que les ofrece la plataforma de mediación electrónica, condiciones de uso, su coste,

---

<sup>33</sup> El artículo 5.2 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, contempla la posibilidad de una mediación obligatoria, siempre que esta obligatoriedad no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Por su parte, el Considerando 14 de la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo la utilización del procedimiento extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y después de que se haya planteado el litigio.

<sup>34</sup> De forma similar a la devaluación que ha sufrido la conciliación que fue obligatoria como trámite prejudicial en los procesos civiles hasta que se comprobó su falta de utilidad y las demoras que provocaba en la Administración de Justicia. Se acabó por derogar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1981, lo que acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

<sup>35</sup> Díez-Picazo (1987, p. 28-32).

las consecuencias o efectos de cada opción y de las personas expertas acreditadas para asistirles. Además, el suministro de esta información deberá tener carácter recepticio verificando que no se producen aceptaciones irreflexivas sobre acuerdos que no se querían adoptar. Es evidente que si se ofrecen servicios de mediación electrónica se debe cumplir con los deberes generales de información que prevé la Ley de Servicios de la Sociedad de la información para los prestadores de servicios (artículos 10, 12 bis, 27 y 28 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información del Comercio Electrónico), aparte del contenido específico del que deben informar conforme la normativa en materia de mediación.

En este sentido, la Recomendación de la Comisión europea de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo hace mucho hincapié sobre el deber de información incluyéndolo en el principio de transparencia contemplado en sus considerandos 11 y 13 y en su Recomendación II. b). También la Ley española 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 6 de julio, hace hincapié sobre estos deberes de información (artículos 17).

Las personas expertas que pretendan utilizar puntualmente o darse de alta en la plataforma deberán previamente identificarse (mediante el D.N.I. electrónico o firma electrónica y acreditarse (junto con la acreditación del estatuto mínimo de mediador se requerirá una formación mínima en el manejo de la plataforma).<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> La American Bar Association (equivalente a nuestros Colegios de Abogados) ha identificado modelos de acreditaciones distintos para los ejercientes en métodos extrajudiciales de solución de conflictos (ADR). Estos modelos son: “selección inicial” donde se tiene en cuenta la experiencia previa, programas de prácticas, la formación reglada, una entrevista, un test de demostración sobre cómo realizar mediaciones...”continuidad en la calidad del ejercicio profesional” donde se tiene en cuenta la co-mediación supervisada, sesiones de prácticas en formación continua, evaluaciones de usuarios, procedimientos de reclamación [...]” Los sistemas de acreditación de las plataformas de resolución de conflictos en línea o de mediación electrónica se han desarrollado en la línea de los estándares establecidos para los sistemas presenciales con las adaptaciones correspondientes respecto al conocimiento del entorno cibernético. Incluso se han establecido Agencias de Acreditación para los profesionales de la mediación electrónica (TYLER; BORNSTEIN, 2006, p. 390-394; RIVKIN, 2001, p. 117-124.). También en Europa existe cierto interés por establecer unos ciertos estándares de calidad como requisitos para poder obtener una acreditación europea para la prestación de servicios de mediación electrónica (CORTÉS, 2010).

Asimismo, la plataforma se apoyará en unos administradores que gestionan los expedientes. Como resultado final de los procesos de gestión de conflictos, la plataforma será capaz de emitir comunicaciones o notificaciones oficiales con los acuerdos mediados con los que se cierra la gestión de los conflictos.

La plataforma se debe articular de modo que permite controlar la observancia escrupulosa de las exigencias normativas sobre la materia durante todo el proceso; a modo meramente enunciativo, que no exhaustivo, puede citarse el respeto a los principios del procedimiento de mediación, la salvaguarda de la identidad de los intervinientes, la libertad en la elección de lengua de las actuaciones, así como el cumplimiento de los plazos, información y trámites legalmente previstos.

## 6 LA PREVISIÓN LEGAL DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPAÑA

La evolución de la Solución de Conflictos en Línea en España puede observarse estableciendo un claro paralelismo de los sistemas estadounidenses, aunque su desarrollo está siendo mucho más lento que en otros países de nuestro entorno.<sup>37</sup> Las referencias al arbitraje electrónico son dominantes, pero no se descarta el desarrollo de otras modalidades extrajudiciales de resolución de disputas en línea.

Ya se adelantó que la mediación electrónica ha sido recientemente regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aunque deja fuera el ámbito de la mediación en materia de consumo.<sup>38</sup> En esta Ley, se establece, en primer lugar, una especificidad técnica respecto al sistema de comunicación en su artículo 24 bajo el epígrafe “Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos”. Aunque no se establece, propiamente, la obligación de que las

---

<sup>37</sup> Una de las mejores descripciones de la evolución de la mediación en los EE.UU. hace un recorrido por la historia de la mediación en ese país desde los años sesenta hasta el 2000. Las fases catalogadas como infancia (años 60 a principios de los 70), adolescencia (años 70/80), edad adulta temprana (años 90) y edad adulta actual en la que se institucionaliza y responsabiliza. Finalmente, aborda la mediación electrónica para concluir que es donde la mediación más puede crecer. Siendo esta última reflexión aplicable a la mediación en España, hay que ser conscientes de que aquí la mediación aún se encuentra en fase de adolescencia. (BIRKE; TEITZ, 2001).

<sup>38</sup> Vid. supra página 10.

comunicaciones electrónicas se realicen mediante videoconferencia o transmisión de voz e imagen, el hecho de contemplar expresamente estas funciones invitan a considerar que el legislador requiere de estos medios técnicos para poder desarrollar las sesiones, sin perjuicio de que concurren otras funcionalidades como la mensajería, repositorio de archivos a disposición de todas o alguna de las partes, alertas de plazos, agenda, etc.

Respecto a las condiciones estrictamente legales se hace referencia a la necesidad de que quede garantizada la identidad de los intervinientes. Actualmente, este requisito es sencillo de cumplir a través de varios sistemas. En lo referente a garantizar la identidad de las personas intervinientes, se propone como sistema idóneo la utilización del DNI electrónico, que sólo exige a la persona usuaria la instalación de un lector. Por otra parte, la preocupación de la plataforma por la seguridad del procedimiento se extiende también a la verificación de la integridad de los documentos que, en su caso, acrediten la representación de las partes, y/o de los generados en el propio expediente, lo que se puede conseguir mediante la firma electrónica o un código seguro de verificación.

Por lo que respecta a la información que debe recibir la persona beneficiaria sobre el procedimiento de mediación o arbitraje, se puede facilitar un sistema semi-automatizado de comunicaciones para asegurar que se suministra la información mínima requerida. Además, de una forma rápida y segura se puede tener constancia de que se ha obtenido la información necesaria y si las partes no quieren proseguir se puede obtener un certificado que acredite que se da la mediación por intentada, en aquellos casos en los que sea obligatoria y este sea un requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial.

La mediación electrónica puede ayudar mucho al mediador en su labor de gestión. Para todas las circunstancias que la persona mediadora ha de comunicar a las partes la plataforma de mediación electrónica permite generar modelos automáticamente que el propio mediador puede editar o mandar directamente a las partes. Para evitar descuidos, omisiones, aceptaciones o consentimientos irreflexivos, se puede diseñar un sistema fehaciente de emisión de información, alertas de plazos, diseños

de agenda, etc. Asimismo, las partes tendrán más sencillo el proceso de aceptar y enviar su aceptación sobre la información que reciben. Sin embargo, es cierto que el mediador debe aprender a utilizar de forma eficiente esta nueva herramienta y este deber puede incluirse en el más genérico de formación inicial y continua que implica la calidad de la mediación (art. 12 de la Ley). Además de cierta formación requerirá entrenamiento para adecuar las técnicas tradicionales al nuevo entorno de comunicación.<sup>39</sup>

Además, el régimen jurídico aplicable a la mediación electrónica resulta complejo y no siempre es conocido por quienes la utilizan. El marco legal en el que se debe integrar la mediación electrónica, viene determinado por leyes tan diversas como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, la Directiva 2008/52/CE sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, entre otras.

Debería interpretarse que los profesionales de la mediación tienen una obligación derivada de la *Lex Artis* o de la diligencia exigible a cualquier profesional de estar al corriente del estado actual del arte o de la ciencia que les concierne. En este sentido, los mediadores debieran formarse y familiarizarse sobre estos nuevos sistemas de mediación electrónica. También tiene sentido esta interpretación si se pone en relación con legislación española sobre modernización de la justicia. En concreto, se puede observar la concordancia de esta obligación de actualización profesional con lo establecido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. En esta Ley se marca como objetivo, entre otros, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia y se establece el deber de utilizar los

---

<sup>39</sup> En este sentido, Sanz Parrilla (2011, p. 437-448) da una serie de interesantes pautas para desenvolverse y superar algunos inconvenientes de las comunicaciones electrónicas e identifica las controversias adecuadas a la mediación on line para poder aprovechar todas sus ventajas.



medios electrónicos por parte de estos profesionales. De esta manera se reconoce un nuevo derecho a los ciudadanos a cuya disposición están estos medios electrónicos. En este sentido, el legislador también obliga al Gobierno a llevar la iniciativa en promover la resolución de conflictos desarrollada exclusivamente por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad (D.F. 7ª).

La necesidad de acudir a la mediación electrónica para estos casos viene determinada por la consideración de ofrecer un procedimiento sencillo y barato para solventar los conflictos de bagatela y de poca complejidad. La recomendación de acudir a la mediación electrónica en aquellos casos en los que las posiciones de las partes están claras y tan sólo existen diferencias en la cuantía que una parte debe recibir y la otra pagar se explica claramente por razones de economía. Por este motivo, se establece un procedimiento simplificado en la Disposición Final 7ª que debe ponerse en relación con este artículo.

## REFERENCIAS

BELLIA, P. L.; BERMAN, P. S.; POST, D. G. *Cyber law problems of policy and jurisprudence in the information age*. St. Paul, 2003.

BIRKE, R.; TEITZ, L. E. U. S. Mediation in 2001: the path that brought america to uniform laws and mediation in cyberspace”, the american journal of comparative law. *American Law in a Time of Global Interdependence*, v. 50, 2002.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2010. Disponible: <[http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html)>. Acceso: 02 out. 2010.

CONLEY TYLER, M.; BRETHERTON, D.; FIRTH, L. *Research into online alternative dispute resolution Feasibility Report prepared for the Department of Justice*. Victoria, 2003.

CORTÉS DIÉGUEZ, J. P. El acceso a la justicia para los consumidores en la era del Internet. *Revista de Contratación Electrónica*, n. 84, 2007.

CORTÉS, P. Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes. *Information e Communications Technology Law*, v. 17, n. 3, 2008.

CORTÉS, P. Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea. En: CORTÉS, P. Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 10, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho y masificación social, tecnología y Derecho Privado*. 2. ed. Madrid, 1987.

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, 2011.

EGYED, A.; BOEHM, B. Comparing software system requirements negotiation patterns. *Systems Engineering Journal*, v. 6, n. 1, 1999.

GABUTHY, Y. Online dispute resolution and bargaining. *European Journal of Law and Economics*, v. 17, n. 3, 2004.

KATSH, E.; RIFKIN, J. *Online dispute resolution*. San Francisco, 2001.

KATSH, E.; WING, L. Ten years of online dispute resolution (ODR): looking at the past and constructing the future. *University of Toledo Law Review*, v. 38, n. 1, 2006.

KOVACH, K. K. *Mediation: principles and practice (Text and Instructors's Manual)*. 3. ed. London: Thonson West.

LARSON, D. A. Online dispute resolution: technology takes a place at the table. *Negotiation Journal, January*, p. 129-136, 2004.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Comercio electrónico y Acceso de los consumidores a la Justicia. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 571, 2003.

MATTEI, U.; NADER, L. *Plunder: when the rule of law is illegal*. Oxford, 2008.

MENGER, A. *El derecho civil y los pobres*. Tradcción Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Centro de Arbitraje y Mediación. 2013. Disponible: <<http://www.wipo.int/amc/es/domains>>. Acceso: 02 out. 2010.

PERUGINELLI, G. ODR e applicazioni di intelligenza artificiale. En: MAGGIPINTO, A. (Ed.). *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie: meccanismi di gestione della conflittualità nel mercato virtuale*, Milano: Nyberg, 2005.

PERUGINELLI, G. Le online dispute resolution: un'evoluzione delle alternative dispute resolution". En: ELMI, G. T. (Ed.). *Il processo telematico*, v. 26, n. 1-2, p. 477-498, 2007.

REGLERO CAMPOS, L. F. *Tratado de responsabilidad civil*. 2. ed. Pamplona, 2003.

RIVKIN, J. Online Dispute Resolution: Theory and Practice of the Fourth Party. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 19, n. 1, p. 117-124, 2001.

ROGEL VIDE, C. Mediación y transacción en el Derecho civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 3, p. 545-564, 2009.

RULE, C. *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco. 2002. Disponible: <[www.paypal.com/cgi-bin/webscr?cmd=xpt/User/customerservice/GXOLogin-outside&from=resolution\\_center&toResCtr=true&fileWhat=claim](http://www.paypal.com/cgi-bin/webscr?cmd=xpt/User/customerservice/GXOLogin-outside&from=resolution_center&toResCtr=true&fileWhat=claim)>. Acceso: 02 out. 2010.

SANDER, F. Varieties of dispute processing, the pound conference: perspectives on justice in the future. *Harvard Law School*, 1979.

SANZ PARRILLA, M. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid, 2011.

SCHULTZ, T. An essay on the role of government for odr: theoretical considerations about the future of ODR: En: PROCEEDINGS OF THE UNECE FORUM ON ODR, 2003. Disponible: <<http://www.odr.info/unece2003>>. Acceso: 02 out. 2010.

SILVESTRI, E. Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias. *Jueces para la Democracia*, n. 37, 2000.

SUMMERS RAINES, S. Can Online Mediation Be Transformative? Tales from the Front. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 22, n. 4, 2005.

TEITZ, L. E. Providing legal services for the middle class in cyberspace: the promise and the challenge of on-line dispute resolution. *Fordham Law Review*. *Fordham Law Review*, v. 70, p. 985-1016, 2001.

TYLER, M. C.; BRETHERTON D. Seventy-six and Counting: an analysis of odr sites. En: PROCEEDINGS OF THE UNECE FORUM ON ODR. 2003. Disponible: <<http://www.odr.info/unece2003>>. Acceso: 02 out. 2010.

TYLER, C.; BORNSTEIN, J. Accreditation of on-line dispute resolution practitioners. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 23, n. 3, p. 390-394, 2006.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2010. Disponible: <[http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html)>. Acceso: 02 out. 2010.

UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA. Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR). *Revista de Internet, Derecho y Política de la UOC*. 2013. Disponible: <<http://idp.uoc.edu>>. Acceso: 02 out. 2010.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; FERNÁNDEZ CANALES, C. El actual marco normativo de la mediación electrónica. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, v. 88, n. 731, p. 1451-1480, 2012.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; FERNÁNDEZ CANALES, C. La mediación familiar desarrollada por medios electrónicos. En: VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; FERNÁNDEZ CANALES, C. *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. Comares, 2011.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Justicia Online para el Comercio Electrónico. *Revista de la Contratación Electrónica*, n. 120, p. 3-31, oct./dic. 2012.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EE.UU. En: ANDRÉS, C. A. A.; VALLEJO, S. *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander, 2009.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Las nuevas previsiones de mediación electrónica en España. *VV.AA. en Libro Homenaje a Vicente Montés. Persona, propiedad y empresa*. 2012.

VILALTA, A. E. Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 10, 2010.

VILALTA, A. E. Contratación transnacional y acceso a la justicia. Mecanismos de Resolución Electrónica de Disputas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 732, 2012.



# EN BÚSQUEDA DE MODELOS JURÍDICOS PARA GENERAR INFORMACIONES SOBRE LOS (POSIBLES) RIESGOS ORIGINADOS DE LA ESCALA NANOMÉTRICA<sup>1</sup>

Wilson Engelmann\*

## 1 INTRODUCCIÓN

Está en andamiento la materialización de la Revolución Nanotecnológica. Se trata de la construcción de cosas con características sin precedentes en la escala nanométrica: en la billonésima parte del metro. El término “*nanotecnologías*” señala que el uso de la escala nano permea diversas tecnologías y sectores industriales.<sup>2</sup> Existen dificultades en establecerse un concepto, pues el foco es en el tamaño de las partículas: nanotecnologías involucran investigación y desarrollo tecnológico situado entre 1 y 100 nm (nanómetro). El carácter innovador reside en la posibilidad de crear cosas a un nivel (la escala atómica) desconocido hasta el momento; las propiedades físico-químicas en esta dimensión de grandeza son muy diferentes de aquellas existentes en escalas mayores. No existen marcos normativos específicos. El artículo está anclado en esta justificación, cual sea, la necesidad de

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos nas seguintes atividades acadêmicas: Graduação em Direito, Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito; Programa de Pós-graduação em Direito: Mestrado e Doutorado; Diversos Cursos de Especialização; Mestrado Profissional em Gestão e Negócios; Seminário sobre Legislação Aplicada em Inovação; Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, Caixa postal 275, 93022-000, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; wengelmann@unisinos.br

<sup>1</sup> Adaptado y actualizado a partir del trabajo presentado por el autor en el XXII Congreso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação do Brasil, realizado en San Pablo, entre los días 13 y 16 de noviembre de 2013.

<sup>2</sup> Productos como: protectores solares, calzados, teléfonos móviles, tejidos, cosméticos, automóviles y medicinas, entre otros. También es muy activa en sectores como: energía, agropecuaria, tratamiento y remediación de agua, cerámica y revestimientos, materiales compuestos, plásticos y polímeros, cosméticos, aeroespacial, naval y automotriz, siderurgia, odontológico, textil, cemento y concreto, microelectrónica, diagnóstico y prevención de enfermedades y sistemas para direccionamiento de medicamentos (AGENCIA BRASILEÑA DE DESARROLLO INDUSTRIAL, 2011).

pensar alternativas jurídicas para la recepción en el Derecho de los avances de las nanotecnologías. Y más: es necesario renovar la teoría de las fuentes del Derecho, fomentando la comunicación entre las diversas formas de expresión del jurídico, por medio del “diálogo entre las Fuentes del Derecho”. Con eso, el Derecho estará en condiciones de inserirse en el camino que está siendo abierto por las Ciencias de Producción (más comúnmente conocidas como Ciencias Exactas). El artículo tiene como objetivo traer algunas nociones básicas sobre las nanotecnologías, sus posibilidades y riesgos. Pretende también estudiar el Derecho Natural, a partir del entrelazamiento de las contribuciones de John Finnis, o sea, *las formas básicas del bien humano* (como la dimensión sustantiva del Derecho Natural) – con destaque para la importancia de la razonabilidad práctica – y las *exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica* (como la dimensión metodológica del Derecho Natural) – entre las cuales se distingue el plan de vida coherente y el bien común. Este conjunto de dimensiones busca evidenciar los postulados éticos para justificar las investigaciones, la producción y la comercialización de productos desarrollados con base en la nano escala y la construcción de programas de cumplimiento que puedan auxiliar las empresas que operan en la escala nanométrica a dimensionar y evaluar los riesgos traídos por las nanopartículas en las diversas fases del proceso productivo.

Se busca responder el siguiente problema: bajo cuales condiciones las contribuciones de John Finnis sobre el Derecho Natural podrán proveer los elementos substanciales para la formulación de programas de cumplimientos empresariales adecuados y responsables para lidiar con los posibles riesgos futuros traídos por las nanotecnologías? La razonabilidad práctica conectada al método fenomenológico-hermenéutico (Heidegger y Gadamer) serán los métodos de abordaje.<sup>3</sup> Los métodos de procedimiento que sostienen la construcción del artículo son el histórico, estudio de caso, comparativo y funcional. Las técnicas de investigación empleadas son la investigación bibliográfica y la investigación de textos normativos editados por los diversos organismos internacionales. Estos serán los elementos guías para el

---

<sup>3</sup> Engelmann (2007).



fomento de la perspectiva ética en la construcción de los marcos normativos a las nanotecnologías, a partir de la renovación del modelo de fuentes del Derecho, conectadas entre ellas por medio del diálogo y por la valorización de las contribuciones regulatorias nacionales e internacionales sobre la escala nano.

## **2 LAS NANOTECNOLOGÍAS Y LA GENERACIÓN DE NUEVOS DESAFÍOS – LOS RIESGOS FUTUROS – A LA PRODUCCIÓN DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS**

En el escenario científico y tecnológico que impera en el Siglo XXI – aunque no esté restringido a este marco temporal – toma contornos inusitados. La prospección y la producción del conocimiento ya no bastan, es necesario que ello desemboque, necesariamente, en una proyección de concepción tecnológica. El conocimiento para ser innovador precisará dar origen a un producto que pueda ser rápidamente insertado en el mercado consumidor.<sup>4</sup> Hay constante y creciente búsqueda por la innovación tecnológica promoviendo el surgimiento de nuevos procesos y productos, con el fin de satisfacer las demandas del mercado consumidor. Aliado a este fenómeno, la propia cuestión reguladora precisa ser diseñada en este escenario, para que ella (la regulación) no sea vista como un obstáculo al desarrollo de la innovación.

En función de estos cambios, la ciencia contemporánea es operada con equipos multidisciplinarios, con el objetivo de aproximar la investigación, el desarrollo y la fabricación del producto. A pesar de que aún sea posible divisar una separación entre los dos primeros y el sector industrial. Dentro de este contexto nace la nanotecnociencia, buscando señalar que no existen ciencia y tecnología separadas, pero confirmando una unión muy fuerte concentrada en el mundo nanoescalar. Se destaca que no se busca “[...] describir los procesos de la naturaleza en la nano,

---

<sup>4</sup> En este sentido, trabajo presentado por el autor en el 7<sup>th</sup> International Nanotoxicology Congress, en Antalya, Turquía, entre los días 23 y 26 de abril de 2014 (ENGELMANN, 2014).

pero transformar activamente la naturaleza sobre la cual trabaja.”<sup>5</sup> Vale decir que la nanociencia no se presenta como una ciencia en el sentido tradicional de la palabra, pero como una “ciencia de frontera.”<sup>6</sup> Por lo tanto, si está delante de una “ciencia de frontera”, es importante preguntar: ¿cuál la frontera (ética) de esta ciencia?, ¿cuál la frontera – límite – de esta ciencia de frontera? Parece una pregunta meramente retórica. No obstante, ella se hace extremadamente actual en el caso de las construcciones viabilizadas por los nanoscopios en la nano escala. Todo parece ser posible; todo parece estar autorizado. Además de las mencionadas preguntas, cabe una más: como el Derecho logrará lidiar con esta revolución nanotecnológica? Ahí el punto central de este artículo: buscar alternativas creativas y flexibles para la construcción de respuestas jurídicas, a partir de la valoración de los aportes sobre el Derecho Natural enseñados por Finnis.<sup>7</sup>

Existe una dificultad inicial con respecto a la propia definición de lo que sea nanotecnología, pues su caracterización y campos de aplicación están en rápida evolución. Por eso, surge la necesidad de constantes revisiones. Así, dentro de los límites de este trabajo se utilizará el concepto insertado en la Recomendación de la Comisión Europea de 2011: un nanomaterial es definido como “aquél que presenta partículas naturales, accidentales o fabricadas conteniendo en el estado no-ligado, aglomerado o agregado para lo cual 50% o más de las partículas de distribución por número, o una o más dimensiones externas en un rango de entre 1 y 100 nm.” Más allá, también abre posibilidades para excepciones:

[...] en casos específicos y siempre que se justifique por preocupaciones con el medio ambiente, seguridad, salud o competitividad, el límite de 50% de la distribución de tamaño por número puede ser sustituido por un nivel entre 1 y 50%.<sup>8</sup>

Esta definición de nanomaterial tiene un foco de gran preocupación: la seguridad y la salud de los seres humanos y la manutención del equilibrio ambiental.

---

<sup>5</sup> Maldonado (2007, p. 71).

<sup>6</sup> Maldonado (2007, p. 71).

<sup>7</sup> Sobre este tema: Engelmann (2010, p. 249-265).

<sup>8</sup> European Commission (2011).

A nombre de estos dos fundamentos, deben ser rigurosamente analizadas y evaluadas las variaciones en el tamaño de la composición de los nanomateriales, además de sus características toxicológicas. Como fue dicho, un material que contiene partículas en escala nanométrica puede ser natural: gotitas de agua o sal marino, ceniza de volcán, etc.; el origen puede ser incidental, como aquello que no es natural, pero oriundo de algún proceso de la acción humana, no para la producción de nanopartículas, como la polución de vehículos y humo generados en la producción industrial. Finalmente, la tercera categoría es el nanomaterial fabricado (o ingenierado), como aquél producido por la acción humana.

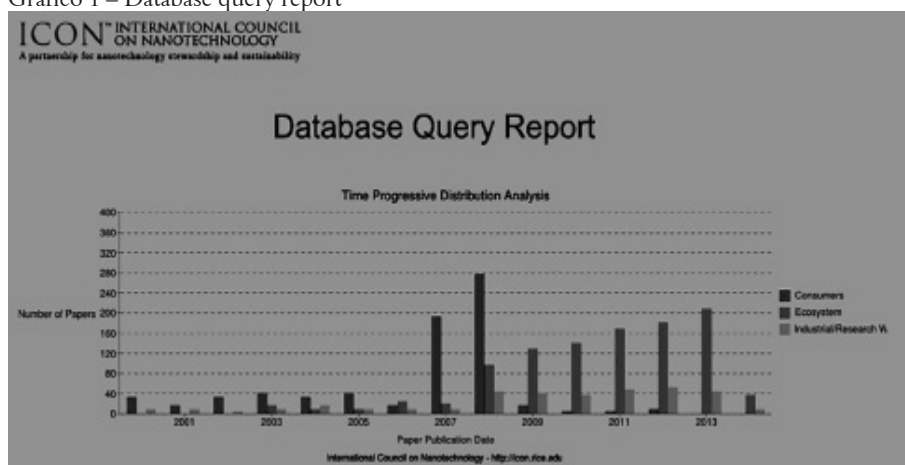
¿Cómo el Derecho podrá participar de la regulación de este “nano mundo”? Una probabilidad pasa por la renovación de sus presupuestos y de su estructuración, con el fin de desarrollar habilidades para construir respuestas nuevas y creativas a los nuevos derechos y retos que ese escenario de innovación traerá a la sociedad.

Para los objetivos de este texto se utilizará la expresión en plural: “nanotecnologías”, pues se trata de un conjunto de diversos sectores y tecnologías que operan en la escala nanométrica. De este concepto, se pueden destacar dos características fundamentales de las nanotecnologías, las cuales las distinguen de las demás tecnologías conocidas hasta el momento: el tamaño es la primera característica. Son partículas ultrafinas, que surgen en la escala de división de un metro por un billón de veces, o sea, la billonésima parte del metro equivalente al nanómetro; la segunda característica es mucho más preocupante, pues las características físico-químicas en esta escala son totalmente diferentes (y muchas aún desconocidas) de aquellas que el mismo material presenta en escalas mayores. Ahí están los dos puntos que merecerán la atención de las investigaciones. De cualquier forma, será necesario dejar firmado que existen dos tipos de partículas en lo que se refiere a su labilidad, o sea, biodegradabilidad: hay un conjunto de nanopartículas que son biodegradables, pero seguras, por lo tanto. No obstante, existe un segundo grupo, donde las nanopartículas son biopersistentes, las cuales exigirán cuidados redobladados.

Considerando el tema de los riesgos de los nanomateriales asociados específicamente a grupos organizados alrededor de los términos clave: “consumido-

res”, “ecosistema”, “trabajador industrial” y “trabajador investigador”, se elaboró una investigación sobre los artículos científicos publicados en la base de datos del *International Council on Nanotechnology* (ICON). Sobre estos términos de búsqueda y los riesgos relacionados, y en el periodo de enero de 2000 a marzo de 2014, se constató las siguientes publicaciones de artículos científicos: riesgos asociados a los consumidores: 728 artículos; riesgos asociados al ecosistema: 1055 artículos; y riesgos asociados al trabajador de la industria y también al investigador: 364 artículos,<sup>9</sup> conforme gráfico siguiente:

Gráfico 1 – Database query report



Fonte: el autor.

En el periodo investigado se verifica un buen número de publicaciones científicas preocupadas en apuntar soluciones o metodologías para reducir los riesgos de los productos que llegan al mercado afectando al consumidor, además de las interacciones y los resultados toxicológicos con el ecosistema. No obstante, con relación al trabajador – sea de la industria o de los laboratorios – se constata que la preocupación de las publicaciones científicas aún tiene mucho espacio para el crecimiento. Estos datos son relevantes y marcan la necesidad de crear mecanismos de

<sup>9</sup> International Council on Nanotechnology (2014).

regulación, buscando la protección de los consumidores, del ecosistema, pero también de los trabajadores. Ya existe un gran conjunto de productos en el mercado consumidor con materiales nanomanufacturados sin cualquier evaluación de seguridad pre-mercado.<sup>10</sup> Lo adecuado sería primero investigar y promover la divulgación de los artículos científicos y, en la secuencia, los productos podrían ser producidos por la industria y, al final, llegar al mercado. En este punto específico está ocurriendo lo contrario. Del mismo modo, se puede cuestionar sobre la oportunidad o adecuación de construirse la regulación estatal – especialmente por medio de una ley – si aún no hay conocimiento científico específico claro y con un margen seguro para responder a los cuestionamientos sobre la seguridad de las nanopartículas. Tal vez, a causa de eso, en el momento, será necesario aplicar límites o presupuestos ético-jurídicos mínimos que no podrán ser olvidados, no dependientes de la actuación del Poder Legislativo. Lo que no significa, más bien, lo alejamiento del Estado, o su omisión frente al desarrollo nanotecnocientífico (considerándose sus beneficios y los riesgos), pero la valoración de otras fuentes del Derecho, como los principios, la creación de estructuras normativas de cumplimiento voluntario – como se verá en este artículo – la valorización de los principios dibujados a partir del gran tema de los Derechos Humanos, entre otras posibilidades.<sup>11</sup> Así, se tendrá un camino para generar informaciones sobre las nanopartículas, sus usos, reconocimiento de los productos, sus características. Aspectos fundamentales para cualquier normalización adecuada y en condiciones de atender a las efectivas necesidades de todos los actores y segmentos involucrados con el tema.

No se debe olvidar que los primeros a ser expuestos a las partículas ultrafinas son los trabajadores. Como ejemplo de la preocupación relacionada con esta exposición, se destacan los trabajos desarrollados por el Centro de Control de Dolencias y Prevención (sigla en inglés: CDC) y por el Instituto Nacional de Salud

---

<sup>10</sup> Project on Emerging Nanotechnologies (2014). En otra base de datos sobre nanotecnologías, se puede encontrar una lista de 56 segmentos de aplicación diferentes, siendo cada uno de ellos dividido en diversos ítems.

<sup>11</sup> Engelmann (2011a).

y Seguridad Ocupacional (sigla en inglés: NIOSH), que se dedican a realizar la evaluación de la exposición y estudio epidemiológico de trabajadores norteamericanos que están expuestos a las más variadas especies de nanopartículas. Las evaluaciones tienen el objetivo de medir los niveles de exposición de los trabajadores, para encontrar los niveles tolerables para la manutención de la salud humana. Estas dos instituciones americanas – CDC y NIOSH – también publicaron un estudio en mayo de 2012 apuntando un conjunto de medidas de gestión y cuidado con los riesgos que las nanopartículas podrán generar.<sup>12</sup>

Sobre la regulación de las nanotecnologías aún existen muchas dudas, dificultades y resistencias. Ellas pueden ser así resumidas: hasta ahora, la industria de la nanotecnología ha resistido a la regulación obligatoria y también a la presentación voluntaria de datos sobre el uso de nanopartículas ingenieradas en sus productos. La industria teme que la regulación comprometa la innovación.<sup>13</sup> Sin embargo, considerando estos aspectos, se nota un serio comprometimiento para el desarrollo de cualquier marco normativo, pues ello debe comenzar con datos e informaciones de productos y estudios científicos sobre los efectos de las nanopartículas ingenieradas sobre la salud humana y el medio ambiente. Para el desarrollo de regulación en este

---

<sup>12</sup> General Safe Practices for Working with Engineered Nanomaterials in Research Laboratories (2012).

<sup>13</sup> Según Sales (2014), coordinadora del *Emerging Tech Project with Friends of the Earth Australia*, a partir de un seminario realizado en OCDE, donde quedó claro que la industria no quiere la regulación, con el objetivo de mantener los productos en el mercado, aunque no esté confirmada su seguridad. Hay un problema sistémico mucho más profundo que influencia la forma como los gobiernos regulan las nuevas tecnologías: estos incluyen la creencia institucionalizada que el progreso social es lo mismo que el avance tecnológico continuo y que la tecnología vuelve posible de alguna forma alcanzar un crecimiento ilimitado. En el caso de Brasil, la desconfianza sobre la regulación fue expresada por el representante de la ABDI, en un debate con el Diputado Federal Sarney Filho, autor de dos proyectos de ley sobre las nanotecnologías: la regulación de los productos oriundos de nanotecnología generó polémica en el día 20 de noviembre de 2013 en debate en la Comisión de Desarrollo Económico, Industria y Comercio de la Cámara de los Diputados. El diputado Sarney Filho (PV-MA) defendió la rotulación obligatoria de esos materiales. Ya la gerente de proyectos de la Agencia Brasileña de Desarrollo Industrial (ABDI), Cleila Guimarães Pimenta, dijo que la medida puede confundir los consumidores. Sarney Filho, en cambio, insiste que los consumidores sean siempre informados al adquirir productos de este tipo. “La nanotecnología es una cosa relativamente nueva en el mundo y nosotros no sabemos hasta qué punto ella puede ser perjudicial a la salud y al medio ambiente”, declaró. Cleila Guimarães Pimenta, por lo demás, recordó que los cosméticos, alimentos y fármacos ya pasan por tests obligatorios para comprobación de eficacia, seguridad y calidad. Según ella, la rotulación no es obligatoria en Estados Unidos y ni en diversos países europeos. “No hay consenso internacional sobre el tema, lo que refuerza la necesidad de nuevos estudios antes de la fijación de una regla”, afirmó (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

escenario innovador, pero desconocido, deberá haber una preocupación fundada en la historia de la humanidad y del Derecho, dibujada a partir de los Derechos Naturales y Humanos, como se verá abajo. Será significativo mirar la tradición de la historia de la humanidad y no generar nuevos eventos de inhumanidad y muertes a nombre de la ciencia. Regular no debe ser sinónimo de limitación o de impedimento del progreso científico y tecnológico. Por el contrario, la construcción de marcos normativos – siempre provisorios y sujetos a la revisión a partir de los avances en las investigaciones – debe ser vista como una medida de protección, o sea, de instalación segura y prudente de los avances generados a partir de la escala nano.

Por eso, el medio para esta regulación tal vez no sea la legislación, pero la movilización de otras fuentes del Derecho, donde se sitúan el reglamento internacional no generado por el Poder Legislativo, dirigido por medio de los programas de cumplimiento, cuidados en escalas o escalones, siempre con el reto más y colectivo de generar datos e informaciones. Es el momento de invertir la producción regulatoria: siempre venía del público para el cumplimiento particular; en adelante, será por medio de las informaciones generadas en los escenarios particulares – las industrias, por ejemplo – y conectadas a la producción normativa de agencias y otros organismos internacionales y nacionales que se producirá una estructura (voluntaria) para el cuidado con el ser humano y el medio ambiente. Por lo tanto, la re significación del Derecho Natural es un camino a ser testado. Se pretende hacerlo a partir del próximo capítulo.

### **3 EL DERECHO NATURAL COMO EL ELEMENTO SUSTANCIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ‘DIÁLOGO ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO’ PARA JURIDICIZAR LOS HECHOS NANOTECNOLÓGICOS**

Finnis considera la posibilidad de la libre elección como una característica importante del ser humano, especialmente en la ejecución de las elecciones de los medios considerados razonable. Otro aspecto que llama la atención es la temporalidad en la medida que las elecciones deben evaluar la “época del comportamiento

que las ejecuta”. Son dos características apropiadas para la comprensión de los programas de cumplimiento.

Para desarrollar su idea sobre el Derecho Natural, John Finnis utiliza la fórmula de las “formas básicas del bien humano”<sup>14</sup> y también “las exigencias de la razonabilidad práctica.”<sup>15</sup> Una línea que parece direccionar la propuesta de John Finnis, y exige el respeto del jurista, se refiere al llamado punto de vista práctico, donde se sitúa la mencionada ejecución razonable y temporalmente localizada. Ahí se ubica el objetivo de la propuesta de este artículo: las informaciones que ya existen sobre las nanotecnologías precisan ser sistematizadas y tratadas, teniendo en cuenta su utilidad práctica para la formulación de marcos normativos. La pretensión regulatoria no es un mal, sino una alternativa importante para conocerse los potenciales de las nanopartículas. Y esto es responsabilidad de todos los involucrados, comenzando por los investigadores, pasando por los fabricantes, trabajadores en general, llegando hasta el consumidor, que necesita saber más detalles sobre los productos que está llevando para consumo y el modo correcto de promover la eliminación de las sobras y de los embalajes, por ejemplo.

Los “temas humanos” siempre estuvieron presentes en la formulación de la propuesta de Finnis, debiendo interesar al Derecho. Ese es el punto de convergencia para la utilización de la propuesta de John Finnis en el diseño estructural de los programas de cumplimiento, como una fórmula inicial de generación regulatoria para lidiar con los nuevos desafíos traídos por las nanotecnologías.

Vale decir: “[...] una teoría del derecho natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual.”<sup>16</sup> Con eso, está justificada la elección del tema que Finnis trabaja y, además de eso, “[...] este autor parte de problemas in-

---

<sup>14</sup> La vida; el conocimiento; el juego; la experiencia estética; la sociabilidad (amistad); la razonabilidad práctica y la religión.

<sup>15</sup> Un plan de vida coherente; sin preferencias arbitrarias por valores; sin preferencias arbitrarias por personas; desprendimiento y compromiso; la relevancia (limitada) de las consecuencias: eficiencia dentro de los límites del sentido común; respeto por cada valor básico en cada acto; los requisitos del sentido común; siguiendo los dictados de la propia consciencia; la moralidad, como un producto de esos requisitos.

<sup>16</sup> Finnis (1980, p. 18).



ternos y muy reales que experimenta la ciencia jurídica contemporánea y hace ver la necesidad metodológica de mantener una teoría iusnaturalista.”<sup>17</sup> A pesar de todos los avances de la actualidad, los principios del Derecho Natural acaban siendo un punto de llegada seguro para la normalización humana, un referencial ético. También destacando la importancia de John Finnis, Pauline C. Westermann enfatizó:

[...] después de muchos, él dijo que el ‘derecho natural’ no es una inarticulada última lucha de llores sobre el positivismo legal, pero una teoría que tiene algo como un problema de obligación, de creación de reglas y la formación de costos, la validez de la ley y la búsqueda de la ley en el Estado Moderno.<sup>18</sup>

La idea desarrollada en *Natural Law and Natural Rights* pretende escapar del contexto metafísico de la mayoría de las propuestas sobre el Derecho Natural, pues ella desvincula su proposición de cualquier concepción de la naturaleza. Ella reivindica: “[...] es la utilidad de los actos humanos que debe ser considerada importante en la construcción de prácticas racionales.”<sup>19</sup> Ese es el punto de partida y de distinción de Finnis con relación a las demás propuestas sobre la existencia de la ley (o del Derecho) natural.

Finnis trabaja con la noción del “práctico”, o sea, aquello que es realizable una preocupación direccionada a la “decisión y a la acción”.<sup>20</sup> Se destaca, con ese aspecto, que la propuesta del autor está vinculada al saber práctico. Vale decir, un saber preocupado con la situación concreta y con la reacción del sujeto involucrado. La razonabilidad práctica es entendida como la “[...] razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar.”<sup>21</sup> La acción del hombre está vinculada, mediante la interferencia de la razonabilidad práctica, a los modos necesarios para el desencadenamiento de la acción. Se verifica con esos contornos conceptuales, que John Finnis absorbe las lecciones de Aristóteles, pues la filosofía práctica, a pesar de su preocupación con la acción, acaba siendo catalogada

<sup>17</sup> García-Huidobro (2000, p. 102).

<sup>18</sup> Westermann (1997, p. 2).

<sup>19</sup> Westermann (1997, p. 250).

<sup>20</sup> Finnis (1980, p. 12).

<sup>21</sup> Finnis (1980, p. 12).

como ciencia, y, por lo tanto, como teoría. Ella tiene el objetivo de posibilitar los medios para la concretización de la acción, que es la propia *phrónesis*. Es en este contexto renovado del Derecho Natural donde se busca inspiración para la organización de planes coherentes – como planes de acción – que busquen asumir compromisos para las actuales y futuras generaciones de los seres vivos sobre la Tierra.

La perspectiva dictada por la razonabilidad práctica estará vinculada y preocupada con la cuestión relativa al tiempo y a la experiencia. Destacándose la importancia del pasado, como un fuerte contribuyente para la construcción de la tradición y de la contextualización de la pre-comprensión, sirviendo como ingrediente (elemento formador para ambas) y su propia configuración final. Es en las enseñanzas de la tradición que se formatean los fundamentos éticos extraídos del Derecho Natural, de John Finnis, para sostener la decisión éticamente más adecuada a la valoración de los bienes humanos básicos.<sup>22</sup>

Se puede decir que la primera tarea de la razonabilidad práctica es mostrar como una acción se vuelve prácticamente inteligible, o sea, razonable. Las motivaciones de la acción serán un indicativo para la verificación de la razonabilidad o no de determinada acción. La segunda tarea de la razonabilidad práctica es dar subsidios para que la elección y la acción no sean criticadas posteriormente de irrazonables, o sea, mostrar a los agentes de cuáles son las condiciones de elección prácticamente significantes, para que el resultado sea razonable. La tercera parte de la configuración de la razonabilidad práctica es justamente identificar un conjunto de bienes humanos básicos y complementarlos con un conjunto de patrones que puedan hacer la acción completamente razonable.<sup>23</sup>

La observación de las exigencias vuelve posible la aproximación de la caracterización del “*phrónimos*” especificado por Aristóteles, o sea, a partir de la razonabilidad práctica se deberá proyectar marcos normativos efectivamente preocupados por respetar el ser humano y el medio ambiente. Las exigencias de método en el

---

<sup>22</sup> Engelmann (2011a).

<sup>23</sup> Murphy (2001, p. 2-3).

raciocinio práctico son importantes para el ser humano, pues justifican su involucramiento en los demás bienes humanos básicos. Esta es la estructura ética-humana para la proyección y el desarrollo de los marcos normativos a las nanotecnologías, donde se posibilite el encuentro del desarrollo científico con el económico, sin prevalencia de ninguno de los dos, pero en igualdad de condiciones de atención y respeto. Ahí un espacio privilegiado para la revitalización del Derecho Natural, formado a partir de la amalgama de luchas y sufrimientos humanos, y su alojamiento como esencia sustancial para la protección de los Derechos (de los) Humanos en la emergencia de la Revolución Nanotecnocientífica.

La riqueza de los elementos integrantes del Derecho Natural así dibujados, permite insertarlos en el contexto del llamado “diálogo entre las Fuentes del Derecho”, donde efectivamente puedan ser alojadas todas las fuentes del Derecho, sean nacionales o internacionales.<sup>24</sup> El conjunto de las normas jurídicas, atadas unas a las otras por medio de la concepción sobre el Derecho Natural, con el auxilio de la construcción realizada por John Finnis, a través de la base argumentativa de la razonabilidad práctica, buscando atribuir los calificativos jurídicos a los nuevos hechos parece ser una alternativa viable.

De esta forma, aprovechándose las perspectivas regulatorias encontradas en las más variadas fuentes del Derecho, incluyéndose las recomendaciones y estudios nanotoxicológicos elaborados por órganos especializados internacionales, como NIOSH y European Agency for Safety and Health at Work – EU-OSHA, entre tantas otras agencias internacionales, deberán ser considerados para la formulación de la respuesta jurídica. Se verifica un claro cambio en el eje de producción regulatoria, ella sale del Poder Legislativo y pasa para actores especializados en salud y seguridad, que son los dos temas centrales en este momento, además de agencias vinculadas al Poder Ejecutivo.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Engelmann (2011, p. 339-363).

<sup>25</sup> Engelmann, Aldrovandi y Berger Filho (2013, p. 115-127).

La producción de las respuestas jurídicas se encuentra atada a un conjunto de procedimientos que son capaces de cumplir esta función. Por cuenta de ese panorama, será imprescindible dilatar el espectro de posibilidades y componentes del significado de “norma jurídica”, posibilitando la construcción de una gobernanza coherente para equilibrar la gestión de la producción de riesgos – vinculados a las decisiones que son o serán tomadas para la continuidad de la implantación de las construcciones por medio de la nanotecnociencia. Se busca demostrar que el foco deberá ser en la calidad, actualidad y agilidad de la respuesta, independientemente de su autor. Por eso, en el escenario de superación de la dicotomía entre el Derecho Público y el Derecho Privado, la esfera privada podrá generar un modelo interesante, aún sujeto a la evaluación de su efectiva calidad, lo cual, aunque sea voluntario, estará sujeto al filtro de los principios y reglas inscritas en la Constitución Federal, para una legitimidad interna; y con respecto del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Declaraciones regionales de Derechos Humanos, como un control de legitimidad externo.

#### **4 UN PLAN DE VIDA COHERENTE COMO MODELO DE “PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO” A LAS DECISIONES JURÍDICAS SOBRE LOS RIESGOS GENERADOS EN LA ESCALA NANOMÉTRICA**

Las diversas novedades traídas por la manipulación en la escala nanométrica exigirán de los mencionados actores una característica preponderante: el ejercicio de la prudencia, de la medida y de la cuidadosa evaluación de las diversas facetas involucradas en la formulación de las respuestas jurídicas. Ellas deberán ser vistas con el manoseo de las características que componen el *phrónimos*:

[...] se piensa que es característico de una persona que tenga *phrónesis* ser capaz de deliberar bien acerca de lo que es bueno y conveniente para sí misma, no con relación a un aspecto particular [...] sino acerca de las especies de cosas que nos llevan a vivir bien de un modo general.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Aristóteles (2001, p. 1140a).

Para que el *phrónimos* pueda alcanzar la realización adecuada, o la mejor posible, de los bienes humanos básicos (aquellos definidos por John Finnis) exigirá el llamado plan de vida razonable que busca alcanzar y atender a las características genéricas de los deseos y necesidades humanas y su ciclo de ocurrencia.

Cada individuo debe tener un conjunto de propósitos y orientaciones, organizados con determinado grado de armonía, con posibilidad de concretización. No se trata de planes imaginarios y sin posibilidad de realización, pero de compromisos efectivos.<sup>27</sup> La vida del ser humano debe estar guiada por un proyecto, basado en las experiencias personales pasadas y presentes, pero mirando hacia el futuro. Vale decir, es irracional que el ser humano apenas piense en lo inmediato, olvidándose de atar cada momento, como un continuo caminar de cada uno en el contexto social.

El referido plan de vida, a pesar de su pensada coherencia, podrá ser objeto de reformas o revisiones, donde se abandonan viejos proyectos y se eligen nuevos. Los bienes humanos están integrados e interaccionan con el plan de vida desarrollado por cada ser humano, justificando, por lo tanto, alteraciones durante su ejecución o a partir del momento en el que un nuevo plan es trazado, especialmente para atender a algún bien humano básico que necesite, en aquél momento, una mayor atención.

El plan de vida razonable implica responsabilidad del ser humano, que deberá ser considerada tanto en el momento de estipular las metas, como en la proyección de los resultados de las acciones desencadenadas. John Finnis contribuye para este escenario de una responsabilidad nanotecnológica:

[...] la afirmación del hecho de que somos sujetos libres y por eso capaces de elegir entre dos o más alternativas prácticas, elección de la cual somos responsables y que tiene un papel fundamental en el hacernos a nosotros mismos, es incompatible con el principio de razón suficiente de Leibniz y con cualquier determinismo contemporáneo. Sin embargo, es un punto clave en la comprensión de la actuación humana.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Finnis (1980, p. 103).

<sup>28</sup> Finnis (2011, p. 420-421).

El ser humano es responsable por las descubiertas y producciones de objetos en la escala nanométrica. Deberá asumir los riesgos recurrentes. Por eso, se pregunta ¿es una nueva responsabilidad? No, en la perspectiva arriba dibujada a partir de John Finnis, pues somos libres y, por eso, capaces de elegir diversas posibilidades sobre los caminos a seguir. Es una cuestión preliminar. A partir de ella, se generan los presupuestos de la responsabilidad civil, que deberá lidiar con el futuro incierto y los riesgos hoy desconocidos. En este escenario, diseñan las cuestiones relacionadas a los riesgos. No obstante, estas características de la responsabilidad civil no caben en los presupuestos de la Teoría del Hecho Jurídico, desarrollada por Pontes de Miranda, y que aún sostienen la construcción y la especificación del jurídico y sus respuestas en el Derecho Brasileño.

Acerca de esa cuestión, emerge un aspecto característico: como las personas no son iguales, los planes elegidos por cada una también sufren variaciones. Esto destaca la personalidad de las elecciones, vinculadas a una serie de contornos individuales, marcados por la llamada experiencia de vida, y que puede ser llamada de pre-comprensión, profundamente influenciada por la tradición donde el sujeto está sumergido. La razonabilidad introducida en ese contexto indica que el plan de vida coherente no está ligado apenas a una concepción individual. Por lo contrario, deberá ser trazado con una mirada hacia el colectivo, de lo cual el individual es parte, mediante la proyección de la concepción aristotélica de *phrónimos*.

El plan de vida coherente, diseñado a partir de la tradición, y teniendo en cuenta los contornos presentados por el mundo de la vida, sugiere un modelo de acción, para orientar la toma de decisiones sobre los posibles riesgos traídos por la Revolución Nanotecnocientífica. A causa de eso, la formulación de un plan de vida coherente para el grupo social deberá ser agregado a otra exigencia básica de la razonabilidad práctica, que John Finnis denomina de bien común, justamente para reforzar la necesidad de planes coherentes para la vida del ser humano en la sociedad, donde se conjugue el individual con el colectivo, el público con el privado, sin la primacía, inicial, de ninguno de ellos. El bien común

[...] se refiere al factor o conjunto de factores que, presentes como consideraciones en el raciocinio práctico de una persona, darían un sentido a, o una razón para, su colaboración con otros y darían a sí mismo, desde el punto de vista de los otros, una razón para su colaboración entre ellos mismos y con esa persona.<sup>29</sup>

El bien común representa iniciativas que aspiran al bienestar personal individual y colectivo, o sea, buscan la concretización y el respeto por los bienes humanos básicos:

[...] lo que la referencia a los derechos aporta en esta estructura es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término ‘bien común’, es decir, que el bienestar de todos y de cada uno, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo momento por los responsables en coordinar la vida común.<sup>30</sup>

Es importante resaltar que cada uno de los bienes humanos básicos puede ser considerado como una parte de la construcción del “bien común”, en la medida que admiten la participación de un incontable número de personas, en las más variadas formas de posibilidades u ocasiones. Además de eso, hay otra concepción de bien común que acompaña la teoría propuesta por John Finnis: un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad.<sup>31</sup> Por cuenta de ese punto de vista, las destacadas ideas de Finnis se alinean con la formulación de programas de cumplimiento para que los actores relacionados a las nanotecnologías, especialmente, las industrias, puedan valerse de actitudes anticipatorias de precaución para formatear elementos responsables para la gestión de los eventuales riesgos traídos con las investigaciones y el desarrollo de productos a partir de la escala nano. Más allá, con su conexión con el “bien común”, los programas de cumplimiento conseguirán mediar la eventual

---

<sup>29</sup> Finnis (1980, p. 154).

<sup>30</sup> Finnis (1980, p. 214).

<sup>31</sup> Finnis (1980, p. 155).

tensión que pueda instalarse en el público y el privado. De esta forma, el privado no prevalece sobre el público y ni al revés.

Con tales características, la propuesta de los programas de cumplimiento podrá ser relacionada con la noción de “ciudadanía empresarial”, como una característica de las empresas que promueven una cultura de fidelidad del Derecho, mediante el desarrollo de programas de cumplimiento.<sup>32</sup> Es decir, las características del plan de vida coherente – sea individual o colectivo – servirán para que las empresas serias y comprometidas con el respeto por el ser humano y la preservación del medio organicen su estructura interna y externa de gestión para cumplir las normas jurídicas, aunque no provengan del Poder Legislativo del Estado. Esta postura empresarial se muestra necesaria, pues según datos recientes de PINTEC/IBGE se verifica que, en Brasil, 1.132 empresas declararon haber realizado, en el período entre 2009 y 2011, alguna actividad relacionada al uso, producción y P&D en nanotecnología. Este dato, aunque desactualizado, pero el único disponible en este momento, destaca que la escala nano ya se extendió por empresas de los más variados segmentos, como, por ejemplo: fabricación de productos alimenticios, bebidas, productos del cigarro, textiles, de madera, papel, embalajes y artefactos de papel, resinas y elastómeros, fibras artificiales y sintéticas, defensivos agrícolas, desinfectantes, productos sanitarios domésticos, de jabones, detergentes, productos de limpieza, cosméticos, productos de perfumería e higiene personal, tintas, barnices, productos farmacéuticos, productos de metal, equipamientos de informática, productos electrónicos y ópticos.<sup>33</sup>

El cuidado empresarial se justifica por el aumento progresivo de la utilización de materiales innovadores, o sea, nanomateriales, provocando un promisor factor de aceleración de la competencia empresarial. Sin embargo, la misma proporción, por ejemplo, ocurre la exposición de los trabajadores, potencialmente sujetos en cada etapa del ciclo de vida del material, desde la investigación desarrollo hasta la producción, a la eliminación y tratamiento de residuos. Según datos publi-

---

<sup>32</sup> Gómez-Jara Díez (2013).

<sup>33</sup> IBGE (2011).



cados por *European Agency for Safety and Health at Work* – EU-OSHA “la laguna de conocimiento entre el progreso tecnológico y la investigación sobre nano seguridad es evaluada en 20 años, habiendo gran probabilidad de este espacio aumentar gradualmente.” Por cuenta de eso, el conocimiento de los nanomateriales en el ambiente de trabajo deberá ser rápidamente incrementado. Surge la importancia de la gestión de riesgo – uno de los ingredientes de los programas de cumplimiento que no podrá ser descuidado. Paralelamente, el principio de la precaución debe ser aplicado a los métodos de evaluación de la exposición desarrollados para estimar los riesgos correspondientes. Según este estudio de EU-OSHA “existe evidencia de que algunas partículas nanométricas son tóxicas, siendo su toxicidad inversamente proporcional a su diámetro”. Más allá, será preciso implementar y validar la evaluación de riesgo y gestión en nivel internacional.<sup>34</sup>

Es por cuenta de estos “espacios vacíos” existentes alrededor del surgimiento de las nanotecnologías que gana fuerza la necesidad de adoptarse conductas corporativas denominadas como el “buen ciudadano corporativo (Good Corporate Citizen/Good Citizen Corporation)”. Este tema está siendo incorporado en la discusión europea actual, proveniente de Estados Unidos, debiendo ser evaluado por el empresariado brasileño y, especialmente, por la doctrina ligada al Derecho Empresarial. “Una aproximación adecuada a la nueva posición de las organizaciones empresariales en el contexto social exige un acoplamiento armónico de la perspectiva individual y de la perspectiva organizativa.”<sup>35</sup> Aunque esta propuesta de cumplimiento o modelos de responsabilidad jurídica originaria de la empresa haya sido gestada en la esfera del Derecho Penal Empresarial, ella servirá para estructurar los programas de cumplimiento empresarial, por medio de la línea traída por John Finnis, para la continuidad del desarrollo a partir de las nanotecnologías.

Es necesario anticipar – criterio del principio de la precaución – el cuidado con el fomento de la innovación acompañada de riesgos muchos de los cuales aún

<sup>34</sup> European Agency for Safety and Health at Work (2013).

<sup>35</sup> Gómez-Jara Díez (2010).

desconocidos. Por los aspectos vistos, la mejor actitud no es aguardar la ocurrencia de un desastre y ni, mucho menos, el surgimiento de una ley a partir de la iniciativa del Poder Legislativo. El momento exige otras conductas que puedan suavizar en el presente-futuro la caracterización de la responsabilidad civil, penal y ambiental. Este debe ser uno de los objetivos de las empresas innovadoras de nanotecnología: elaborar planes de vida que sean coherentes con la manutención saludable del ser humano y con la preservación ambiental. Con eso, será generada la información sobre los probables efectos de las nanotecnologías, que aún existe en escala muy reducida, dificultando cualquier iniciativa para la gestión de los riesgos.

Como las nanotecnologías presentan nuevas características físico-químicas, serán generados riesgos desconocidos hasta el momento. Por eso, la gran cuestión es conocer las nanos – sea con relación a los efectos positivos, sea en lo que se refiere a los efectos negativos. En este escenario, así, será imposible asegurarse seguridad y el paradigma del riesgo deberá ser revisado. Como se desconocen los efectos a la exposición de nanopartículas por parte del trabajador y del propio consumidor, la responsabilidad deberá ser redoblada y proyectada hacia el futuro, cambiándose su foco que, hasta el momento, siempre fue hacia el pasado: resarcir el daño que ocurrió. En el caso de las nanotecnologías, aún no hay daños, y nadie sabe si ellos efectivamente existirán. No obstante, eso no autoriza nadie a ignorarlos, considerando que ellos podrán surgir a largo plazo. Ahí ingresan los programas de cumplimiento, como un modelo de plan coherente y responsable para lidiarse con el nuevo y el desconocido.

## **5 CONCLUSIÓN**

La ley siempre fue una especie de puerto seguro, adonde la sociedad iba para buscar respuestas de las más variadas perspectivas. Sin embargo, a partir del momento en el que la materia prima para la elaboración de una ley no puede más ser delimitada con facilidad, con cambios graduales y ágiles de sus reflejos, la ley ya no sirve para dar respuestas a la mayoría de las cuestiones levantadas por el grupo

social. Las nanotecnologías son una de estas producciones del ser humano que están en este escenario. A partir de ellas, se percibe la necesidad de visitar un tema de la Teoría General del Derecho y con interfaces con la Filosofía del Derecho, que es la Teoría de las Fuentes del Derecho. Durante mucho tiempo, y hasta el actual momento, se verificaba en ella una significativa expresión de la legislación. En adelante, y especialmente con los avances de la nanotecnociencia, ha llegado el momento de una visualización más amplia de las fuentes del Derecho, abriéndolas para renovados formatos de producción del jurídico, dándose lugar a la regulación. Esta, puede no ser producida por el Estado, notablemente por el Poder Legislativo.

Como se verificó en este trabajo, una de las alternativas para este cambio es valorizar y, por qué no, responsabilizar las empresas en la formulación de alternativas regulatorias, con el fin de crear la base para la innovación nanotecnológica que producen. Con la ausencia del marco regulatorio nanoespecífico, es preciso conjugar, promover el diálogo entre las fuentes existentes del Derecho, construyendo respuestas jurídicas adecuadas para este momento. No se busca cualquier respuesta, pero un retorno que tenga condiciones de atender determinados presupuestos éticos. Ellos son encontrados, por lo menos en este momento y de forma muy provisoria, en las contribuciones de John Finnis, cuando diseña los presupuestos de un plan de vida coherente.

El problema formulado en la Introducción podrá ser así solucionado: los programas de cumplimiento, inspirándose en las características de los bienes humanos básicos y en las exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica, a partir de John Finnis, están apoyados en el modelo del “plan de vida coherente”, que no son definitivos y no sirven para todos los casos o situaciones, sino siempre precarios y sujetos a la revisión y reformulación, dependiendo de los contornos del caso concreto para el cual deberán sostener la decisión. La figura del “buen ciudadano corporativo” será aquél que se inspira en el *phrónimos* aristotélico: las decisiones que toma no tienen en cuenta su propio bienestar, pero de aquellos sobre los cuales ejerce un liderazgo o responsabilidad. Esta es la clave que podrá responder a algunas de las críticas relativas a la autorregulación, que estaría fundada en un foco eminente-

temente particular. El *phrónimos* hará la simbiosis entre el público y el privado, pues su respuesta, basada en las posibilidades de los programas de cumplimiento, tiene como objetivo el bienestar del ser humano y la buena preservación del medio ambiente, atravesado por los controles de legitimidad internos – principios y reglas de la Constitución de cada estado – y los externos, representados por el respeto por los Derechos Humanos.

Con esto, se muestra que el Estado deberá estar presente en el acompañamiento de la instalación segura de las nanotecnologías. Aunque se parta del ejemplo de producción privada de las normas jurídicas a ser implementadas especialmente por el sector industrial, el Estado continúa teniendo su cuota de responsabilidad por todos los caminos existentes en el ordenamiento jurídico, debiendo intervenir cuando necesario para proteger la salud humana y la preservación del medio ambiente. Se defendió que tal vez aún no sea el momento del Poder Legislativo editar la legislación, dada la insipiencia de conocimientos científicos sobre las nanopartículas – como una metodología para medir los efectos nanotoxicológicos y un inventario sobre el número de nanopartículas ya generadas por la interferencia de la acción humana. Por cuenta de eso, el desarrollo de programas de cumplimiento servirá para la generación de informaciones sobre el comportamiento de las nanopartículas desde su estado bruto – en materia prima – hasta las diversas fases de su utilización en el proceso productivo industrial, pasando por la etapa del consumo y de la eliminación de embalajes, por ejemplo. Los programas de cumplimiento podrán ser basados en la legislación aplicable a cada sector involucrado, aunque no directamente vinculado a las nanotecnologías, como: la legislación sobre la salud y seguridad del trabajador; la legislación ambiental (incluyendo el medio ambiente del trabajo); la legislación penal; la legislación sobre la responsabilidad civil, notablemente por los riesgos del desarrollo, para citarse apenas algunas de ellas. Además de la legislación, se deberán incluir también las decisiones judiciales ya producidas por el Poder Judicial en cada una de estas áreas. A partir de los modelos que serán extraídos de estas fuentes de Derecho, se tomará todos los cuidados exigidos por el Derecho, en este momento, a la utilización de escala próxima a la nanométrica. Los registros de las

ocurrencias en cada etapa del ciclo de vida del nanomaterial serán preciosos para el desarrollo de marcos normativos – sean legales o de otras fuentes. Esta es la llamada postura del “buen ciudadano empresarial”, que actúa como el *phrónimos* aristotélico: no se pretende negar la obtención del lucro y la búsqueda de la innovación, pero se deberá construir la base de la llamada función social de la empresa. Ella representa actualmente, especialmente en el derecho brasileño, un ejemplo donde los intereses privado y público caminarán en conjunto, responsabilizándose por el efectivo progreso de la investigación y del desarrollo de la sociedad donde actúa. Se busca un nuevo modelo de regulación: no prohibitiva, pero de fomento de la responsabilidad solidaria de todos los actores involucrados – desde los científicos, pasando por los empresarios, hasta llegar a los consumidores – en la construcción de una sociedad justa y solidaria, en los términos definidos por la Constitución de Brasil.

## REFERENCIAS

AGENCIA BRASILEÑA DE DESARROLLO INDUSTRIAL. *Nanotecnologías: subsidios para la problemática del riesgo y de la regulación*. Brasília, DF: ABDI, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 4. ed. Brasília, DF: UnB, 2001.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Deputado e gerente da ABDI discordam sobre alerta de uso de nanotecnologia*. Brasília, DF, 20 nov. 2013. Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/INDUSTRIA-E-COMERCIO/457489-DEPUTADO-E-GERENTE-DA-ABDI-DISCORDAM-SOBRE-ALERTA-DE-USO-DE-NANOTECNOLOGIA.html>>. Acceso en: 06 ago. 2014.

GENERAL SAFE PRACTICES FOR WORKING WITH ENGINEERED NANOMATERIALS IN RESEARCH LABORATORIES. 2012. Disponible en: <<http://www.cdc.gov/niosh/docs/2012-147/pdfs/2012-147.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2014.

ENGELMANN, W. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGELMANN, W. Law and the new challenges brought by nanotoxicology: regulatory possibilities based on Brazilian Law. In: INTERNATIONAL NANOTOXICOLOGY CONGRESS, 7., 2014, Antalya. *Anales...* Antalya, 2014.

ENGELMANN, W. *Nanotechnology, Law and Innovation*. Germany: Academic Publishing, 2011a.

ENGELMANN, W. A Nanotecnociência como uma Revolução Científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na Ciência. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 6, p. 249-265, 2010.

ENGELMANN, W. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando 'riscos' com o 'direito à informação' por meio do alargamento da noção de 'suporte fático'. In: CALLEGARI, A. L.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 8, p. 339-363, 2011b.

ENGELMANN, W.; ALDROVANDI, A.; BERGER FILHO, A. G. Perspectivas para a regulação das nanotecnologias aplicadas a alimentos e biocombustíveis. *Revista Vigilância Sanitária em Debate*, v. 1, n. 4, p. 115-127, 2013.

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK. *Priorities for occupational safety and health research in Europe: 2013-2020*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. *Official Journal of the European Union*. 2011. Disponível em: <[http://www.fsai.ie/uploadedFiles/Legislation/Food\\_Legislation\\_Links/Novel\\_Foods\\_And\\_Ingredients/Recomm2011\\_696.pdf](http://www.fsai.ie/uploadedFiles/Legislation/Food_Legislation_Links/Novel_Foods_And_Ingredients/Recomm2011_696.pdf)>. Acesso: 03 Ago. 2014.

FINNIS, J. M. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

FINNIS, J. M. *Natural Law and Natural Rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GARCÍA-HUIDOBRO, J. Retórica de las teorías Iusnaturalistas: reseña de algunos argumentos. In: CABANILLAS, R. R. B. (Coord.). *Las Razones del Derecho Natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e o Dano Ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei n. 9.605/98*. Traducción Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Presentación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Ed.). *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas: propuestas globales contemporáneas*. Lima: ARA Editores, 2010.

IBGE. *Pesquisa de Inovação 2011*. Rio de Janeiro, 2013. Disponible en: <<http://www.pintec.ibge.gov.br/downloads/pintec2011%20publicacao%20completa.pdf>>. Acceso: 06 ago. 2014.

INTERNATIONAL COUNCIL ON NANOTECHNOLOGY. 2014. *Database Query Report*. Disponible en: <<https://icon.rice.edu/details.cfm>>. Acceso: 03 ago. 2014.

MALDONADO, C. E. Filosofía de la Ciencia y Nanotecnociencia. In: GALLO, J. G.; GONZÁLEZ, E.; BAQUERO-GÓMEZ, F. (Ed.). *Nanotecnociencia: nociones preliminares sobre el universo nanoscópico*. Bogotá: Ediciones Buinaima, 2007.

MURPHY, M. C. *Natural Law and Practical Rationality*. New York: Cambridge University Press, 2001.

PROJECT DANA. 2014. Disponible en: <<http://iai-dana.iai.fzk.de/en/nanoinfo/knowledge-base#anwendung=anwendung/24>>. Acceso: 06 ago. 2014.

PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES. 2014. Disponible en: <<http://www.nanotechproject.org/inventories/>>. Acceso: 06 ago. 2014.

SALES, L. *Corporate influence over nanotechnology regulation. 2014*. Disponible en: <<http://emergingtech.foe.org.au/corporate-influence-over-nanotechnology-regulation/>>. Acceso: 06 ago. 2014.

WESTERMANN, P. C. *The disintegration of natural law theory: Aquinas to Finnis*.  
New York: Leiden, 1997.



# O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM SERES HUMANOS<sup>1</sup>

Janaína Reckziegel\*

Maria Cristina Cereser Pezzella\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Os medos e as dúvidas pelos avanços científicos ainda preocupam os homens. É inegável o que a ciência já proporcionou de avanços à humanidade. Os novos conhecimentos e as novas tecnologias prometem fazer ainda mais. É por isso que o progresso da ciência tem se tornado a grande esperança da humanidade. No entanto, ao mesmo tempo que os avanços da medicina, por meio de suas promessas/possibilidades, mexem com o imaginário humano, tocando na ferida da morte e da dor, revelam o medo e a incerteza: será a busca pelo conhecimento um fim em si mesmo, terá de ter limites, será que as consequências previsíveis são compensadas pelas recompensas possíveis?

A sociedade evoluiu e, com ela, ocorreram mudanças sociais em vários aspectos, como ideologias, valores, crenças, culturas, medicina dentro da sociedade tecnocientífica, como, por exemplo, reprodução humana assistida, manipulação genética, intervenções científicas em embriões humanos, entre outros, os quais trazem

---

\* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Público; Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unidade de Chapecó; Advogada; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; janainar@desbrava.com.br

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professora da Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenadora Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado “Direitos Fundamentais Civis: a ampliação dos Direitos Subjetivos”; Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC) e Supervisora da Secretaria da Educação Superior (Sesu/MEC); Advogada; crispezzella@uol.com.br

<sup>1</sup> O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis e Sociais do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

complexos desafios para os seres humanos que não são fáceis de serem resolvidos, mas que necessitam de soluções.

A Segunda Guerra Mundial foi um marco importante nas experiências realizadas com seres humanos, pois a partir dela é que a sociedade ocidental sentiu um impacto maior dentro da sociedade científica, trazendo repercussão até os dias atuais na área médica, farmacológica e tecnocientífica, mas, apesar dos benefícios que trouxeram para a humanidade, essas experiências sempre perpassaram por questões éticas, pois elas não devem violar os direitos humanos fundamentais em nome da evolução da Ciência.

Abordar-se-á o assunto em três seções: em um primeiro momento, faz-se o resgate histórico e jurídico reportando-se à Segunda Guerra Mundial, por ser fundamental à introdução do tema de pesquisa. Após, passa-se à análise da sociedade tecnocientífica, reportando-se ao seu desenvolvimento dentro dos meios científicos e sociais frente ao desejo humano de saúde perfeita e, conseqüentemente, da imortalidade. E na terceira parte, buscar-se-á estudar as expectativas, os benefícios e os riscos trazidos pela sociedade tecnocientífica, fazendo-se necessário que haja imposição de limites a essa moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas é alcançado somente se estiver atento à dignidade humana.

## **2 A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL SOB A ÓTICA DAS PESQUISAS MÉDICAS ENVOLVENDO SERES HUMANOS**

A história afirma que as pesquisas com seres humanos foram benéficas para a evolução da sociedade, e podem-se encontrar registros desde os experimentos de Galileu (1564-1642) na Ciência Moderna e sua afirmação por Francis Bacon (1561-1626), pois promoviam o conhecimento e atuavam de forma eticamente neutra, importando apenas valores morais relacionados às suas práticas corretas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Kottow (2008).

Afirma Max Weber (1864-1920) que a ciência tem como encargo social solucionar determinados problemas para serem aplicados segundo as prioridades da própria sociedade, e que se deve afastar o método científico propriamente dito de qualquer influência subjetiva, para que as pesquisas possam ser realizadas de forma moralmente neutra, sem distorções.<sup>3</sup>

Apesar dos benefícios que as experiências científicas trazem para a Humanidade, elas sempre perpassaram por questões éticas, pois é necessário observar as consequências suportadas pela Humanidade delimitando o presente artigo na sociedade ocidental, no período do pós II Guerra Mundial, que despertou a necessidade de rever os limites dessas experiências na sociedade científica.

Nas experiências realizadas com seres humanos, a Segunda Guerra Mundial foi um marco importante, pois a partir dela é que a sociedade ocidental sentiu um impacto maior dentro da sociedade científica, trazendo repercussão até os dias atuais na área médica, farmacológica e tecnocientífica.

Na Segunda Guerra Mundial ocorreu o maior marco histórico de que se tem registro do uso de seres humanos em pesquisas médicas, quando milhares de pessoas presas em campos de concentração nazistas foram submetidas a cruéis formas de estudo, sendo tratadas como objetos sem valor intrínseco, como se tivessem perdido a qualidade inerente que as tornava integrantes da espécie humana.<sup>4</sup>

Pelo fato da exploração de pessoas internas nos campos de concentração nazista como “cobaias humanas” pelos cientistas, estes acabaram sendo julgados e considerados culpados não apenas por desrespeito às normas éticas da experiência médica com seres humanos, mas por se envolverem na imposição de sádicos danos sem qualquer propósito científico possível em vista. As atividades tinham ligação com o movimento de higiene racial nazista. A operação “eutanásia”, o trabalho escravo e a própria “solução final” tinham por objeto pessoas que eram enfatizadas como possuidores de vidas sem valor: judeus, ciganos, retardados, homossexuais, os

---

<sup>3</sup> Kottow (2008).

<sup>4</sup> Arendt (2005, p. 58).

que sofriam de doenças incuráveis, entre outros que eram sacrificados no interesse da “pureza”, ou para ajudar a saúde e a segurança das tropas alemãs em serviço ativo. Existiam grupos dentro do mundo médico nazista que submetiam internos de campos de concentração a formas de pesquisa “médica”, sem consentimento nem consideração ao sofrimento e ao risco de morte, em nome da ciência, as quais, ao contrário, acabavam por ser a inversão depravada desta.<sup>5</sup>

Reporta-se, desta em especial, aos campos de concentração nazistas de Dachau com as pesquisas conduzidas sob a liderança do Dr. Sigmund Rascher, capitão do Serviço Médico Luftwaffe, e no Campo de Auschwitz, com testes perpetrados pelo médico Joseph Mengele e Dr. Eduard Wirths. Cerca de 350 médicos qualificados (incluindo professores universitários) envolveram-se em experiências nos campos de concentração, o que representava um em cada 300 membros da comunidade médica alemã.<sup>6</sup>

Entre as diversas práticas adotadas, destaca-se, no campo de concentração de Dachau (Sul da Alemanha), em 1942, uma que consistia em colocar prisioneiros despidos em temperaturas abaixo de zero, obrigando as vítimas a ficar de pé ou deitadas, nuas, ao ar livre, no auge do inverno, de nove a quatorze horas. Algumas foram obrigadas a ficar em um tanque de água gelada até três horas, às vezes mais, e depois os reaqueciam. Os órgãos das pessoas que morriam eram retirados e enviados para o Instituto de Patologia de Munique.<sup>7</sup> Após, os corpos eram degelados para que fossem utilizados em técnicas experimentais com finalidades militares.<sup>8</sup>

Também no campo de concentração em Dachau, registra-se outra experiência sobre métodos para tornar potável a água do mar e utilizavam “cobaias humanas”, que eram obrigadas a bebê-la. As vítimas foram divididas em quatro grupos; o primeiro não recebeu água alguma; do segundo exigiu-se que bebesse apenas água do mar comum; do terceiro, que bebesse água do mar processada pelo método

---

<sup>5</sup> Cornwell (2003, p. 311).

<sup>6</sup> Mitscherlich e Mielke (1962, p. 17).

<sup>7</sup> Cornwell (2003, p. 312-313).

<sup>8</sup> Bogod (2004, p. 1155).

“Berka”, que disfarçava o gosto da água salgada, mas deixava-a igualmente salina; e o quarto grupo bebeu água do mar dessalinizada por um método que empregava uma substância chamada “Wofatit”. Esses testes foram feitos no outono de 1944 e as vítimas suportaram terríveis agonias, segundo o relato de um enfermeiro que foi testemunha ocular e afirmou que esses pacientes chegavam a lambem a água despejada no chão para lavá-lo, sendo os mesmos pesados todos os dias, quando constatava-se a perda de peso diária em até um quilo.<sup>9</sup>

O campo de concentração de Auschwitz, em 1943, tornou-se o local de morte, pois até 10 mil prisioneiros chegavam de trem todos os dias. As vítimas eram mortas em câmaras de gás lacradas, com o Zyklon B, um veneno de cianeto de hidrogênio. Após, os corpos eram queimados em crematórios com capacidade para destruir cerca de cinco mil corpos por dia, frente ao movimento pela Higiene Racial, pois pretendiam limpar a Europa de judeus, comunistas, ciganos, homossexuais, doentes mentais, entre outros, e obter apenas uma raça pura, sem miscigenação, a “raça ariana”, representada pela pureza racial alemã.<sup>10</sup>

Também na Segunda Guerra Mundial, outros relatos demonstram que prisioneiros raciais, políticos e militares eram colocados à disposição dos médicos para todos e quaisquer tipos de experimentações (com gêmeos, malária, gás mostarda, esterilização, venenos, bombas incendiárias, altas altitudes, entre outras).<sup>11</sup>

Os “cientistas”, tanto por pressões do próprio regime quanto por programas que eles próprios haviam iniciado, agiam baseados na suspensão de grande parte das leis civis e criminais em toda a Alemanha, sabendo que poderiam executar essas práticas de forma impune.<sup>12</sup>

Ao término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, e em relação aos horrores praticados com os seres humanos, instaurou-se o Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg, com a finalidade de julgar os crimes contra a humanidade cometidos

---

<sup>9</sup> Cornwell (2003, p. 314-315).

<sup>10</sup> Cornwell (2003, p. 317-318).

<sup>11</sup> Harvard Law Library (2003).

<sup>12</sup> Müller-Hill (1988, p. 21).

nos campos de concentração nazistas. Os médicos envolvidos nessas pesquisas foram condenados à prisão e à pena de morte pelo Tribunal. Na ocasião, fora elaborado um documento chamado Código de Nuremberg, por médicos das forças armadas americanas para servir de subsídio aos juízes desse Tribunal.<sup>13</sup> Esse documento foi o primeiro marco ético de limite às pesquisas médicas com seres humanos. O Código de Nuremberg possui validade internacional por tratar oficialmente do consentimento para a pesquisa, estabelecendo dez princípios definidores de legitimidade desses experimentos, entre os quais se destacam: as normas do consentimento informado e da ilegalidade da coerção, regulamentação científica e a beneficência como um dos fatores justificáveis sobre os participantes dos experimentos.<sup>14</sup>

O Código de Nuremberg foi o primeiro a suscitar uma conscientização acerca dos perigos com os progressos advindos da ciência, trazendo como um dos pontos importantes as referências éticas da autonomia, e tornando obrigatório o consentimento do sujeito na pesquisa.<sup>15</sup>

Observa-se, no século XX, um período histórico, que se notabiliza pela proliferação de legislações nacionais e tratados internacionais nas áreas civil, política, econômica, cultural, entre outras,<sup>16</sup> que buscaram positivar e ressaltar a necessidade do respeito aos direitos individuais. Contudo, foi também o século em que, paradoxalmente, a humanidade sofreu as mais horrendas violações.<sup>17</sup>

Apesar de todo esse desrespeito que ocorreu com os seres humanos nos Campos de Concentração Nazista, não se pode negar que essas pesquisas têm trazido significativas vantagens para a humanidade até os dias atuais, como a prevenção do escorbuto, a vacina contra a varíola e a raiva, a descoberta da insulina, os estudos sobre febre amarela e dengue, as pesquisas em anestesiologia, entre outras, mas deve-se esclarecer que as pesquisas com seres humanos não devem violar os direitos humanos fundamentais em nome da evolução da ciência dentro da sociedade tecnocientífica.

---

<sup>13</sup> Arendt (2004, p. 100-101).

<sup>14</sup> The United States Holocaust Memorial Museum (2011).

<sup>15</sup> Durand (2007, p. 40).

<sup>16</sup> Barreto (2003, p. 343).

<sup>17</sup> Hobsbawm (2006, p. 56-60).

### 3 O DESEJO HUMANO DA IMORTALIDADE E A SOCIEDADE TECNO-CIENTÍFICA

Cita-se como um exemplo do desejo humano o retratado na obra *Admirável Mundo Novo* por Aldous Huxley, publicado em 1932, que conta a história de uma sociedade em que todos os indivíduos são geneticamente modificados, livrando-os de doenças e problemas crônicos, gozando de uma saúde perfeita, narrando também os problemas disso derivados. De acordo com Huxley<sup>18</sup> “[...] o admirável mundo novo não é o avanço da ciência em si; é esse avanço na medida em que afeta os seres humanos”, ou seja, o recorrente sonho da saúde perfeita.

Refere-se Huxley<sup>19</sup> a assuntos que atualmente chamamos de Tecnologia da Informação e de grande revolução tecnológica que estava prestes a ocorrer, a da Biotecnologia, como a fertilização *in vitro*, as mães de aluguel, as drogas psicotrópicas e a engenharia genética para a manufatura de crianças, que se encontram nos dias atuais ou assomam no horizonte. Mas essa revolução apenas começou: a avalanche diária de anúncios de novos avanços da tecnologia biomédica e façanhas como a conclusão do projeto genoma humano no ano 2000 pressagia que mudanças muito mais sérias estão por vir.<sup>20</sup>

A tecnologia médica propõe um pacto diabólico em muitos casos, como a vida mais longa, mas com capacidade mental reduzida; a libertação da depressão, junto à perda da criatividade do espírito, terapias que adentram a esfera do que conseguimos por nós mesmos e o que conseguimos graças aos níveis de várias substâncias químicas no nosso cérebro; a ameaça mais relevante suscitada pela biotecnologia contemporânea é a possibilidade de ela vir a alterar a natureza humana e, desse modo, transferir-nos para um estágio “pós-humano”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Huxley (1932, p. 25).

<sup>19</sup> Huxley (1932).

<sup>20</sup> Fukuyama (2003, p. 17-18).

<sup>21</sup> Fukuyama (2003, p. 20-22).

Para melhor compreender a sociedade tecnocientífica e como ela se desenvolveu, torna-se necessário estudar o seu surgimento e desenvolvimento dentro dos meios científicos e sociais, pois a ciência e a tecnologia são temas que interessam a todos os indivíduos, cientistas ou não, visando compor o cotidiano humano.

A ciência passou a ser considerada absolutamente central a partir da década de 1980 para a estratégia política e econômica dos Estados, e foi intensificada a ligação entre ciência, tecnologia e indústria.<sup>22</sup>

A tecnociência trata-se de um termo utilizado para designar uma interação entre a ciência, a tecnologia e o industrialismo contemporâneo. A questão atinente à interação dessas áreas com o campo ético explicita a preocupação de Hans Jonas, ao declarar que o comprometimento do conhecimento e da técnica contemporânea com o progresso material retira da técnica a neutralidade da ética tradicional.<sup>23</sup>

A ciência é um elemento entre os vários que constituem as atividades de pesquisa; toda a pesquisa contemporânea se produz em um vai e vem entre o conceito e a aplicação, entre a teoria e a prática. A experiência da guerra e, mais recentemente, as pesquisas dos grandes laboratórios industriais, demonstram que o desenvolvimento técnico depende estreitamente da ciência, e o progresso da ciência depende também, muito estreitamente, da técnica. A ciência cria novos seres técnicos, a técnica cria novas linhas de objetos científicos. A fronteira é tão tênue que não se pode distinguir entre a atitude do espírito científico e a de engenheiro, já que existem casos intermediários.<sup>24</sup>

Jonas<sup>25</sup> afirma que a sociedade tecnocientífica reflete efeitos negativos e positivos. Aqueles decorrem de abusos que desvirtuam os fins da ciência. Nesse sentido, o autor argumenta que toda a capacidade humana, “como tal” ou “em si”, é boa, tornando-se má apenas quando se abusa dela. Portanto, percebe-se que se deve utilizar desse avanço científico e suas aplicações tecnológicas, mas não de forma abusiva.

---

<sup>22</sup> Garcia e Martins (2009).

<sup>23</sup> Rotania (2001, p. 271).

<sup>24</sup> Salomon (1970, p. 135-136).

<sup>25</sup> Jonas (1997, p. 33).



Entre as questões da atualidade que envolvem o papel da sociedade tecnocientífica destacam-se: a fundamentação da antropologia médica, os direitos humanos e a saúde, a problemática do sentido e do significado da velhice, a ética da pesquisa biomédica envolvendo seres humanos, entre outros. Ademais, por meio do grande conhecimento nas esferas histórica e cultural da área médica, abordam-se questões importantes acerca do exercício ético e bioético da medicina, auscultando ao longo da história e enfrentando questões que a tecnociência nos apresenta hoje.<sup>26</sup>

Na Modernidade, o homem acaba por se tornar um objeto da tecnologia, pois, com o desenvolvimento de biotecnologias, consegue manipular sua constituição física, tornando vulnerável a própria natureza humana e, em consequência, expõe ao perigo toda a sua existência no Planeta.<sup>27</sup>

Durante o século XX houve um grande desenvolvimento da tecnociência, de forma que não poderia se deixar de ponderar a relação entre seus benefícios e riscos, com foco especial para as pesquisas que envolvem seres humanos, pois os danos podem ser irreversíveis, provocando até mesmo o óbito das pessoas participantes.

#### **4 A DIGNIDADE HUMANA E AS NOVAS TECNOLOGIAS NAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS**

A tensão encontrada no seio da sociedade tecnocientífica está na dupla face da própria técnica, ora boa, ora ruim. Como, por exemplo, o desenvolvimento da bomba atômica que não apenas destrói o espaço onde é lançada, mas acaba por transformar o ambiente em nível global e geneticamente os seres vivos que forem expostos a sua radiação, causando danos nas presentes e nas futuras gerações.

Outra situação é o medo da morte, é compreensível que celebre todo o avanço da tecnologia médica para poder adiá-la. Mas, ao mesmo tempo, é inegável a preocupação com a qualidade de vida, não apenas com sua duração, mas também em

---

<sup>26</sup> Stepke e Drumond (2007, p. 9).

<sup>27</sup> Stein (2002, p. 30).

conservar nossas faculdades até o momento em que a morte sobrevenha, de modo a não termos que atravessar um período de debilidade no final da vida.

Como afirma Fukuyama,<sup>28</sup> “[...] se existir um atalho genético para a imortalidade, a corrida para encontrá-lo já começou na indústria biotecnológica.” Não passará mais a morte a ser vista como um mal natural e inevitável, mas como um mal evitável, da mesma forma como a poliomielite ou o sarampo; e continua Fukuyama,<sup>29</sup> afirmando que “[...] aceitar a morte parecerá ser uma opção insensata, não havendo por que encará-la com dignidade ou nobreza.” Mas é impossível saber se a biotecnologia está apta a realizar técnicas de prolongamento da vida, como uma simples pílula para acrescentar algumas décadas na vida de cada ser humano, pois a Medicina, como propósito original, tem a pretensão de curar doentes e não transformar pessoas saudáveis em deuses. Ademais, o prolongamento da vida acarretará outros riscos, como o da seguridade social, como se pode perceber no Japão ao fim do século XX, quando havia quatro trabalhadores ativos para cada aposentado, chegará, em cerca de uma geração, em uma situação em que haverá somente dois trabalhadores por aposentado.

Segundo Fukuyama,<sup>30</sup> é muito mais difícil controlar a tecnologia do que armas nucleares por duas razões: a primeira, pelo fato de que o desenvolvimento de armas nucleares é muito caro e requer instituições grandes e visíveis, o que tornaria sua elaboração no setor privado muito improvável. A segunda razão mostra-se no fato de que a tecnologia é tão obviamente perigosa que a necessidade de controlá-la se tornou rapidamente um consenso mundial. A biotecnologia, em contraposição, pode ser desenvolvida em laboratórios menores, menos prodigamente financiados, e não há um consenso similar em torno de seus riscos.

Na engenharia genética e na farmacologia, um obstáculo que impede o desenvolvimento rápido é a necessidade de que a experimentação seja realizada em seres humanos, visto que a maior carga de risco inicial será arcada pelos animais,

---

<sup>28</sup> Fukuyama (2003, p. 71).

<sup>29</sup> Fukuyama (2003, p. 83).

<sup>30</sup> Fukuyama (2003, p. 197).

que serão os primeiros a experimentar a inovação tecnológica. Outro obstáculo são os custos operacionais dessas novas tecnologias, pois ninguém sabe se a engenharia genética se tornará um dia tão “barata” e acessível quanto os exames de ultrassonografia. Muito dependerá dos benefícios que forem atribuídos a ela. A engenharia genética é apenas a via para o futuro e o estágio mais distante no desenvolvimento da biotecnologia. Não temos nenhuma maneira de modificar a natureza significativamente, podendo ser um obstáculo que a raça humana nunca consiga ultrapassar.<sup>31</sup>

Junges<sup>32</sup> esclarece que em verdadeira “tomada de posição da sociedade” diante dos desafios e da contribuição de forma preponderante também nas discussões voltadas ao equacionamento ético dos casos concretos que importam na vida em geral, bem como na particularidade da preservação da saúde de cada indivíduo, encontra-se a Bioética.<sup>33</sup>

A Bioética vem irradiar o direito por se encontrar voltada à discussão interdisciplinar e à busca de diretrizes para a execução de experimentos científicos, estendendo também a ele a preocupação ética que acaba por se traduzir também na imperiosa necessidade de proposição de limites jurídicos às técnicas biomédicas, e a sua regulamentação em ordenamentos internos ou postulados internacionais, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem (1948) e da Declaração de Helsinque. Em verdade, a complexidade e a relevância do tema acabaram por suscitar um novo campo do direito, específico para o “estudo e normatização das questões bioéticas” sob a denominação de Biodireito.<sup>34</sup>

Em consequência do rápido desenvolvimento científico experimentado pela sociedade atual nas últimas décadas, o ser humano começou a suscitar uma série

<sup>31</sup> Fukuyama (2003, p. 92-94).

<sup>32</sup> Junges (2006, p. 11).

<sup>33</sup> O termo Bioética (Bio=Ethik) foi empregado, pela primeira vez, no ano 1927 em artigo de Fritz Jahr publicado no periódico alemão Kosmos, oportunidade em que é tratada como “[...] o reconhecimento de obrigações éticas não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos.” (GOLDIM apud MARTINS-COSTA; MÖLLER, 2009, p. 55).

<sup>34</sup> Möller (2009, p. 42).

de questionamentos acerca dos rumos para os quais a humanidade tem caminhado e como será o futuro que será legado para as próximas gerações.<sup>35</sup>

Os problemas causados pelo desenvolvimento tecnocientífico, não obstante tenha uma faceta técnica, passam a ser problemas “humanos”.<sup>36</sup>

Ocorre que a biotecnociência modifica e transforma estruturas naturais preexistentes, redesenha a estrutura do DNA, acrescenta na natureza “novas criaturas” e acena com a irreversibilidade e imprevisibilidade da intervenção artificial nos ciclos evolutivos naturais.<sup>37</sup>

Salienta-se que os danos físicos são previsíveis apenas até certo ponto, porquanto não existe como prever tudo o que pode acontecer quando é realizada uma conduta terapêutica experimental. Os danos sociais referem-se à publicação de dados confidenciais, pois o uso de computadores nos hospitais e clínicas tornou fácil o acesso aos bancos de dados.<sup>38</sup>

Invade-se cada vez mais as propriedades genéticas, proteonômicas e enzimáticas individuais, algumas das quais são partilhadas por famílias e linhagens. Dessa forma, torna-se injusto para os participantes e seus familiares que o consentimento informado somente abranja o caso individual e não as consequências para os membros da própria família.<sup>39</sup>

Apesar de que esses novos conhecimentos científicos e biotecnológicos estejam tornando possível o desenvolvimento de novos tratamentos, novos fármacos, aparelhos e procedimentos médicos, novas formas de reprodução humana e de pesquisa em engenharia genética permitem a manipulação humana, do seu genoma e da pesquisa em engenharia genética, com fins terapêuticos; tais avanços nessas ciências biomédicas também suscitam uma série de questionamentos de ordem ética,

---

<sup>35</sup> Alves (2007, p. 165).

<sup>36</sup> Stepke e Drumond (2007, p. 126).

<sup>37</sup> Rotania (2001, p. 289).

<sup>38</sup> Hossne e Vieira (2002, p. 164-165).

<sup>39</sup> Sass (2004, p. 84).

jurídica e política quanto à forma de fazer ciência, bem como ao uso dos resultados das pesquisas.<sup>40</sup>

Com os riscos comportados pelo uso arbitrário dos novos conhecimentos, e partindo-se da premissa da ciência como necessariamente indissociável do âmbito da ética, formou-se uma particular noção de responsabilidade da sociedade de hoje para com a sociedade de amanhã (das gerações presentes para com as gerações futuras).<sup>41</sup>

Diante dos desafios da tecnociência, mormente com a implementação do Projeto Genoma Humano, o qual pretendeu identificar e catalogar o código genético de todos os seres humanos, a comunidade internacional passou a se preocupar com a elaboração de instrumentos normativos visando regular o acesso e o uso de informações genéticas, de modo a diminuir o impacto da biotecnologia sobre o homem e o hiato entre a Tecnociência e o Direito.<sup>42</sup>

Muitas foram as justificativas e os objetivos do Projeto Genoma Humano, contudo, os riscos provenientes de seu desenvolvimento e resultados são absolutamente imprevisíveis, dificultando, dessa forma, sua regulamentação jurídica.<sup>43</sup>

O inventário inicial dos problemas que a utilização da Engenharia Genética pode apresentar para a humanidade foi elaborado em julho de 1994 pelos representantes de 27 organizações não governamentais dos seis Continentes, reunidos em Penang, Malásia, durante o Seminário, “Redefinindo as Ciências da Vida”.<sup>44</sup>

O acesso e o uso de dados genéticos humanos para a realização de pesquisa e aplicação terapêutica exigem uma revisão preliminar dos conceitos jurídicos clássicos de pessoa, coisa e propriedade, cuja análise se radica na formação do Direito Moderno e compreende, também, as noções jurídicas de indissociabilidade entre o sujeito e seu corpo, garantia de dignidade essencial da pessoa humana e autonomia corporal.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Möller (2009, p. 24-25).

<sup>41</sup> Möller (2009, p. 25).

<sup>42</sup> Gediel (1998, p. 58-59).

<sup>43</sup> Gediel (1998, p. 59).

<sup>44</sup> Gediel (1998, p. 59).

<sup>45</sup> Gediel (1998, p. 60).

A fala em 1985 do sociólogo português Santos,<sup>46,47</sup> ao afirmar que vivemos em um atônito que ao se debruçar sobre si próprio se descobre que os seus pés são um cruzamento de sombras que vêm do passado: ora pensamos já não sermos, ora ainda não deixado de ser; sombras que vêm do futuro: ora pensamos já sermos, ora nunca virmos a ser, abriu um discurso sobre as ciências, expressando um sentimento de desconforto suscitado pelo andamento da ciência e pelas novas possibilidades em sede de engenharia genética, trazendo consigo o temor de que o uso dos novos conhecimentos científicos, principalmente a manipulação do genoma humano, coloque em risco o que somos, aquilo que nos faz sermos “humanos”. O temor de que o futuro modifique a nossa natureza, que não permita a preservação da identidade humana no tempo.<sup>48</sup>

Preocupações essas retratadas por Habermas,<sup>49</sup> quando adverte para os riscos envolvidos em um possível futuro domínio da prática de uma “genética liberal”, guiada pelas leis do mercado e pelos interesses individuais, aparecendo a pesquisa em células-tronco embrionárias e o procedimento de diagnóstico pré-implantatório como possíveis instrumentos de uma “eugenia seletiva” da raça humana, colocando em perigo as noções de indisponibilidade da própria vida, do corpo, do genoma, de identidade natural, de liberdade em poder ser si próprio e de reciprocidade entre sujeitos iguais por nascimento e valor.

Necessário, portanto, que haja imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas somente é alcançado se estiver atento à dignidade humana, devendo esta ser entendida como um valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar. Para a bioética, o direito à vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas de “vida com dignidade”.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Santos (2003).

<sup>47</sup> O texto consiste em versão ampliada da Oração da Sapiência, proferida pelo autor na Universidade de Coimbra em ocasião da abertura do ano letivo 1985/1986.

<sup>48</sup> Möller (2009, p. 26).

<sup>49</sup> Habermas (2002).

<sup>50</sup> Diniz (2010, p. 17).

E dignidade humana para Kant<sup>51</sup> é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Esse atributo, contudo, é também reconhecido aos indivíduos desprovidos de condições de se autogerirem, como, por exemplo, as crianças de tenra idade e as pessoas que sofrem de problemas mentais, uma vez que também eles possuem o direito de receberem um tratamento digno por sua existência.<sup>52</sup> Por essas características, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir,<sup>53</sup> pois é um bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedades que não a respeitam, já que a sua violação evidencia e afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre.

A dignidade humana representa uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, pois são direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano.<sup>54</sup> Sua violação é facilmente constatada, pois estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer a redução de seu *status* de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa, deixando de ser um fim em si mesmo. Em outras palavras, admitem-se atividades que não venham a reduzir os indivíduos a mero objeto ou instrumento de vontades alheias.

Reportando-se à matriz kantiana, embora a autonomia consista em fundamento principal da dignidade,<sup>55</sup> oportuno ressaltar que não se restringe essa última àquela, ou seja, apenas se pode inferir que “o respeito à autonomia forma parte do que a dignidade humana exige”, sendo conceitos distintos, mas que devem se harmonizar sob pena de ilegitimidade.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Kant (2009, p. 134-135, 140-141).

<sup>52</sup> Dworkin (2003, p. 309-310).

<sup>53</sup> Martinez (1996, p. 21).

<sup>54</sup> Sarlet (2005, p. 37-38).

<sup>55</sup> Kant (2005, p. 66).

<sup>56</sup> Andorno (2009, p. 90-91).

No reconhecimento da autonomia da vontade, Andorno<sup>57</sup> afirma tratar-se de fenômeno significativo que veio a se contrapor não apenas ao “antigo paternalismo médico” em que se subjugava de forma demasiada a aptidão decisória do paciente, mas à tendência intrínseca a esse conceito de considerá-lo mero objeto. Esclarece, entretanto, que a ênfase na autonomia igualmente requer limitação capaz de preservar o que define como “esforço ético”, uma vez que se “[...] cai no relativismo moral quando ela é erigida ao nível de princípio supremo ou exclusivo da relação médico-paciente, sem nenhuma vinculação com bens objetivos que transcendam aos sujeitos em questão.”<sup>58</sup>

A concepção trazida por Kant<sup>59</sup> aduz que:

O princípio da autonomia é, portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer. Que essa regra prática seja um imperativo, isto é, que a vontade de todo ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição [...]

Em outros termos, ao indivíduo não se faculta expor a sua integridade física de modo desproporcional, simplesmente porque é essa a vontade soberana por ele externada, ignorando-se as implicações para a sua saúde, tampouco aceitável, com base nos preceitos éticos e normativos correlatos, a respectiva concordância por parte dos profissionais envolvidos. Tanto o é que a regulamentação da prática de pesquisas e experimentos com seres humanos fundamenta-se, como já alegado, em questões relativas à prevenção do dano e à minoração dos riscos, visando proteger a dignidade humana.

Nesse contexto, a autonomia deve ser entendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo, desde que o conteúdo decisório da ação esteja desprovido de qualquer resquício de cunho irracional ou arbitrário até porque “[...] em seu

---

<sup>57</sup> Andorno (2009, p. 77).

<sup>58</sup> Andorno (2009, p. 77).

<sup>59</sup> Kant (2009, p. 285).



significado mais profundo, a liberdade não consiste em poder agir caprichosamente, fazendo inclusive aquilo que resulta prejudicial para si mesmo ou para os demais.”<sup>60</sup>

O reconhecimento do indivíduo como ser autônomo e dotado de dignidade, trazido pela modernidade e suplantando a noção que outrora o reduzia a mero objeto a partir da própria concepção de direitos humanos que começava a se estabelecer, conferindo-lhe respaldo social e jurídico. A superação dos chamados “determinismos naturais” ou mesmo das explicações de cunho divino, típicas da fase medieval, cederam espaço à racionalidade e à ciência, oportunizando, com o transcorrer dos tempos, um progresso significativo também na área médica por meio da descoberta da engenharia genética, de técnicas curativas ou medicamentos importantes para a saúde humana, ou seja, da sociedade tecnocientífica. O crescente poder de intervenção e controle sobre a dinâmica quer natural, quer social, que se perfez pela consciência de liberdade e autonomia assumidas nesse novo cenário cultural, acabou por despertar no ser humano, a *contrario sensu*, uma perigosa medida de suas potencialidades, externando-se no emprego de métodos imprudentes e lesivos no exercício da medicina.<sup>61</sup>

A dignidade situa-se muito além dos direitos individuais, pois ela é o próprio fundamento dos direitos humanos que surge em razão da necessidade do reconhecimento de outros direitos fundamentais referentes à humanidade, à própria espécie humana, legitimando todos os demais direitos, tornando-se sua base. Deve ser pensada como dever ou encargo do próprio ser humano, uma responsabilidade confiada, não podendo abrir mão da dignidade que é atribuída pela própria condição de ser humano. Deve ser vista como um respeito que todo ser humano deve ter para consigo mesmo, não podendo, dessa forma, submeter-se voluntariamente à violência ou de algum modo desrespeitar-se.

A ocorrência do dano à saúde, consoante os parâmetros explicitados, implica a violação da dignidade e, por isso, o aporte na condição autônoma do homem

---

<sup>60</sup> Andorno (2009, p. 74).

<sup>61</sup> Junges (2006, p. 73-74).

por si só não se mostra suficiente para revestir o ato de legitimidade, atributo esse necessário e essencial no campo da Bioética e do próprio Direito.

A ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. No entanto, alerta-se para o fato de que nem tudo o que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. O respeito à vida humana digna, que é um paradigma bioético, deve estar sempre presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades humanas.<sup>62</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do processo evolutivo, os avanços conquistados pela sociedade tecnocientífica acabaram por suscitar uma série de questionamentos relacionados a suas expectativas, riscos e benefícios.

Ela destaca-se na atualidade pela possibilidade de aumento da qualidade de vida, por meio da descoberta de novas substâncias medicamentosas ou tratamentos com potencial curativo de doenças graves, outrora fora marcada por uma série de violações aos direitos humanos fundamentais, cujo referencial histórico ocorreu por ocasião da Segunda Guerra Mundial, em um fenômeno que não se pode descartar, ainda que agora manifestado sob outros parâmetros.

Verificando-se que os excessos persistem, embora não tão palpáveis quanto aqueles noticiados à época da guerra, já que atualmente mais caracterizados não pela ofensa física gritante, mas pela afronta à condição digna do homem (sem que se esteja a subjugar, é claro, que esta também restava prejudicada na primeira hipótese).

As novas tecnologias e as experimentações realizadas dentro da sociedade tecnocientífica somente gozam de legitimidade e são jurídica e eticamente aceitáveis quando os pacientes a elas se submetem de forma voluntária, tendo consciência dos prováveis riscos, bem como da necessária cessação do procedimento se eminente a ocorrência de danos ou outros eventos que fôgem à normalidade e à proporção do

---

<sup>62</sup> Diniz (2010, p. 17).

método empregado, até porque é dever inerente ao profissional responsável respeitar os pilares da Bioética, quais sejam: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Ilegítima torna-se qualquer pesquisa em que o indivíduo seja tratado como mero instrumento científico, com a minoração de seu *status* de sujeito de direitos, ainda que ele próprio assim tenha anuído, uma vez que a autonomia da vontade, embora merecedora de reconhecimento jurídico na qualidade de princípio, também o é um dos fundamentos da dignidade humana e, por isso, a ela deve harmonizar-se.

A sociedade tecnocientífica, apesar de auxiliar para que a vida humana seja a cada dia mais digna, nem tudo o que ela possa realizar cientificamente corresponde ao que possa ser realizado no campo da moral, pois a vida humana deve sempre ser respeitada em sua dignidade por esta ser inerente ao próprio ser humano. A dignidade humana designa não o ser humano, o indivíduo, mas toda a humanidade que se encontra em todos os seres humanos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, G. M. Bioética e desenvolvimento: a construção de um novo paradigma ético em face dos avanços da sociedade tecnocientífica. *Revista Eletrônica de Filosofia*, v. 4, n. 2, 2007.

ANDORNO, R. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARENDT, H. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

ARENDT, H. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARRETO, V. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: ROCHA, L. S.; STRECK, L. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

BOGOD, D. The nazi hypothermia experiments: forbidden data? *Anaesthesia*, v. 59, n. 12, p. 1.155, Dec. 2004.

CORNWELL, J. *Os cientistas de Hitler: ciência, guerra e o pacto com o demônio*. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURAND, G. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

DWORKIN, R. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FUKUYAMA, F. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARCIA, J. L.; MARTINS, H. O *ethos* da ciência e suas transformações contemporâneas, com especial atenção à biotecnologia. *Sci. Stud.*, São Paulo, v. 7, n. 1, jan./mar. 2009.

GEDIEL, J. A. P. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, L. E. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HABERMAS, J. *Il futuro della natura umana: i rischi di una genética liberale*. Tradução Leonardo Ceppa. Torino: Einaudi, 2002.

HARVARD LAW LIBRARY. *Introduction to NMT Case 1: USA v. Karl Brandt et al.* Fev. 2003. Disponível em: <[http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs\\_swi.php?DI=1&text=medical](http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=medical)>. Acesso em: 23 mar. 2008.

HOBSBAWM, E. *A era dos extremos: o breve século XX*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOSSNE, W. S.; VIEIRA, S. Experimentação com seres humanos: aspectos éticos. In: SEGRE, M.; COHEN, C. (Org.). *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Ed. USP, 2002.

HUXLEY, A. *Admirável mundo novo*. Tradução Lino Vallandro e Vidal Serano. São Paulo: Globo, 1932.

JONAS, H. *Técnica, medicina y ética*. Barcelona: Paidós, 1997.

JUNGES, J. R. Bioética e os paradigmas da justiça e do cuidado. In: JUNGES, J. R. *Bioética hermenêutica e casuística*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

JUNGES, J. R. *Bioética hermenêutica e casuística*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

KOTTOW, M. História da ética em pesquisa com seres humanos. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 2, sup. 1, p. 7-18, dez. 2008.

MARTINEZ, M. A. A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Ed. Universidad de León, 1996.

MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITSCHERLICH, A.; MIELKE, F. *The death doctors*. Tradução James Cleugh. Londres: 1962.

MÖLLER, L. L. Esperança e responsabilidade: os rumos da Bioética e do Direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER-HILL, B. *Murderous science: elimination by scientific selection of jews, gypsies, end others in Germany, 1933-1945*. Tradução George R. Fraser. Oxford: Oxford University Press, 1988.

ROTANIA, A. A. *A celebração do temor: biotecnologias, reprodução, ética e feminismo*. Rio de Janeiro: E-pappers, 2001.

SALOMON, J.-J. *Science et politique*. Paris: Seuil, 1970.

SANTOS, B. de S. *Um discurso sobre as ciências*. 14. ed. Porto: Afrontamento, 2003.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SASS, H. M. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. In: PESSINI, L.; GARRAFA, V. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

STEIN, E. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

STEPKE, F. L.; DRUMOND, J. G. de F. *Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo*. São Camilo: Loyola, 2007.

THE UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *The Nuremberg Code. Research*: 2011. Banco de Dados. Disponível em: <[http://www.ushmm.org/research/doctors/code\\_expl.htm](http://www.ushmm.org/research/doctors/code_expl.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2011.

# RECONSTRUÇÃO TEMPORAL AUTOPOIÉTICA: A REFUTURALIZAÇÃO DO DIREITO PELA ASSIMILAÇÃO DO RISCO BIOTECNOLÓGICO

Paulo Roberto Ramos Alves\*

## 1 INTRODUÇÃO

O risco é a representação do tempo na sociedade contemporânea.<sup>1</sup> É uma forma evolutiva da comunicação que possibilita a observação de um futuro que não pode ser observado. O risco, pois, é um paradoxo: é observável apenas porque caracteriza aquilo que não se pode observar; é delimitável juridicamente apenas porque o Direito não é capaz de construir critérios que abranjam toda a complexidade que representa. A percepção jurídica do risco temporaliza o direito, refuturalizando seu futuro presente a partir de decisões que colocam o risco como um *descriptor temporal* desde a perspectiva do observador.

A sociedade é comunicação.<sup>2</sup> Sendo comunicação, é decisão.<sup>3</sup> Biotecnologia é decisão. Risco é decisão. A biotecnologia apenas encontra suas possibilidades de desenvolvimento comunicativo frente a processos decisórios. Operações seletivas são, pois, condição para o desenvolvimento da comunicação biotecnológica. É justamente esse fato que deve ser considerado em uma teoria que pretenda observar os

---

\*Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor do Curso de Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Dirceu Giordani, 696, Jardim Universitário, 89820-000, Xanxerê, Santa Catarina, Brasil; advogado; pauloalvess@yahoo.com.br

<sup>1</sup> De Giorgi (2006, p. 232).

<sup>2</sup> Luhmann (1997b, p. 80).

<sup>3</sup> Sobre tal aspecto, Luhmann (2005) aponta a forma constituinte das organizações formais. Para o autor, sistemas de organização são sistemas compostos por decisões, que vinculam decisões por intermédio de decisões passadas, o que vem ao encontro do próprio conceito de comunicação. Contudo, essa pequena observação apenas adianta brevemente o ponto específico que será trabalhado no item 2.2, relacionado à temática dos processos decisórios de organizações formais capazes de gerar/amplificar o risco biotecnológico.

riscos aos quais o sistema social é submetido frente a seus (auto)desenvolvimentos biotecnológicos.

Diante dessa perspectiva teórica, pode-se perguntar: o que são riscos? Como são gerados? Porque a biotecnologia é uma atividade que comporta riscos? Quais são os riscos que podem ser observados pelas operações (decisões) biotecnológicas? Qual a relevância dessa análise para o Direito? Porque o sistema jurídico é aparentemente incapaz de racionalizar os problemas relacionados à comunicação biotecnológica? Pode o Direito criar condições de *segurança* frente a tais desenvolvimentos?<sup>4</sup> Ou, ainda, pode o direito observar um futuro que é intrinsecamente inobservável?

Impossível esquivar-se de tais questionamentos. Essas inquietações assombram incessantemente a teoria jurídica tradicional. Todos os dias a sociedade defronta-se com problemas dessa ordem quando se depara com as incertezas características de situações cujos possíveis resultados não são passíveis de observação. Para situações extremamente complexas, o Direito continua respondendo mediante arranjos causais simplificados. Em um contexto no qual o risco é um evento altamente presente, ainda constroem-se pressupostos jurídicos extremamente arraigados à ideia de segurança.

É cristalino que os desenvolvimentos biotecnológicos trazem incriveis benefícios à sociedade, não se pode negar que muitos dos avanços biotecnológicos contribuíram imensamente para o crescimento econômico, para o incremento de novos pressupostos científicos e, em muito, para a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, notadamente em relação à viabilização de tratamentos médicos outrora inexistentes e de uma maior capacidade de produção agrícola. Contudo, essa mesma

---

<sup>4</sup> Algumas dessas inquietações são trazidas por Fukuyama (2003), quando realiza uma série de debates voltados ao futuro da sociedade frente aos desenvolvimentos biotecnológicos. Tomando por base inovações relacionadas à neurofarmacologia e formas de engenharia genética direcionadas à regulação comportamental, o autor realiza inúmeros debates sobre o controle político da biotecnologia, bem como procura delimitar os aspectos regulatórios dessa forma de comunicação na sociedade contemporânea. Não obstante a temática ora trabalhada não seja relacionada com gestão política de riscos, o discurso dele converge para algumas inquietações comuns, notadamente relacionadas aos questionamentos supramencionados.



sociedade, a cada nova descoberta, amplifica os riscos aos quais será submetida, não sendo mais capaz de distinguir entre as vantagens e as desvantagens dessas inovações.<sup>5</sup>

E, nesse mesmo contexto, Têmis fragiliza-se; depõe sua espada e permanece em meio a uma batalha, na qual continua vendada, impossibilitada de observar os novos problemas que a sociedade produz. Identificado esse problema, deve-se identificar as características do risco, observando, na comunicação biotecnológica, alternativas para a construção do futuro jurídico e, conseqüentemente, critérios para a gestão dos riscos das biotécnicas. Tal pretensão é dependente do tempo. A gestão jurídica do risco biotecnológico passa a depender, assim, de que o futuro presente seja refuturalizado mediante estratégias de percepção de risco que o sistema jurídico constrói autopoieticamente.

## 2 GENEALOGIA DO RISCO: DO EVENTUAL À DECISÃO

A existência humana sempre foi caracterizada pela incerteza. Apesar das incontáveis tentativas de estabelecer níveis securitários, a impossibilidade de previsão do futuro sempre foi um elemento onipresente nos discursos sociais. Paradoxalmente, a vivência humana e a própria sociedade sempre buscaram níveis de segurança impossíveis de serem alcançados, dada a limitada capacidade de percepção de todo e qualquer sistema cognitivo, seja biológico, psíquico ou social. Na constante busca pelo controle da incerteza, a história humana testemunhou uma série de estratégias desenvolvidas como maneira de gerir a dúvida, na constante tentativa de erigir critérios de segurança em relação a um futuro previamente desconhecido. Ainda que não houvesse uma preocupação etimológica na designação de situações hoje identificadas pela palavra risco, a preocupação com o futuro era evidente, sendo este (pre)visto em sociedades pré-modernas com base em práticas adivinhatórias,

---

<sup>5</sup> Nesse aspecto, refira-se que a sociedade contemporânea opera nitidamente sob formas paradoxais. Apenas existem mais riscos porque há uma contínua busca pela segurança, apenas existe inclusão porque há exclusão, mais riqueza porque há mais pobreza, mais direito pressupõe menos direito, mais indeterminação porque há a constante determinação das indeterminações (DE GIORGI, 1998, p. 76; ROCHA, 2003, p. 185).

no recurso ao pecado como equivalência funcional entre causa/efeito<sup>6</sup> ou no apelo à irrecorrível vontade dos deuses.

Nas culturas antigas, a designação do risco era algo desnecessário, bastando técnicas como as mencionadas para a observação do futuro. Havia a consciência do perigo, todavia, suas causas eram conhecidas ou potencialmente identificáveis, viabilizando uma existência simples e distante da consideração de fatores relacionados a possíveis consequências das decisões, seguindo o Direito essa mesma linha de raciocínio.<sup>7</sup> Apesar da constante busca por uma segurança *latu sensu*, a sociedade gradativamente passou a assimilar a lógica da inexistência de lógicas unitárias, bem como a observar o futuro não desde uma perspectiva securitária, mas a partir da possibilidade de ocorrência de eventos diversos daqueles pretendidos, o que teria lugar apenas pela consideração de possíveis consequências frente a processos decisórios. Tal mudança paradigmática ocorreu, em muito, pelo próprio avanço das tecnologias.

Essa situação foi exponencialmente potencializada com o agigantamento da economia industrial. Com a efervescência do liberalismo econômico no século XVIII, criou-se o palco propício para o desenvolvimento de uma cultura capitalista, culminando, via de consequência, no fortalecimento de formas de produção industrial. Logo, a Economia passou a ter seu sustentáculo sobre massivos processos de industrialização, intimamente dependentes dos desenvolvimentos tecnológicos.<sup>8</sup> Os aprimoramentos da Revolução Industrial ganham salientes contornos a partir do século XIX; com o rápido desenvolvimento da técnica e da ciência, a sociedade passa a ter que assimilar grandes perturbações/ressonâncias, culminando na formação de uma ciência jurídica orientada sistematicamente, na orientação das operações econômicas mediante uma lógica industrial-capitalista e em observações políticas direcionadas a problemas até então inexistentes na sociedade moderna.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Luhmann (1998, p. 50-51).

<sup>7</sup> Schwartz (2004, p. 39).

<sup>8</sup> Carvalho (2008, p. 65).

<sup>9</sup> Carvalho (2008, p. 56).

O crescente incremento de novas tecnologias conduziu a sociedade à observação do risco como um evento onipresente na comunicação. Nesse aspecto, os problemas ecológicos, agravados pelo desenvolvimento da técnica e pela predominância da visão utilitarista da lógica econômica a partir da segunda metade do século XX, vieram ao encontro da concepção do risco como um evento comunicativo intrinsecamente ligado a decisões, ultrapassando a seara da eventualidade ou da vontade divina, bem como se diferenciando não mais da segurança, mas do perigo.<sup>10</sup> A noção de risco traz consigo estreita vinculação ao futuro, opondo-se à existência de decisões seguras. Até então, a clássica noção de risco relacionava-se, tradicionalmente, à ideia de seguridade. Essa forma era observada sob a distinção risco/segurança, considerando-se o risco, por um lado, como a mera possibilidade danosa frente ao processo de tomada de decisões, e, por outro, na segurança como uma completa solidez e certeza em relação aos resultados da escolha procedida. Entretanto, essa mesma escolha permanece contingente,<sup>11</sup> isto é, a própria seleção entre uma escolha arriscada e uma pretensa escolha segura é arriscada.

Essa visão é substituída pela distinção risco/perigo, visto que toda e qualquer decisão é contingente e, precisamente por esse fato, arriscada. O risco torna-se, então, a inafastável possibilidade de algo dar errado ou ocorrer de forma diversa da pretendida, não partilhando mais com ideais fictícios de segurança, mas oposto à noção de perigo. A distinção risco/perigo relaciona-se imediatamente com as possibilidades de observação das consequências de determinada decisão (risco, produto da sociedade), bem como com situações nas quais não é possível o acesso aos conhecimentos que permitam a observação das possíveis consequências (perigo, gerado no entorno social).

Logo, com Luhmann,<sup>12</sup> pode-se considerar a possibilidade de danos como uma consequência imediata de decisões, ao passo que, se o eventual dano é causado por causas alheias ao processo decisório, ou seja, atribuído ao entorno social, fala-

---

<sup>10</sup> Luhmann (1998, p. 65).

<sup>11</sup> Schwartz (2004, p. 41).

<sup>12</sup> Luhmann (1998, p. 65).

-se em perigo, como, por exemplo, nos casos de catástrofes naturais ou fenômenos meteorológicos.<sup>13</sup> A decisão é elemento central na observação de comunicações de risco, sendo justamente sobre si que deverão recair quaisquer tentativas de observação, gestão ou deslocamento do risco biotecnológico. A própria contingência da sociedade diferenciada contribuiu para afastar o dogma da segurança,<sup>14</sup> sublinhando o elemento risco enquanto possibilidade de consequências danosas por determinada escolha realizada. Cabe salientar, entretanto, que contingência e risco não são categorias novas, afinal, o futuro sempre foi incerto e problemático, bem como a existência humana delineada contingencialmente; o que mudou foram as causas dessa imprevisibilidade, em grande parte criadas pelo próprio desenvolvimento da sociedade e do conhecimento e na extensão dos eventuais danos a serem suportados.

Por isso, a mudança paradigmática do modelo de sociedade estratificada para a funcionalmente diferenciada não trouxe o risco como uma novidade ou como uma invenção decorrente da crise dos paradigmas modernos, mas apresentou novas formas de risco, decorrentes da própria evolução do conhecimento humano (risco biotecnológico, risco nuclear, risco ambiental, etc.), com a consequente necessidade de sua assimilação no meio social.<sup>15</sup> A partir da concepção de uma sociedade cuja presença do risco é constante, na qual a produção de bens é acompanhada de igual (senão maior) produção de riscos, “[...] se tornou necessário não apenas partilhar riqueza, como no Estado do Bem-Estar, mas também os riscos decorrentes do comportamento humano, que se exacerbaram diante das inovações tecnológicas surgidas ao longo do século XX.”<sup>16</sup> Eis que esses riscos passaram a ser dotados de características como a invisibilidade, a globalidade e a transtemporalidade.<sup>17</sup>

Apesar de não ser uma categoria nova, foi Beck<sup>18</sup> que, a partir das inúmeras catástrofes ocorridas no século XX, como os acidentes nas usinas nucleares de

---

<sup>13</sup> Carvalho (2008, p. 62).

<sup>14</sup> Rocha (2005, p. 40).

<sup>15</sup> Giddens (1997, p. 220).

<sup>16</sup> Sarmiento (2006, p. 38).

<sup>17</sup> Carvalho (2008, p. 67).

<sup>18</sup> Beck (2006, p. 11).

Chernobyl (Ucrânia) e Three Mile Island (EUA), e os vazamentos de gases venenosos em Bhopal (Índia), visualizou a existência do que denominou *sociedade de risco*, na qual a vinculação futura das escolhas realizadas passou a ter maior destaque nos debates sociais, justamente em razão de suas possíveis consequências. Conforme Beck,<sup>19</sup> os riscos contemporâneos são dotados de características particulares, visto que escapam a qualquer forma de percepção, isto é, transcendem a capacidade de reconhecimento por meio dos sentidos (invisibilidade), produzem ameaças à própria existência humana (irreversibilidade), ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados nacionais (globalidade), bem como possuem uma vigência temporalmente indefinida, isto é, não é possível definir o momento em que determinada situação de risco ocorrerá (transtemporalidade).

Ost<sup>20</sup> narra a existência de três etapas na genealogia do risco: a primeira assumiria a forma do acidente como algo suscetível de ocorrer e impossível de ser previsto, despontando a previdência como meio de resguardo, o que poderia ser gerido preventivamente, por exemplo, por contratos de seguro individual; já na segunda fase é assistido o surgimento da ideia de prevenção, isto é, passa-se a visualizar o risco como algo passível de controle, de determinação, corroborando o paradigma vigente da modernidade, no qual a crença na luz da razão e na segurança eram fortes espadartes. Nessa fase, o risco assume um *status* de acontecimento estático, determinável objetivamente, generalizando-se, igualmente, a tão perseguida segurança jurídica.

Nesse mesmo passo, a terceira fase do risco assumiria, com Beck e Luhmann, a forma do descontrole e da impossibilidade de construção de critérios concretos quanto aos contornos de determinado risco. Nessa terceira fase, o risco caracteriza-se justamente por sua completa impossibilidade de previsão, relacionando-se imediatamente a processos decisórios, bem como se estendendo invisível, global e temporalmente no meio social.<sup>21</sup> Nesse aspecto, o futuro não é algo passível de delimitação. Não é possível o estabelecimento de leis universais que assegurem a

<sup>19</sup> Beck (2006, p. 25 e ss.).

<sup>20</sup> Ost (1999, p. 343-344).

<sup>21</sup> Ost (1999, p. 345-347).

maneira de realização de determinada escolha, tampouco é possível se falar em um suposto consenso em relação às escolhas tomadas e às suas consequências, pois “[...] *el futuro es y será siempre um horizonte de inseguridad.*”<sup>22</sup> Contudo, a vulnerabilidade da sociedade frente às consequências de suas próprias decisões é condição para a observação daquilo que não pode ser observado, a instabilidade da sociedade diferenciada é, pois, condição de sua estabilidade.<sup>23</sup>

A racionalidade da sociedade diferenciada buscou, paradoxalmente, no conceito de risco, um fator de observação de um futuro que é inobservável. Para De Giorgi,<sup>24</sup> o risco torna-se a possibilidade/função de racionalizar o medo, isto é, equacionar a possibilidade de resultados negativos oriundos das decisões no âmbito do tecido comunicativo social por meio de sofisticadas construções particulares de cada observador. Por isso, o risco pode ser observado como forma de estabelecimento de vínculos com o futuro, revestindo-se em uma estratégia capaz de determinar as indeterminações a partir da diferença probabilidade/ improbabilidade. A sociedade, dessa maneira, passa a observar a realidade (e o futuro)<sup>25</sup> justamente tendo no risco um dos aspectos centrais para seus processos de autodescrição.

Vale dizer que o risco oferece um evidente conjunto de possibilidades ao sistema social, eis que a própria sociedade se obriga, de acordo com a especificidade de seus sistemas parciais, a assimilar um nítido paradoxo: deve observar um futuro que não pode ser observado, a não ser na forma de uma construção interna de um observador, o que desencadeia diferentes reações nos subsistemas parciais, como o Direito, alterando-se as estruturas sistêmicas pela observação de comunicações de risco.<sup>26</sup> Juridicamente, o risco atua como uma forma que promove evidentes pos-

---

<sup>22</sup> Luhmann (2007, p. 364).

<sup>23</sup> O sistema social opera sob o reconhecimento de situações conflitivas, sendo os recorrentes conflitos e a vulnerabilidade da sociedade contemporânea para lidar com os novos problemas (como o risco biotecnológico) condições para que essa mesma sociedade (e o direito!) possa gerir esse risco. Em outras palavras, a sociedade apenas é estável na instabilidade. A instabilidade é condição para a mudança social, é condição para a construção do futuro e da contínua manutenção da autopoiese sistêmica (LUHMANN, 1993, p. 218-219). Entrevista concedida a Juremir Machado da Silva, realizada em Porto Alegre, em setembro de 1990.

<sup>24</sup> De Giorgi (2008, p. 51-53).

<sup>25</sup> De Giorgi (2006, p. 234).

<sup>26</sup> Schwartz (2004, p. 39).

sibilidades ao Direito que, mediante a lógica direito/não direito, passa a observar o futuro desde uma perspectiva probabilística, isto é, a incerteza biotecnológica (tal como outras incertezas) promove evidentes perturbações a serem recepcionadas pelo sistema jurídico, ainda que o Direito necessariamente passe a reflexionar sobre o risco das próprias decisões levadas a efeito no âmbito interno do sistema.<sup>27</sup>

Torna-se evidente que, no momento em que a recursividade das operações da técnica e seus necessários acoplamentos alcançam determinado nível de recursividade, delineando os contornos dos domínios biotecnológicos, essas observações sobre a agricultura ou sobre o desenvolvimento de determinadas doenças passam a ser realizadas pela variável risco, abandonando-se a seara da eventualidade característica de situações de perigo para a assunção de formas intrinsecamente dependentes de decisões. A preocupação é deslocada da vantagem das biotecnologias para níveis hipercomplexos, como, por exemplo, o questionamento sobre o impacto ambiental de certas técnicas agrícolas, os possíveis efeitos que alimentos gerados via técnicas de engenharia genética podem acarretar, as possibilidades de prejuízo à biodiversidade, as possíveis consequências imprevistas de determinado medicamento, a eventual possibilidade de surgimento de novas formas gênicas cujo potencial seja desconhecido,<sup>28</sup> etc.

Quando a observação do tempo escapa das mãos de Deus e recai sobre os braços do homem, a sociedade passa a conviver com riscos autoproduzidos, inclusive no domínio de muitas situações até então identificadas como situações de perigo. Essa transposição do perigo para o risco promove incríveis consequências e vincula a sociedade temporalmente a um contingencial horizonte de possibilidades, cuja totalidade de sentido é inacessível à capacidade cognitiva do Direito. Dessa maneira, considerando não ser possível falar em segurança, a sociedade contemporânea

<sup>27</sup> Luhmann (2002, p. 638).

<sup>28</sup> Essa, aliás, foi a discussão entre Robert Pollack e Paul Berg sobre a pretensão de Janet Mertz, pesquisadora do *Cold Spring Harbor Laboratory*, em 1970. Mertz pretendia emendar genes de vírus de macacos no cromossomo da bactéria *E. coli*. A pretensão levou Pollack a questionar os experimentos, recendo a possibilidade de desenvolvimento de um novo micro-organismo, potencialmente perigoso. Tal receio, contudo, foi posteriormente derrubado, sendo demonstrado, nesse caso específico, que tal possibilidade era infundada (FUKUYAMA, 2003, p. 203-204).

promove um evidente deslocamento da análise do risco determinístico para o risco probabilístico,<sup>29</sup> não subsistindo a possibilidade de se buscar a delimitação concreta do risco, sendo possível unicamente a emissão de juízos de probabilidade em relação às possíveis consequências de determinada decisão.

### **3 A REFLEXIVIDADE DO RISCO BIOTECNOLÓGICO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

A palavra reflexividade é algo extremamente presente nos discursos sociais contemporâneos. No curso dos acontecimentos que tiveram lugar a partir da segunda metade do século XX, os quais contribuíram consideravelmente para observações contemporâneas sobre comunicações de risco, a sociedade passou a conviver enormemente com situações que podem ser observadas incondicionalmente na forma de processos sistêmicos altamente reflexivos.

O risco é um evento complexo e dotado, contemporaneamente, de características particulares, como a globalidade, a invisibilidade e a transtemporalidade.<sup>30</sup> Não obstante, tem-se o risco como produto de processos decisórios autônomos e altamente complexos, os quais ocupam lugar de destaque no contexto organizacional. De posse de tais argumentos, o risco biotecnológico pode ser observado como uma comunicação que é desencadeada pela sociedade na própria sociedade, por intermédio de constantes processos decisório-organizacionais.

A sociedade é um incansável sistema de produção de riscos, entretanto, tais riscos passam a ser suportados por essa mesma sociedade, que possui todas as condições para determinar o indeterminável e, paradoxalmente, não cessa a produção de indeterminações.<sup>31</sup> Quando fala dos processos decisórios jurídicos, Luhmann<sup>32</sup> explica a reflexividade como processos que são aplicados a si próprios ou a

---

<sup>29</sup> Luhmann (1998, p. 63).

<sup>30</sup> Beck (2006, p. 25 e ss.).

<sup>31</sup> Rocha (2005, p. 36).

<sup>32</sup> Luhmann (1985, p. 13-14): “[...] Os mecanismos reflexivos são uma forma generalizada, muito antiga, do processamento de sentidos. [...] Ao longo do desenvolvimento social esse significado aumenta de forma reciprocamente entrelaçada. Por exemplo: falar sobre as palavras; a troca de possibilidades de troca



processos do mesmo tipo, utilizados apenas posteriormente em termos definitivos. Em outros termos, processos reflexivos são aqueles capazes de tematizar a si próprios por meio de operações de auto-observação. Isso evidencia a capacidade dos sistemas sociais em problematizar suas comunicações específicas por si próprias.

Giddens<sup>33</sup> aponta para o fato de que em determinado sentido a reflexividade é uma característica que define a ação humana. Isso ocorreria pelo fato de que todos os seres humanos se mantêm em contato com as bases fundamentais de suas ações, justamente como parte integrante dessas ações. Nesse sentido, não seria possível a assimilação de complexas cadeias de eventos, mas tão somente uma (auto) monitoração do próprio comportamento.

Sob tal contexto, a supracitada explicação de Luhmann toma uma forma mais palpável, sendo possível atribuir esse caráter reflexivo ao próprio processo cognitivo da comunicação sistêmica, que passa a conhecer o conhecer, a observar a observação.<sup>34</sup> Essa evidente forma de (auto)monitoramento aponta para o fato de que tradição e cultura são dois contextos altamente evolutivos, o que, em última análise, contribui decisivamente para os processos reflexivos do sistema social.

Os processos autorreferenciais (reflexivos) da sociedade viabilizam que o risco seja tematizado pelo próprio risco, o que apenas pode ocorrer no âmbito interno de sistemas comunicativos autorreferentes. Com isso, quer se dizer que a percepção da redução da complexidade do risco biotecnológico torna possível que risco minimize risco e, paradoxalmente, risco produza risco.<sup>35</sup> Vale dizer que tal característica espelha (reflete!) sua capacidade em (auto)observar-se. A partir disso, torna-se possível construir questões relacionadas ao risco do risco biotecnológico,<sup>36</sup>

---

na forma do dinheiro; a produção de meios de produção; a aplicação do poder sobre os detentores de poder; o aprendizado do aprender e o ensino de ensinar na forma da pedagogia; a confiança na confiança dos outros; a pesquisa sobre a pesquisa (metodologia); a representação de representações [...]; a decisão sobre o decidir ou não na burocracia; o sentir (desfrutante ou sofridamente) os sentimentos próprios ou dos outros; a valorização de valores na forma da ideologia e na de caso [...] da normatização do estabelecimento de normas.”

<sup>33</sup> Giddens (1991, p. 38).

<sup>34</sup> Sobre a reflexividade da comunicação vide igualmente Luhmann (1997a, p. 54-55).

<sup>35</sup> Schwartz (2004, p. 179).

<sup>36</sup> Sobre tal aspecto, são interessantes as inquietações trazidas por De Giorgi, quando questiona sobre “o que é representado como risco na sociedade de risco? O que está em risco nesta sociedade: o direito, a

sendo tal possibilidade de extrema utilidade para observações jurídicas capazes de assimilação do risco sob formas específicas.

A comunicação particular (biotecnologia) reflete riscos de uma ordem específica, ou seja, aquele risco gerado pelo emprego de biotécnicas, o qual se difere de outros tipos de riscos, como o risco nuclear, o risco econômico ou o risco jurídico. Apesar dessa diferenciação, cada sistema particular o observa de uma forma própria. Há, pois, uma diferenciação na diferenciação, ou seja, a evidente distinção entre determinados tipos de risco e a ulterior forma que adquirem pela sua operacionalização sistêmica. Isso significa que há um duplo risco: primeiro, no sentido da própria diferenciação entre risco biotecnológico e riscos de outras ordens (por exemplo, risco nuclear, risco nanotecnológico, etc.). Em segundo lugar, observa-se que o próprio risco sofre ulteriores diferenciações, amoldando-se a formas específicas relacionadas à realidade de cada observador particular.

Em outras palavras, o risco biotecnológico é assimilado diferentemente por cada sistema funcional da sociedade; isso faz com que diferentes discursos sociais o observem de uma maneira específica. Com isso, o sistema jurídico passa a observar o risco biotecnológico e, ao mesmo tempo, o risco do risco biotecnológico, potencializado por sua operacionalização por outros sistemas, o que se torna um evidente problema para o sistema jurídico quando essa passa a (auto)refletir sobre o risco jurídico do risco biotecnológico, conforme será observado no último item deste trabalho.

Tais constatações (o risco do risco, a diferenciação na diferenciação) apontam para determinadas questões:

- a) o risco biotecnológico é gerado na sociedade que, ao mesmo tempo, submete-se aos resultados desses riscos;

---

política ou a própria sociedade? A que se contrapõe o risco? Qual o outro lado da distinção em que um dos lados é a sociedade do risco? Segurança? Estabilidade? Compaixão? Ordem? Ou ainda: racionalidade, crítica, reflexão? O risco da sociedade do risco é uma questão que interessa às operações da estrutura da sociedade ou uma questão relativa ao caráter das descrições da semântica, por meio das quais a sociedade se observa?" (DE GIORGI, 2006, p. 227).

- b) mediante processos de auto-observação, a avaliação dos riscos é deslocada de observações de primeira para observações de segunda ordem;
- c) o risco biotecnológico, assim observado, é reconstruído no interior dos sistemas funcionais da sociedade sob formas específicas, possibilitando um agir seletivo dos sistemas funcionais.

Sob outra observação, a palavra reflexividade aqui empregada não significa nada mais do que a designação dos processos de (auto)descrição do risco biotecnológico, o que apenas é possível pela capacidade autopoietica da sociedade em permanentemente reinventar a comunicação que a caracteriza. No mesmo sentido da comunicação *latu sensu*, o risco biotecnológico tematiza a si próprio, evidenciando o fato de que comunicações de risco ocorrem na sociedade e cujo destinatário de tal comunicação não é outro senão essa mesma sociedade.

A reflexividade é uma consequência fundamental da própria realidade autopoietica na qual é inserida a sociedade. Para Luhmann,<sup>37</sup> os problemas de racionalidade da sociedade não podem ser observados sob aspectos de reflexividade da razão, mas a partir do deslocamento para o âmbito de sistemas sociais autopoieticos. A racionalidade da sociedade, dessa maneira, não pode ser atribuída à perseguida inequívocidade da razão humana, tampouco aos improváveis consensos intersubjetivos, mas tão somente à possibilidade dessa mesma sociedade reacionar frente a novos problemas que reiteradamente surgem, o que é possível apenas sob uma forma de sistema social que opere sob condições autorreferentes (reflexivas).

Beck<sup>38</sup> fala em modernização reflexiva, apontando para o fato de que essa modernização significaria uma autoconfrontação entre os efeitos de uma, por ele denominada, sociedade de risco e a realidade de formas industriais. Logo, os efeitos apontados por situações de risco não seriam passíveis de assimilação por um modelo industrial de

---

<sup>37</sup> Luhmann (1989, p. 136).

<sup>38</sup> Beck (1997, p. 16-17).

sociedade, na qual a premência de produção de bens é o aspecto central. Nesse aspecto, a recursividade de comunicações de risco obscurece discussões anteriormente presentes, deslocando o centro gravitacional dos problemas sociais da distribuição de bens (sociedade industrial) para a distribuição de riscos (sociedade diferenciada).

Os riscos, por isso, não podem ser observados apenas como consequência lógica de processos decisórios, mas, igualmente, como comunicações que liberam decisões. Essa perspectiva circular é plenamente observável quando se visualiza o risco como um processo reflexivo. Tal fato desencadeia nítidas consequências para uma teoria jurídica com pretensão de observar a problemática do risco biotecnológico. Os problemas enfrentados pela sociedade diferenciada, notadamente os relacionados ao risco, não são passíveis de transformação em questões de ordem,<sup>39</sup> ou de gestão mediante critérios jurídicos baseados na dicotomia permitido/proibido. Não é possível proibir o risco.<sup>40</sup> Aliás, é de ser salientado que o risco, em sua forma atual, é um evento intrinsecamente relacionado a processos democráticos. Maiores os níveis de democracia, maiores os riscos aos quais a sociedade é submetida.<sup>41</sup>

Comunicações de risco, dessa maneira, requerem uma teoria jurídica que considere toda a complexidade e o pluralismo que caracterizam a sociedade contemporânea, bem como, que observe os processos sociais reflexivos que geram/amplificam o risco biotecnológico. É possível observar, pois, que “[...] *el concepto moderno de cultura implica tanto reflexividad en el sentido de autoanálisis como constatación de la existencia de otras culturas, es decir, la contingencia de que determinados ítems sean específicos de formas de vida concretas.*”<sup>42</sup> no âmbito da sociedade. Com isso, a possibilidade de análise do risco biotecnológico escapa do alcance de uma teoria jurídica positivista, com pretensão de universalidade, para se centrar justamente nos processos auto-organizatórios da sociedade, bem como considerando-se toda sua complexidade. A partir de tal constatação, abrem-se possibilidades para a gestão do risco biotecnológico com base em

---

<sup>39</sup> Beck (1997, p. 21).

<sup>40</sup> De Giorgi (2006, p. 235).

<sup>41</sup> Essa ótica é estabelecida em De Giorgi (1998, p. 56-59).

<sup>42</sup> Luhmann (1996, p. 173).

um Direito plural, capaz de (auto)observar-se seletivamente e de dialogar com outras instâncias comunicativas.

#### **4 O RISCO BIOTECNOLÓGICO NA FORMA DE OBSERVAÇÃO JURÍDICA E A REFUTURALIZAÇÃO DO FUTURO DO DIREITO**

Seguindo-se todas as considerações até agora tecidas, é possível observar que o risco biotecnológico afigura-se, paradoxalmente, como um problema e, ao mesmo tempo, como uma possibilidade de construção de futuro pelo sistema jurídico. A evidência fundamental disso é que a sociedade defronta-se com problemas até então inéditos, relacionados às novas tecnologias e decorrentes de seus próprios desenvolvimentos. Há não muitos anos inexistiam preocupações com efeitos desconhecidos de organismos geneticamente modificados. O tempo exerce um fator crucial no incremento da complexidade social. A própria evolução da sociedade, além de instituir incríveis níveis de insegurança, traz problemas inéditos, dos quais o Direito necessariamente deve se ocupar. Esse parece ser um ponto nevrálgico nos debates sobre o risco, afinal o risco (tal como é observado hoje) apenas subsiste em suas formas atuais em razão da possibilidade de desenvolvimento social e pela dura conquista do processo democrático.<sup>43</sup>

A sociedade, ao possibilitar a emergência da biotecnologia como uma forma delimitada a partir de acoplamentos entre técnica e biologia, igualmente passa a suportar reflexivamente seus riscos. Isso se afigura como um evidente problema a ser pensado pelo sistema jurídico. Pensar em uma possível gestão jurídica do risco

---

<sup>43</sup> O desenvolvimento da biotecnologia apenas torna-se possível mediante a possibilidade de realização de escolhas. Dessa forma, apenas é possível que a tecnologia impulse a sociedade quando possibilitada por esta mesma sociedade as condições à seleção de alternativas. A democracia emerge como uma possibilidade de (re)produção da complexidade biotecnológica e, conseqüentemente, de impulsionar essa mesma sociedade ao desenvolvimento. Sobre as relações entre risco e democracia vide De Giorgi (2006, p. 56-59). Vale dizer, igualmente, que possibilidades de decisões socialmente autoproduzidas traduzem-se no eixo de compreensão da democracia na sociedade diferenciada. É por isso que a democracia pode ser observada como “[...] uma estrutura que permite altas possibilidades de escolha. É portanto uma estrutura muito evolutiva. Pois, quanto maior a possibilidade de escolha, mais alto é o risco, sendo maiores as possibilidades de evolução” social (ROCHA, 1994, p. 11).

biotecnológico é uma tarefa de nítida complexidade. Todavia, a própria possibilidade dessa operacionalização reside na relação do sistema jurídico com a complexidade social, com os processos de diferenciação e novas formas de regulação social que surgem a cada momento na sociedade contemporânea.<sup>44</sup>

A consciência do risco é o que possibilita construções voltadas para o futuro. Entretanto, tratar juridicamente o risco biotecnológico é uma tarefa paradoxal. Essa tarefa pressupõe a observação do inobservável, a racionalização do irracional, a delimitação do ilimitável, a construção de um futuro que apenas existe no presente e impõe os desafios de se pensar em problemas que não podem ser pensados em termos racionais ou pela observação do presente. O presente não pode ser observado. O presente é o ponto cego da observação do tempo; é o ponto de vista do observador que observa o tempo desde a distinção passado/futuro, sendo si próprio condição para essa observação, não podendo, por isso, observar-se.<sup>45</sup> O presente, pois, é o terceiro excluído da observação, é a caracterização da invisibilidade do tempo, é espaço não marcado da observação temporal; não é o que passou, tampouco o que está por vir; entretanto, tudo o que ocorre, ocorre nessa simultaneidade entre passado e futuro, ou seja, no presente.

A simultaneidade do tempo é um fator presente nos debates jurídicos. Torna-se explícito que a distinção passado/futuro apenas pode ser originada no presente. Nas palavras de Luhmann,<sup>46</sup> “[...] *tanto el pasado como el futuro son contemporáneos y relevantes sólo en la simultaneidad. Pasado y futuro son horizontes de tiempo de cada una de las operaciones y pueden tan sólo como tales ser distinguidos en el presente.*” O tempo, pois, apenas existe no presente; apenas são possíveis construções que controlam o passado e o futuro a partir de distinções que podem ser realizadas tão somente no presente.

Essa observação sobre a observação do tempo está igualmente pressuposta em Ost,<sup>47</sup> quando propõe seus tempos do Direito: memória, perdão, promessa

---

<sup>44</sup> Rocha (2003, p. 185).

<sup>45</sup> Luhmann (1998, p. 86).

<sup>46</sup> Luhmann (2002, p. 101).

<sup>47</sup> Ost (1999, p. 46).

e questionamento. Não há um tempo presente e, apenas por isso, é possível a instituição desses quatro compassos temporais. Os quatro tempos pressupõem uma completa anacronia, rompendo-se com qualquer linearidade temporal possível para o Direito e, conseqüentemente, com construções jurídicas delimitadas tão somente por programas condicionais fundados em relações de causa e efeito. A memória vincula o passado, o perdão esquece o passado, a promessa constrói o futuro e o questionamento reconstrói o futuro jurídico inacabado, readaptando-o a uma realidade em constante mudança e apenas passível de descrição por um observador. Entretanto, os quatro tempos ocorrem simultaneamente; torna-se evidente, assim, que o domínio do tempo jurídico apenas é possível desde observações que apenas existem na simultaneidade do presente. Logo, passado e futuro somente podem ser observados mediante uma distinção própria e impossível de ocorrer em um tempo que não o presente.

É justamente em razão dessa cegueira quanto à observação do presente que o Direito torna-se capaz de orientar seu agir observando o passado e, ao mesmo tempo, tendo no risco um evento de representação de futuro. Nesse contexto, a biotecnologia oferece, além de seus avanços próprios, um incrível horizonte de indeterminações, capazes de causar perturbações que o sistema jurídico inegavelmente deve abarcar. Esse aspecto é salientado por De Giorgi<sup>48</sup> quando afirma que a sociedade contemporânea possui no risco um fator de representação de futuro capaz de orientar a dinâmica jurídica a partir de observações que vinculem o tempo.

Paradoxalmente, o próprio risco biotecnológico apresenta-se como tal possibilidade. O Direito tem, no risco, um evidente instrumento para seus processos reflexivos. O risco torna possível a ativação do sentido jurídico de futuro, demonstrando a capacidade do Direito em racionalizar um futuro deveras contingente e impossível de ser observado. É esse paradoxo que vislumbra possibilidades jurídicas para a observação do futuro e de construção de critérios para a gestão do biorisco.

---

<sup>48</sup> De Giorgi (2006, p. 232).

As observações futuras realizáveis pelo Direito dependem enormemente dessa representação jurídica do risco.<sup>49</sup> A biotecnologia, enquanto um dos vértices dos processos comunicativos constitutivos da sociedade, contribui enormemente para formas de observação voltadas para o futuro. O Direito apenas pode observar o futuro, pelo risco biotecnológico, porque não possui condições de geri-lo e justamente esse paradoxo viabiliza que hajam profundas alterações nas estruturas jurídicas para que o risco da biotecnologia possa ser juridicizado.

## 5 CONCLUSÃO

Biotecnologia e risco são duas realidades interdependentes. Realidades, porque existem comunicativamente; interdependentes, porque dependem mutuamente de decisões. O risco é sempre um evento socialmente produzido e, por isso, dependente de decisões. Ao mesmo tempo em que a sociedade multiplica seus conhecimentos sobre as mais diversas áreas, os riscos aos quais se submete são igualmente potencializados. A sociedade, pois, cria mecanismos para controlar suas indeterminações, produz tecnologias e, contudo, permanece cada vez mais exposta a riscos dos quais não pode se esquivar.

A recursividade da comunicação biotecnológica, assim, promove a evidente necessidade da operacionalidade do sistema jurídico ser repensada. O Direito tradicionalmente opera mediante algoritmos causais extremamente simplificados, guiados por uma lógica universalista e sob critérios dogmáticos, evidenciando um nítido descompasso entre o tempo social e o tempo jurídico. Nesse contexto, paradoxalmente, o risco emerge como uma estratégia sistêmica capaz de racionalizar o irracional. A observância do risco, pelo Direito, converge na possibilidade de construções jurídicas capazes de observar observações que não podem ser observadas,

---

<sup>49</sup> Luhmann (1998, p. 8): *Las formas en que se desarrolla del tiempo no son discrecionales. La mayoría de las diferenciaciones y su irreductibilidad lógica ofrecen más bien la posibilidad de coordinar las semánticas temporales con las estructuras sociales. Ofrecen la oportunidad de adaptarse de esta manera a las limitaciones estructurales de la creación de sentido y así de ganar plausibilidad. Es este trasfondo teórico el que nos lleva a la tesis de que la sociedad moderna representa el futuro como riesgo.*



viabilizando a delimitação do futuro jurídico pela construção de um futuro que apenas existe desde o ponto de observação do próprio sistema jurídico.

Com isso, o futuro torna-se algo menos perturbador, ainda que permaneça um imenso horizonte de incertezas. O Direito, por intermédio do risco, torna-se capaz de delimitar suas operações com vistas a construções que considerem a complexidade da sociedade diferenciada. Em outras palavras, a biotecnologia tem, em seu próprio risco, um mecanismo capaz de causar perturbações, abarcáveis pelo sistema jurídico, possibilitando, com isso, a descrição de formas de futuro. O Direito torna-se, então, capaz de valer-se dessa estratégia para orientar suas próprias operações, estruturando a comunicação biotecnológica internamente, mediante sua linguagem binária particular (direito/não direito) e, com isso, indo além das limitações impostas pela dogmática jurídica.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, F. J. L. *Organismos transgênicos: explicando e discutindo a tecnologia*. Barueri: Manole, 2003.

BECK, U. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Sigla XXI, 2006.

CARVALHO, D. W. de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

DE GIORGI, R. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DE GIORGI, R. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, R. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, mar./jun. 2008.

FUKUYAMA, F. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GIDDENS, A. Risco, confiança, reflexividade. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

LUHMANN, N. A estabilidade instável. In: SILVA, J. M. da. *O pensamento do fim de século*. Porto Alegre: L&PM, 1993. (Entrevista concedida a Juremir Machado da Silva, realizada em Porto Alegre, set. 1990).

LUHMANN, N. *Ecological communication*. Chicago: the University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, N. La contingencia como atributo de la sociedad moderna, In: BERRAIN, J. (Comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997a.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade In: NEVES, C. E. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. Goethe-Institut, 1997b.

LUHMANN, N. *Organización y decisión. autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

LUHMANN, N. Riesgo y peligro. In: RAZQUIN, J. B.; IBARGÜEN, M. A. (Ed.). *Las contradicciones culturales de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 2007.

LUHMANN, N. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores, 1998.

LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

OST, F. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROCHA, L. S. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, L. S. Direito, complexidade e risco. *Seqüência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, p. 1-14, jun. 1994.

ROCHA, L. S. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROCHA, L. S.; ALVES, P. R. R. Biotecnologia e responsabilidade civil heteror-reflexiva. In: BERTASO, J. M.; LOCATELLI, L. (Org.). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo e políticas de cidadania e resoluções de conflito*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHWARTZ, G. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



# TÉCNICA E RESPONSABILIDADE: SOBRE O LIMITE ÉTICO DO NATURAL E ARTIFICIAL

Ana Paula Atz\*

## 1 INTRODUÇÃO

Pensar a ética dentro de um contexto no qual a tecnociência ocupa um lugar cada vez mais de destaque tem imposto aos agentes jurídicos e à comunidade científica em geral uma reflexão sobre os objetivos e consequências de tal realidade. O homem, como bem disse Sartre, é fruto de sua própria evolução, portanto, cabe-nos tirar proveito de todo o avanço que nos possibilite viver melhor, aperfeiçoar o que a nossa natureza nos proporcionou, pois tal condição nos é concedida, não escolhemos.

Já na década de 1960, as preocupações com a ciência e a tecnologia já estavam refletidas no trabalho de Wiener,<sup>1</sup> o qual escolheu como ideia-chave de sua obra o surgimento do progresso tecnocientífico, que teria como consequência o surgimento de uma gama incrível de novos problemas, cuja solução não seria adequadamente conhecida. A tecnociência culminou com o poder de modificar e manipular a natureza humana, sendo o homem e o natural radicalmente transformáveis.

A dicotomia natural-artificial nunca se fundiu tanto, na medida em que o artificial se integra ao natural para aperfeiçoá-lo, melhorá-lo, torná-lo apto a desenvolver sua função naturalmente concebida. O artificial fruto da operação técnica e o homem coexistem inter-relacionados, cabendo aos operadores do Direito e à

---

\* Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora de Ensino Superior da Universidade Feevale; Avenida Doutor Maurício Cardoso, 510, Hamburgo Velho, 93510-250, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil; ana.atz@gmail.com

<sup>1</sup> Wiener (1973).

sociedade em geral, não em supri-los, mas em fiscalizá-los segundo o postulado de uma ética da responsabilidade.

O objetivo do trabalho proposto consistiu em analisar a consequência do debate da distinção natural-artificial para a ética, bem como os rumos tomados pela técnica, interrogando os benefícios para o progresso humano. Por fim, resta imperioso definir um novo paradigma ético para o enfrentamento de tais questões que envolvem um diferente tipo de racionalidade.

Acredita-se ser válida tal reflexão para o âmbito jurídico e para a ética, pois diante de tais considerações o homem tem sido compelido a repensar seu papel em relação ao agir humano como principal fator de transformação do meio ambiente, repensando os rumos do desenvolvimento científico e a proteção do ser humano.

## **2 A METÁFORA DO GRAMADO DE PALOMAR: SOBRE A (POSSÍVEL) DISTINÇÃO ENTRE O NATURAL E O ARTIFICIAL**

A discussão entre natural e artificial muito travada em vários âmbitos da ciência tem ganhado atenção especial principalmente no âmbito da Medicina, do Direito e da Ética. Com o progresso médico e a capacidade de intervir em processos biológicos do ser humano, a questão dessa interação torna-se relevante. Para ilustrar a ideia que se quer passar neste ensaio, toma-se um texto de Palomar chamado *O gramado infinito*. O texto ambienta-se na casa em que mora o Senhor Palomar e em cujo entorno existe um gramado, veja-se a passagem:

Em volta da casa do senhor Palomar existe um gramado. Não se trata do lugar onde normalmente deveria haver um gramado: portanto o gramado é um objeto artificial, composto de objetos naturais, ou seja, de grama. O gramado tem por finalidade representar a natureza, e essa representação acaba por substituir a natureza própria do lugar por uma natureza em si natural mas artificial em relação ao lugar.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Calvino (1994, p. 29).

A ideia desse espaço, imitação da natureza, segundo o personagem, desencadeia nele a percepção dos aspectos que o compõem. Trata-se de um lugar, segundo o narrador, artificial, uma vez que ali não deveria existir um gramado, mas uma natureza livre. A representação da natureza, ainda que constituída de seus próprios elementos (no caso, a grama), é construída. A descrição que o personagem faz do gramado é detalhada e constitui um catálogo de impressões.

Essa obra é caracterizada pela visualização do mundo fragmentado em binômios existenciais, os seus questionamentos evidenciam o caráter dual de suas problemáticas. O homem *versus* a natureza, o silêncio *versus* a palavra, o natural *versus* o artificial. Tais questionamentos levam-no a fazer uma descrição exata, buscando algo preciso. No texto do gramado fica evidente como o exercício de precisar o que é natural e artificial é, muitas vezes, conforme determinada situação, difícil de se fazer essa distinção.

Nesse sentido, existe uma distinção que possa ser feita entre natural e artificial? A resposta a essa pergunta parece ser imediata e sem ambiguidades, em um primeiro momento. O rio, a nuvem, a montanha ou rochedo são objetos naturais; já um prato, uma faca, um automóvel são objetos artificiais, designados como artefatos.

*Segundo Monod*,<sup>3</sup> “Se analisarmos esses juízos, veremos, no entanto, que não são imediatos nem estritamente objetivos.” Assim, a faca ou o prato foram modelados pelo homem para uma utilização ou função já prevista. Nesse caso, o objeto seria a intenção preexistente materializada e sua forma seria explicada pela *performance* que dela se esperava antes mesmo que se realizasse. Isso não ocorre, por exemplo, com o rio, a nuvem ou a montanha, pois foram constituídos pelo livre jogo de forças físicas, as quais não poderiam se vincular a nenhum projeto. Pode-se dizer, então, que a natureza é objetiva e não projetiva.

Monod trabalha com dois critérios para a possibilidade de distinguir tais conceitos. O primeiro deles seria o critério da regularidade, a ideia aqui é

---

<sup>3</sup> Monod (1989, p. 15).

que os objetos naturais são modelados pelo jogo das forças físicas, não apresentando estruturas geometricamente simples: superfícies planas, arestas retilíneas, ângulos retos, simetrias exatas; já os artefatos apresentam tais características, mesmo sendo de maneira aproximada. O segundo critério reside na repetição, na medida em que os artefatos possuem homólogos, destinados ao mesmo uso, e são reproduzidos em larga escala.<sup>4</sup>

Mesmo esboçando algumas tentativas no sentido de se verificar uma diferença entre o natural e o artificial, enfrentam-se dificuldades. Suponha-se que a NASA marciana, desejosa de detectar sobre a Terra vestígios de uma sociedade organizada, criadora de artefatos, chegasse até aqui. Veja-se o exemplo trabalhado por Monod:

Suponhamos que a máquina estude agora outro tipo de objeto: uma colméia de abelhas selvagens. Evidentemente ela descobrirá aí todos os critérios de uma origem artificial: estruturas geométricas simples e repetitivas dos favos e das células constituintes através das quais a colméia seria classificada [...] O que pensar deste juízo? Sabemos que a colméia é artificial, no sentido em que representa o produto da atividade das abelhas. Mas temos boas razões para pensar que esta atividade é estritamente automática, atual, mas não conscientemente projetiva. Não há uma flagrante contradição em considerar artificial o produto da atividade automática de um ser natural?<sup>5</sup>

Esse exemplo destina-se a ilustrar a dificuldade em definir a distinção que, no entanto, parece-nos intuitivamente certa entre objetos naturais e artificiais. Pode-se pensar também em uma prótese que devolve ao braço, por exemplo, a sua capacidade originária natural de articulação, retomando seu *status quo*. Todo o artefato possui uma das propriedades fundamentais que caracterizam todos os seres vivos sem exceção, qual seja, a de serem objetos dotados de um projeto que, ao mesmo tempo, eles representam em suas estruturas e desempenho. O problema central da

---

<sup>4</sup> Monod (1989, p. 16-17).

<sup>5</sup> Monod (1989, 17-18).



biologia, conforme Monod,<sup>6</sup> consiste em resolver se essa contradição é apenas aparente ou provar insolúvel posto que seja exatamente assim.

Com efeito, existe uma ideia por vezes equivocada da diferença entre natural e artificial diante de uma mistura meio dada, meio construída na qual, em todos os níveis, os elementos naturais se associam em conjuntos artificiais. Segundo Hottois: “[...] todos os elementos do tecnobiocosmos, desde a molécula à sociedade, se apreendem como sistemas de complexidade inigualável, integrados, hierarquizados e interconectados.”<sup>7</sup>

Assim, no caso da colocação de uma prótese, aqui entendida ao instrumento, mediante o qual uma função do organismo humano deteriorada é parcialmente, ou no todo, restaurada. Nesse caso, a prótese compensa uma deficiência do organismo humano.<sup>8</sup>

A importância de tal debate se torna relevante na medida em que o progresso técnico está cada vez mais invasivo, invadindo o mundo e a ordem natural. Têm-se como exemplo questões que outrora não se faziam presentes na ciência nem com uma preocupação ética: a modificação total dos meios de reprodução natural, tendo-se como caso extremo a clonagem (praticada já em mamíferos); a mesclagem em espécies naturais com o fim de explorar e inventar técnicas de hibridação; as patentes de seres vivos manipulados como se fossem invenções inéditas. Essa discussão interessa para a ética, visto que é imperioso estabelecer parâmetros e limites dessa simbiose entre o natural e o artificial para a proteção do ser humano.

### **3 TÉCNICA A SERVIÇO DO PROGRESSO HUMANO?**

A aceitação da tecnociência como uma realidade nova e, de um mundo artificial, fruto da operatividade técnica, tem estreita preocupação ética, pois transcendem o espaço restrito das relações interindividuais, refletindo os problemas encon-

---

<sup>6</sup> Monod (1989, p. 32).

<sup>7</sup> Hottois (1999, p. 56).

<sup>8</sup> Hottois (1999, p. 63).

trados no âmbito da ecologia, da natureza humana e do futuro da espécie humana. Entretanto, quando essa intervenção atua diretamente sobre os processos da vida, seja na reprodução, no tratamento de doenças por meio do recurso às manipulações biológicas e transplantes, não nos parece que tudo seja válido e permitido.

Parte-se do pressuposto, para tanto, que nem tudo que é cientificamente possível de ser realizado é, portanto, eticamente aceitável, devendo conciliar o desenvolvimento da técnica com a proteção à dignidade humana. Podem-se manipular genes e a reprodução humana, mas algo se insere entre o poder e o fazer, qual seja, efetivamente, o sentido deste fazer.<sup>9</sup>

Será analisada a questão do Projeto Genoma e da clonagem humana como lócus para a observação do progresso técnico.

O Projeto Genoma<sup>10</sup> valida e reforça o determinismo biológico como explicação das variações sociais, assim, o alcoolismo, o desemprego e a violência teriam suas causas nos genes e não no ambiente social. Poder-se-ia dizer que seria como uma ideologização do genoma por meio do DNA. Segundo Junges:<sup>11</sup>

No projeto genoma estão implicados três aspectos que se condicionam mutuamente: o aspecto técnico-científico, que aperfeiçoa a já existente “medicina predictiva”, podendo prever doenças futuras; o aspecto do poder econômico, que aumenta os lucros dos empresários da biotecnologia, dos empregadores e das seguradoras, estando por trás das lutas pelas patentes; e o aspecto ideológico, que pretende dar um novo sentido à vida, à sociedade, à história, prometendo uma saúde perfeita e realizando o sonho do homem perfeito.

De acordo com as bases em que o Projeto Genoma está assentado, notam-se o cuidado e o perigo que se deve ter para não cair em um processo da técnica e do comercialismo que destruam o valor humano. Tais aspectos do Projeto Genoma apontados têm estreita relação ética com uma tendência ao eugenismo, à medicina

---

<sup>9</sup> Souza (2003, p. 19).

<sup>10</sup> “Em biologia, o genoma é toda a informação hereditária de um organismo que está codificada em seu DNA (ou, em alguns vírus, no RNA). Isto inclui tanto os genes como as sequências não codificadoras. Mais precisamente.” (WIKIPÉDIA, 2014).

<sup>11</sup> Junges (1999, p. 235-236).

predictiva, ao acesso ao código genético da pessoa e ao patenteamento dos genes, entrando na disputa de interesses econômicos das grandes indústrias farmacêuticas.<sup>12</sup>

A manipulação técnica do homem engloba também a clonagem, que origina réplicas gênicas exatas do organismo progenitor. Segundo Jonas,<sup>13</sup> o efeito físico da clonagem seria a multiplicação de seres humanos idênticos, os quais se diferenciariam somente em razão do intervalo de tempo, fato que preocupa o autor, uma vez que “[...] as razões para ela abrangeriam desde capricho perverso, passando pelo utilitarismo e o fanatismo científico, até a multiplicação da excelência na espécie humana.”

A clonagem levantou questionamentos éticos depois da reprodução de um mamífero por clonagem nuclear, na qual foi levantada a possibilidade de clonagem de embriões humanos.<sup>14</sup> Assim, o principal objetivo da clonagem nuclear é criar cópia genética de um ser já desenvolvido. Além dos objetivos sob um viés pessimista, quais sejam, que estariam ligados ao utilitarismo, fanatismo, tecnicismo extremado, há outros que concebam pontos positivos em tal fenômeno, nesse sentido, como:

Um casal poderia querer satisfazer o desejo de procriar gêmeos idênticos, ou, ainda, congelar uma cópia do embrião implantado e criopreservá-lo para uma futura geração [...] Cônjuges, em que um deles é acometido de uma anomalia genética transmissível, poderiam ter um filho sem o perigo de contrair a doença através da clonagem nuclear do cônjuge isento da enfermidade. Lesbianas poderiam gerar uma filha sem o concurso de alguém do outro sexo. Pais poderiam requerer a geração de um clone do filho para fins de transplante de medula inteiramente compatível, ou um adulto utilizar a clonagem para obter órgãos histocompatíveis para transplante.<sup>15</sup>

A clonagem é o modo de reprodução de muitos seres vivos, visto que em mamíferos e na espécie humana ocorrem nascimentos de gêmeos por clonagem em-

<sup>12</sup> Junges (1999, p. 236-237).

<sup>13</sup> Jonas (1994, p. 88-92).

<sup>14</sup> O debate atual versa sobre a reprodução humana por clonagem nuclear, que tornaria possível a criação da cópia genética de uma pessoa adulta.

<sup>15</sup> Junges (1999, p. 258).

brionária. Então, questiona-se, contudo, a hipótese de induzi-la por procedimentos técnicos. Quando se fala em artificial, ou seja, produto da ação do homem, parece-nos algo com um certo distanciamento daquilo que deveria ser. Pode-se perguntar de onde surge a constatação de que um resultado do trabalho e da arte inventiva da inteligência humana seja objeto de menor valoração.<sup>16</sup> Nesse caso da clonagem, portanto, qual o problema de usá-la para a reprodução humana?

Essa visão de alguns cientistas está assentada em uma visão reducionista, ou seja, reduz o ser humano à sua realidade biológica, excluindo o seu caráter espiritual dado à visão da ciência adstrita à matéria.

É de se verificar que o dom da vida não é absoluto, assim, o poder do homem sobre a sua própria vida e dos que dele dependem não é absoluto, mas limitado. O valor do ser humano se configura como não instrumental e, nesse sentido, independe de satisfazer ou não as pessoas envolvidas.<sup>17</sup> Ao mesmo tempo, não podemos conceber que os homens não se beneficiem de sua própria evolução, isto é, não admitir a intervenção na vida para aperfeiçoá-la, melhorá-la, dispor dos avanços médicos, técnicos e farmacológicos para melhor viver.

A intenção do princípio da qualidade de vida e o debate sobre a técnica, fruto do artificial, consiste não em supri-la, mas em fiscalizá-la por meio da responsabilização do ser humano diante da vida.

#### **4 TÉCNICA E RESPONSABILIDADE: SOBRE O LIMITE ÉTICO DO DEBATE NATURAL VERSUS ARTIFICIAL**

Nas experimentações na área da Engenharia Biológica, para se citar um exemplo, não há a possibilidade de substituição, ou seja, a experimentação é o verdadeiro ato, pois quando se fala em seres humanos se opera com o próprio original, podendo-se afetar irreversivelmente. Assim, as consequências são duvidosas e o desconhecimento do total alcance disso se torna preocupante. As pesquisas feitas

---

<sup>16</sup> Zuben (2006, p. 79).

<sup>17</sup> Nedel (2004, p. 34, 36).

nessa área suscitam algumas perguntas, como: “Quais seriam as finalidades da nova tecnologia genética sobre o homem? Criar homens melhores? Mas por qual padrão aferir o melhor? Homens melhor adaptados? Mas melhor adaptados a quê? Super-homens? Mas como saber o que é super?”<sup>18</sup>

As discussões provocadas pela contingente aplicação de técnicas fez emergir uma necessidade de regulação e parâmetros para essa nova realidade tecnocientífica. Tais avanços fizeram surgir uma série de questionamentos éticos. Conforme bem assinala Barretto,<sup>19</sup> o conteúdo ético dessa nova cultura servirá como elemento humanizador e não apenas como limitador do progresso científico, advertindo que a teoria da responsabilidade moderna deve privilegiar esses dois aspectos.

Faz-se necessário repensar os rumos do desenvolvimento científico, necessitando de um novo paradigma ético. Sobre um imperativo em resposta ao novo tipo da ação humana, segundo Jonas: “Nas tuas opções presentes, inclui a futura integridade do ser humano entre os objetos da tua vontade.”<sup>20</sup> O que o autor propõe aqui é a busca de uma ética que se preocupe com a sobrevivência humana futura, simbolizando uma nova natureza no agir, nova ética da responsabilidade em longo prazo, uma humildade em relação aos avanços técnicos atuais. Jonas propõe uma ética da responsabilidade.<sup>21</sup>

Para que seja aplicável a ética da responsabilidade, necessita-se reconhecer a irreversibilidade de nossas ações para, com isso, buscar o melhor apoio científico, lembrando que a técnica está a serviço do homem e não o contrário. É uma noção mais ampla de responsabilidade, que abarca o ser humano e a natureza, posto que a ação do homem pela técnica transcende a esfera privada.<sup>22</sup>

Nesse diapasão, é necessário cuidar de questões que dizem respeito às necessidades, aos interesses e aos direitos da sociedade, pois esta é uma abstração, enquanto o indivíduo é uma concreção. Essa ideia invoca o dualismo entre bem

<sup>18</sup> Jonas (1994, p. 71).

<sup>19</sup> Barretto (2009, p. 17).

<sup>20</sup> Jonas (1994, p. 45).

<sup>21</sup> Jonas (1994, p. 56, 65).

<sup>22</sup> Jonas (2006, p. 63, 229).

individual e bem comum, interesse privado e público, chegando-se aos direitos do indivíduo e aos direitos da sociedade.<sup>23</sup>

Tarefa impossível de se preverem todas as situações humanas ligadas ao progresso científico e tecnológico, o princípio da responsabilidade não seria aplicado por subsunção, técnica que esvazia a ética de sua dimensão maior,<sup>24</sup> mas exige a consideração de dois momentos, segundo Junges:<sup>25</sup> a ação moral deve ser universalizável e o segundo momento considera como ações responsáveis aquelas que avaliam as condições e as consequências da intervenção no mundo da vida.

Vale referir que o progresso da civilização tecnocientífica possibilitou ao homem uma forma de vida capaz de ameaçar todas as demais. Esse fato gera ao homem o dever de cuidar de toda a biosfera. O princípio responsabilidade, portanto, conduz ao homem visualizar a natureza como ente carente de sua iminente proteção. Segundo Jonas,<sup>26</sup> “[...] o poder e o perigo revelam um dever, o qual, por meio da solidariedade imperativa com o resto do mundo animal, se estende do nosso Ser para o conjunto, independentemente de nosso consentimento.”

Sobretudo, tem-se que proteger a dignidade da pessoa humana, à qual o conteúdo ético foi explicitado por Kant, ao eleger o ser humano como um fim em si mesmo, e não como meio para atingir determinada vontade ou capricho, assinando que “[...] em todas as suas ações deve, não só nas dirigidas a si mesmo, como também nas dirigidas aos demais seres racionais, ser considerado sempre ao mesmo tempo como fim.”<sup>27</sup>

A questão de o homem ser um fim em si mesmo, para Kant, é justamente o que o difere das coisas. Para ele, os seres cuja existência se assenta na natureza, são seres irracionais, portanto, possuem um valor relativo, como meios, e por isso são denominados coisas. Já as pessoas, seres racionais que são, a natureza os distingue

---

<sup>23</sup> Jonas (1994, p. 121-127).

<sup>24</sup> Barretto (2009, p. 18).

<sup>25</sup> Junges (1999, p. 39-71).

<sup>26</sup> Jonas (2006, p. 231).

<sup>27</sup> Kant (1990, p. 78).

como fins em si mesmo, isto é, como algo que não pode ser usado como meio, dado que limita todo o capricho.<sup>28</sup>

Para Kant, agir moralmente é agir racionalmente, de maneira não contraditória. Ele defende uma ética de respeito pelas pessoas. A personalidade não é fonte de autoridade moral, mas objeto de uma responsabilidade concreta, portanto, reconhece uma responsabilidade em relação a si próprio. As decisões autônomas passam a ser aquelas que nascem da lei moral, e não aquelas que desejamos fazer, pelas quais nos inclinamos.<sup>29</sup>

Rechaça-se, com isso, qualquer ideia de utilitarismo, de um puro tecnicismo que não considere valores inerentes do ser humano. A questão ética central é a instrumentalização do ser humano, transformado em meio para satisfazer caprichos, interesses, muitas vezes econômicos.

De todo o exposto, ficam algumas considerações a serem feitas. Primeiramente que não se deve negar a importância da evolução tecnológica para o desenvolvimento de melhorias na área de Saúde Humana, fato que possibilita uma vida mais confortável, de bem-estar, prevenção, controle e tratamento de doenças antes nem pensadas. A possibilidade de reprodução que a medicina assegura para mulheres que não conseguem engravidar: inseminação artificial e reimplantação de óvulos humanos fecundados *in vitro*. Diante disso, tem-se que o artificial, por meio da técnica, cumpre um papel de restauração das funções do organismo humano, ou seja, nesses casos a técnica compensa uma deficiência do organismo humano e restaura o *status quo*. Dado esse, acredita-se ser positivo e que mostra a simbiose artificial-natural, em que não se consegue separar o artificial do natural, já que aquele restaura uma função deste.

Nos casos do Projeto Genoma, bem como da clonagem, pensa-se ser uma técnica que cumpre uma função além do aceitável pela natureza humana. São questões que transcendem o domínio das consequências pelo ser humano, fato que gera

<sup>28</sup> Kant (1990, p. 78).

<sup>29</sup> Engelhardt Júnior e Ceschin (1998, p. 135-138).

algumas implicações importantes. A ideia da clonagem de seres humanos é o exemplo mais forte de confrontação com uma sensibilidade ética. Ela coloca em xeque aquilo que nos diferencia dos demais, a individualidade, fato essencial de nossa vida. A ideia de que possam existir seres humanos não individualizados, idênticos, parece-nos moralmente refutável.

Neste ínterim, o princípio da responsabilidade assume novas perspectivas a partir do pensamento de Jonas, assim, “[...] o homem se torna o seu fiel depositário de todos os outros fins em si mesmos, que se encontram sob a lei do seu poder.”<sup>30</sup> Nesse sentido, acrescenta que a vontade ligada ao dever, o que ensinaria o poder, ativa a responsabilidade para o centro da moral.

Com um novo paradigma ético da responsabilidade e o imperativo de tratar o homem como um fim e não como um meio para interesses diversos, ou como fala Kant, segundo caprichos, podem dar boas direções no tratamento dos problemas tecnocientíficos.

## 5 CONCLUSÃO

Procurou-se, com este artigo, apresentar a problemática e a riqueza da discussão que oferece a bioética frente ao desenvolvimento de novas formas de atuação sobre o ser humano. Nesse sentido, tem-se a aceitação da tecnociência como uma realidade nova e, assim, de um mundo artificial, fruto da operatividade técnica. Assim, tentou-se demonstrar uma distinção entre o natural e o artificial, percebendo que muitas vezes se enfrentam dificuldades nessa separação, posto que o artificial supre uma deficiência natural, fazendo as vezes desta.

Ocorre que em alguns projetos na área da Medicina, para citar alguns apenas, como o Projeto Genoma e a clonagem em seres humanos, corre-se o risco da desumanização do homem e do desaparecimento da individualidade, características intrínsecas do ser humano que a sociedade sempre procurou salvaguardar.

---

<sup>30</sup> Jonas (2006, p. 217).



Quando a pesquisa envolve seres humanos há a impossibilidade de reversão de seus resultados, por isso a preocupação, visto que a experimentação é o próprio ato e não há a possibilidade de substituição. Como há desconhecimento dos resultados e do alcance desses projetos, tornam-se preocupantes tais pesquisas.

Para tanto, torna-se urgente e imprescindível refletir e estabelecer um novo paradigma ético que considere a dignidade humana e o homem como fim último das ações. O valor fundamental para toda a indagação a respeito das novas tecnologias e experimentos em seres humanos passa a ser a pessoa humana.

É necessário estabelecer o princípio da responsabilidade. Para a solução dessas questões que a sociedade e os atores jurídicos estão enfrentando, o procedimento exigido passa a ser a prática da virtude ou da atitude moral que se assume diante da pesquisa, do paciente e da natureza.<sup>31</sup>

## REFERÊNCIAS

BARRETTO, V. de P. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS- COSTA, J.; MOLLER, L. L. (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BATISTA, C. C.; MENDES, F. R. da S.; MALLMANN, L. J. (Org.). *Bioética: os desafios da genética*. Pelotas: Educat, 2003.

CALVINO, I. *Palomar*. Tradução Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

ENGELHARDT JÚNIOR, H. T.; CESCHIN, J. A. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

HOTTOIS, G. *El Paradigma Bioético*. Barcelona: Anthropos, 1999.

JONAS, H. *Ética, medicina e técnica*. Lisboa: Veja Passagens, 1994.

---

<sup>31</sup> Barretto (2009, p. 18).

JONAS, H. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JUNGES, J. R. *Bioética*: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

KANT, E. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990.

MARTINS-COSTA, J.; MOLLER, L. L. (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONOD, J. *O acaso e a necessidade*: ensaio sobre a filosofia natural da biologia moderna. Tradução Bruno Palma e Pedro Paulo Madureira. Petrópolis: Vozes, 1989.

NEDEL, J. *Ética aplicada*: pontos e contrapontos. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004.

SOUZA, R. T de. *Ética e Ciência*: bases para uma reflexão ética sobre a questão da manipulação genética. In: BATISTA, C. C.; MENDES, F. R. da S.; MALMANN, L. J.(Org.). *Bioética*: os desafios da genética. Pelotas: Educat, 2003.

WIERNER, N. *Cibernética e sociedade*: o uso humano de seres humanos. Tradução José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1973.

WIKIPEDIA. 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Genoma>>. Acesso em: 16 set. 2014.

ZUBEN, N. A. von. *Bioética e tecnociência*: a saga de Prometeu e a esperança paradoxal. Bauru: Ed. Edusc, 2006.

# LAS FALACIAS DEL ABORTO

Juan Castillo Vegas\*

## 1 INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la ética es la más difícil de todas las ciencias porque tiene la pretensión de aplicar los criterios morales a todas las circunstancias de la vida humana, incluidas las más complejas. Y la bioética, como ética de la vida y de todas las manifestaciones de la vida en su comienzo y en su fin, participa forzosamente de esta dificultad. Uno de los ámbitos al que es más directamente aplicable la bioética es lógicamente la biotecnología, que es una ciencia (y aplicación de la ciencia) en la que se da una posible ambivalencia.

La biotecnología, como aplicación de la ciencia y de la tecnología al hombre como ser vivo, ha de estar regulada por la ética porque se trata de un animal (aspecto biológico) racional (aspectos éticos y racionales). De éste modo la ética es la ciencia práctica (en el sentido de la razón práctica o moral), que ha de eliminar la posible ambivalencia de las nuevas tecnologías y en particular la biotecnología.

De una parte las nuevas ciencias y tecnologías han favorecido un mayor rigor en el tratamiento moral del ser humano desde sus comienzos. El descubrimiento del genoma, ADN, cromosomas etc., han sido determinantes para establecer que el comienzo específico de la vida humana está en momento de la fecundación-concepción.

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España); Imparte Cursos de Doctorado en la Facultad de Derecho acerca de Ecología Política y Metodología Jurídica así como sobre ética y negocios a nivel de Máster; Hospital del Rey, s/n, 09001, Burgos, España; [jcvegas@ubu.es](mailto:jcvegas@ubu.es)

Pero, de otra parte, el desarrollo de la ciencia moderna y las nuevas tecnologías favorecen técnicamente la muerte del embrión y la manipulación y muerte de los embriones en los laboratorios y la muerte al fin de la vida (eutanasia).

Según Morán:<sup>1</sup>

[...] durante las últimas décadas del siglo xx las ciencias biomédicas han experimentado un avance vertiginoso con descubrimientos de vital trascendencia para los seres humanos, que han revolucionado todas las concepciones éticas y jurídicas acerca de las condiciones en que deben desarrollarse las investigaciones llevadas a cabo en las ciencias sobre la vida humana.

Sin embargo, como señala Cambrón,<sup>2</sup>

[...] ese inmenso potencial genera grandes inquietudes entre los profesionales y en la sociedad. Son preocupaciones relativas a los mayores riesgos que esas prácticas entrañan, relativas a la integridad de las personas y para la continuidad de la especie. Los temores que suscitan las aplicaciones de las ciencias de la vida están relacionados con el mundo de los hechos y con el ejercicio de las profesiones. Y tienen también repercusiones en la ética social y en la política...Por ello las innovaciones biotecnológicas afectan de manera especial a las regulaciones deontológicas, éticas y jurídico-políticas.

## 2 DISTINCIONES PREVIAS

Cuando se habla o escribe sobre el aborto, como una de las cuestiones centrales de la bioética, es necesario hacer unas distinciones previas, de lo contrario se puede incurrir en una enorme confusión:

- a) Protección jurídica al no nacido. Toda la protección jurídica al no nacido es poca y debe hacerse todo lo posible: ayudar a las madres solteras, facilitar las adopciones, etc.;

---

<sup>1</sup> Morán (2003, p. 9).

<sup>2</sup> Cambrón (1998, p. 9).

- b) El aspecto moral. Desde el punto de vista moral el aborto ha sido y es gravemente ilícito;
- c) La protección penal al no nacido. Es aquí donde están los problemas del aborto. En los dos apartados anteriores no hay o no debiera haber problemas o polémicas. Todas las discusiones legales, políticas y sociales se centran en qué tipo de protección penal se presta al no nacido. Si al no nacido no se le da ninguna protección penal equivale a suprimirle el derecho a la vida. Mandar a la cárcel a los que practiquen el aborto... en España hace mucho que no va nadie. Pero en todos los países sigue siendo delito al menos en alguna fase de la gestación;
- d) También es necesario, tanto en el aspecto moral como en el jurídico considerar el grado de culpabilidad objetiva y subjetiva. Objetivo es aquello que es independiente del sujeto que lo considera y subjetivo es aquello que es dependiente del sujeto que lo considera. Nosotros en estas reflexiones adoptamos el punto de vista objetivo cuando hablamos de la responsabilidad o culpabilidad moral del aborto. Sin embargo en no pocos casos la responsabilidad moral puede disminuir de hecho por una serie de circunstancias: miedo, ignorancia, violencia, amenazas, vergüenza, etc. Esto mismo (ser distinto lo objetivo y lo subjetivo), puede darse también en todos los delitos y en todas las acciones humanas. Este es el fundamento de las clásicas circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes de la responsabilidad del Código penal. Algo similar sucede en la moral;
- e) Sin embargo hay que distinguir siempre entre lo legal y lo moral. Si una ley es justa coinciden lo legal y lo moral pero siempre pueden distinguirse conceptualmente lo legal y lo moral en una misma ley. En cambio, si una ley no es justa se distinguen totalmente lo legal y lo moral;
- f) También puede darse el caso de una ley que permite algo inmoral porque el Estado no puede prohibir todo lo inmoral sino solo lo que perjudique la vida y la paz social;

- g) Pero muchas personas poco formadas en estas materias cometen un gran error de juicio al considerar lícito moralmente todo lo que permiten las leyes estatales, así concluyen que todo lo legal es moral. En estas cuestiones conviene estar siempre muy vigilantes porque los Estados modernos no suelen tenerlas en cuenta y, dependiendo de materias, tampoco es de su incumbencia si no se vulneran los derechos y la justicia. Pero como norma general, y cada vez más al Estado moderno, sólo le interesa que los ciudadanos paguen los impuestos y no se agredan en la calle. No se ocupan mucho de algunas cuestiones que son al mismo tiempo morales y jurídicas, porque si fueran sólo morales no serían lógicamente de su competencia.

### 3 LA PERSONALIDAD HUMANA

En la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948, en el art. 6 se dice: “Todo hombre tiene derecho a ser reconocido como persona.” Según Spaemann<sup>3</sup> nadie ha de estar capacitado ni lo está para decidir quién es sujeto de derechos, toda persona lo es y basta.

Boladeras Cucurella<sup>4</sup> observa al respecto:

La réplica doctrinal a esta crítica consiste en argumentar que la dogmática actual se basa en los mejores conocimientos científicos de nuestra época, según los cuales el embrión es un ser sensible desde los primeros días. Esta posición no resuelve argumentativamente la controversia sobre la distinción entre ser sensible y ser sensible humano.

La ciencia puede comprobar que es un ser sensible y también que pertenece a la especie humana. A partir de estos datos la ciencia, la observación y la razón tratan de configurar el cuadro completo. Distinguimos tres clases de vida: vegetativa, sensitiva e intelectual. Si sabemos que el embrión posee los caracteres de la vida

---

<sup>3</sup> Spaemann (1997).

<sup>4</sup> Boladeras Cucurella (1998, p. 103).

sensitiva, y que pertenece a la especie humana porque sus progenitores pertenecen a la especie humana, deducimos necesariamente que le pertenecen los caracteres propios de la especie humana: personalidad, racionalidad, voluntariedad, libertad y responsabilidad.

Estos caracteres propios de la especie humana, salvo la personalidad, que se da siempre en acto, no es necesario poseerlos en acto o en ejercicio actual, basta poseerlos potencialmente, basta pertenecer a la especie humana. Si se exigieran los caracteres de la racionalidad, la voluntariedad, libertad y responsabilidad a todos los seres humanos de modo actual para reconocerles la personalidad humana, tendríamos la conclusión absurda e irracional de negar la personalidad a los niños pequeños, a los ancianos decrepitos y a los enajenados mentales.

Maciá Manso<sup>5</sup> critica a P. Singer:

Por todo ello es un error suponer que el hombre a lo largo de la autónoma evolución programada que sigue, en un determinado punto en que le corresponde adquirir determinadas potencias y precisamente a causa de obtenerlas cambie específicamente de ser. De acuerdo con el pensamiento de Singer eso es lo que tiene que ocurrir dentro del mismo único proceso de desarrollo que le corresponde seguir a todo individuo humano: el dejar de ser un individuo de la especie humana y el pasar a ser persona humana de modo que el hombre al llegar a la fase racional se transforma en persona, porque él (Singer) definió la persona como ser racional y autoconsciente; lo que implica que concibe al hombre en tanto es individuo de la especie sapiens como un ser arracional. ¿Cómo puede ser arracional el homo sapiens? ¿No es esto absurdo?

- a) Hombre y persona humana son lo mismo. Observa a este respecto Possenti:<sup>6</sup>

El individuo humano es *per se* persona y a pesar de que se dé la posibilidad de estar privado de la conciencia (o la capacidad de relacionarse, etc.). Afirmar esto implica reconocer que los conceptos <<individuo humano>> y <<persona humana>>, tienen un mismo alcance, son lo mismo.

<sup>5</sup> Maciá Manso (2003, p. 1086-1087).

<sup>6</sup> Possenti (1998, p. 138).

- b) Ser racional no es lo mismo que ser actualmente autoconsciente. La autoconsciencia ha de entenderse como propia de la especie humana y potencialmente, pero no en ejercicio actual, pues en este caso habría que negar el ser hombre o el ser persona a todos los seres humanos y personas que no puedan tener esta consciencia en ejercicio actual como los niños, los ancianos, los enajenados, etc., lo que es evidentemente irracional. Ni siquiera sería ser humano ni persona un adulto humano dormido, en coma, anestesiado, etc.
- c) El ejercicio actual de las facultades superiores: la inteligencia y la voluntad libre no puede exigirse para definir al hombre o a la persona humana. Es suficiente el ejercicio potencial, es decir, el pertenecer a la especie humana racional y libre, pero que por alguna circunstancia puede un ser humano y personal verse privado de ese ejercicio actual.

Como señala Maciá Manso:<sup>7</sup>

El hombre es hombre siempre, en cualquier fase de su desarrollo, y según se encuentre en una posterior o anterior será hombre *más o menos desarrollado*, pero igualmente hombre, ni menos ni más hombre en ninguna de sus fases. Cada hombre por desarrollarse necesariamente en un proceso peculiar natural humano, siempre es hombre que *necesariamente está* en una determinada fase de su desarrollo humano. Más radicalmente aún hay que recordar: el cigoto humano desde su mismo inicio y hasta el final de su desarrollo, una de dos, o bien es hombre, o bien no es hombre; o es persona o no es persona; o tiene vida humana o no tiene vida humana. Y lo que sea al principio del proceso lo sigue siendo siempre a través de todo el proceso hasta cuando éste se termine. Lo que es imposible es un salto del no ser al ser y viceversa dentro de un mismo proceso natural, cerrado, continuo y autónomo. Es imposible que en él se inicie un ser no humano y que durante un tiempo del proceso en que se desarrolla no sea hombre o no persona, o que no tenga vida propiamente humana, y que luego a partir de una fase de su desarrollo se transmute su ser y se convierta

---

<sup>7</sup> Maciá Manso (2003, p. 1085).



respectivamente en hombre, en persona y que empiece a tener vida propiamente humana.

Nos dice también el mismo autor: “En fin, la raíz de todos estos errores está en no acabar de darse cuenta o de convencerse que, el proceso natural cerrado y continuo de desarrollo autónomo del hombre admite distinciones de sus fases, pero no cortes ni exclusiones en ninguna ni de ninguna fase.”

En esta materia acerca de la personalidad del embrión escribe I. de Miguel Beriain: “En sexto lugar, hay que reflejar en esta crítica la postura de un amplio número de pensadores que consideran que el error básico en el que incurren las teorías de los autores reseñados es tratar de definir a la persona humana en virtud de sus características y no por su naturaleza. Como escribe Monge<sup>8</sup>

[...] podemos decir que el hombre es hombre desde su origen si se le define por su naturaleza, por su constitución. Sólo si se le define exclusivamente por su morfología, por sus funciones, o por sus actos, entonces se podría establecer un criterio por el cual determinados individuos humanos no serían hombres o personas.

Los conceptos de hombre, ser humano, persona humana y dignidad humana son conceptos unívocos, no son equívocos ni analógicos, por tanto se atribuyen a todos sus sujetos en el mismo grado y sentido, no admiten el más y el menos. Nadie es más hombre, ni más ser humano, ni más persona, ni más digno que otro, ni menos tampoco.

Esta cuestión, en opinión del mismo autor<sup>9</sup> (a pesar de que existen muchos criterios objetivos), puede estar también bastante ideologizada:

La discusión, por mucho que nos afanemos en conseguirlo, tiene difícil conclusión, por cuanto contiene abundantes dosis de ideología: es una cuestión de creencias considerar que son las cualidades las que definen a la persona o que ésta viene definida exclusivamente por su pertenencia a la especie humana. Como podemos apreciar, vuelve a aparecer aquí, por enésima

---

<sup>8</sup> Monge (apud BERIAIN, 2004, p. 107).

<sup>9</sup> Monge (apud BERIAIN, 2004, p. 116).

vez el eterno problema de la caracterización ontológica versus la fenomenológica. No obstante, algo tiene de valioso esta controversia, ya que pone de relieve que existen diferencias importantes en lo que se refiere a las personas humanas, según el momento de su vida en que se hallan. (Ibidem, p. 116).

Sin embargo, ya ha quedado claro anteriormente que lo ontológico debe primar sobre lo fenomenológico, lo racional-específico sobre lo físico-empírico so pena de excluir de la calificación de ser hombres y personas a muchísimos individuos indudablemente humanos, con personalidad específicamente humana. Sólo si se entiende mal el problema, los conceptos o los términos, puede surgir el conflicto entre la concepción ontológica y la fenomenológica de la persona humana.

Tampoco es determinante en esta materia lo psicológico: el grado de desarrollo psicológico, los distintos tipos y grados de conciencia de sí mismos, etc. Lo determinante y decisivo es lo ontológico: pertenecer a la especie humana.

En el siguiente juicio no estamos de acuerdo con el autor citado:<sup>10</sup>

Las corrientes que defienden que la persona comienza con la fecundación adolecen, no obstante de la considerable tara de que, para la mayoría de nosotros resulta casi contra intuitivo considerar equivalentes un embrión todavía inmerso en un tubo de ensayo y un ser humano ya nacido.

Como contra intuitivo significa contrario a la evidencia hacemos las siguientes distinciones:

- a) Clases de intuiciones. Existen varias clases de intuiciones. Una es la intuición física: lo que se ve con los ojos: la evidencia física o empírica. Otra es la intuición intelectual: lo que se ve con la inteligencia, la intelección directa de una cosa sin razonamientos, la comprensión intelectual inmediata, sin discurso. Partiendo de estas intuiciones tenemos también la demostración física y la demostración racional. Aplicamos estos principios al texto transcrito. Considerar persona a

---

<sup>10</sup> Monge (apud BERIAIN, 2004, p. 168).

un embrión humano puede ser contra intuitivo respecto de la intuición física: la personalidad no se conoce por intuición físico-empírica en el embrión. Los métodos de conocimiento de la personalidad humana en un embrión humano son la intuición intelectual y la demostración racional. Pero siempre partiendo de la intuición física del embrión, de los conocimientos científicos, genoma humano, etc. Con todos los datos físicos, empíricos y científicos, se aplica también todo lo que conocemos por intuición intelectual de lo que es la persona, la esencia, la naturaleza, la sustancia humana y sus operaciones vitales: vegetativas, sensitivas e intelectivas, (que en sus manifestaciones externas pueden conocerse también por intuición física). A continuación, partiendo de todo lo que puede conocerse por intuición física y por demostración científica y de todo lo que conocemos por intuición intelectual se aplica además lo que podamos conocer por demostración-deducción-inferencia racional. De este modo la conclusión es que el embrión es efectivamente persona humana. El factor principal de esta conclusión y resumen de todos los demás es que el embrión pertenece a la especie humana, que es especie racional y no a otras especies animales. Si el no nacido no fuera ser humano y persona humana ¿por qué se habla siempre de genoma humano, genes humanos, células humanas?;

- b) Muchos meses antes de nacer ya es casi igual que al nacer. Pero siempre se da un desarrollo de la misma esencia, no una transmutación radical de la misma esencia en otra de diferente especie;
- c) El alma es el principio de la vida y ha de estar desde el inicio pues es vida independiente de la madre, sólo es dependiente en algún aspecto: nutricional, etc.;
- d) El genoma es distinto de la madre. Es un individuo humano distinto de la madre.

La objeción que algunos alegan en contra de la personalidad humana del no nacido partiendo de la lectura del Código civil no es válida en absoluto: “Se considera persona al ya nacido, separado veinticuatro horas de la madre, que posea figura humana, etc.” Esperar veinticuatro horas después de nacer en la era del ADN no parece correcto, además de las razones aquí aducidas.

- a) El legislador da aquí una definición de persona jurídica, es decir, a efectos jurídico-positivos. Pero antes debe y puede considerarse y definirse la persona desde otros aspectos: racional, moral, Derecho natural, miembro de la especie humana, poseedor de la naturaleza humana, etc. El legislador civil muchas veces no entra en estas cuestiones, pero si se plantea el tema del aborto, sobre todo de su licitud o ilicitud moral, sí debemos entrar en ellas;
- b) Incluso el legislador civil se contradice porque para algunas cuestiones, por ejemplo, para ser capaz de recibir herencias sí considera al no nacido como persona humana;
- c) En ciencia y en filosofía se distinguen la filogénesis y la ontogénesis. La filogénesis es el proceso de desarrollo de la vida a lo largo de varios miles de millones de años. Más de tres mil quinientos millones de años. La ontogénesis es el proceso de desarrollo del ente humano, del ser humano personal. Aquí, como queda dicho, el ser, esencia, naturaleza y persona humana se da desde el mismo principio y de modo instantáneo. Después, durante el proceso de gestación y durante toda la vida humana, solamente se va desarrollando lo que ya está en ese mismo ser humano. También desde el punto de vista científico el genoma es el mismo en el momento de la fecundación que muchos años después, en la etapa de adulto o en la muerte. Algunos hablan de preembriones: no existen preembriones: o es embrión o no lo es.

Esta reflexión y distinción entre filogénesis y ontogénesis viene aquí a colación por lo siguiente: hemos esperado miles de millones de años en la filogénesis para tener el primer ser humano y la primera pareja humana. Pero el primer ser humano (ontogénesis) apareció repentinamente: en el mismo momento en que en ese proceso aparece la razón. La ontogénesis se da esencial y sustancialmente en la concepción-fecundación de repente, sin esperar nada. Después solamente se va desarrollando ese ser humano que esencialmente está ya ahí. Ahora bien, ese ser humano, esa persona humana, está ya ahí en la ontogénesis, no hay que esperar nada para que aparezca, ni existe ningún período de tiempo en el que se le pueda matar. Si en la ontogénesis hubiera algún período de tiempo en que el embrión no es persona sería lícito matarlo en esa espera, el primer mes de gestación, el segundo, el tercero, etc. Pero si no existe ningún tiempo de espera hasta que aparezca la personalidad no es lícito matarlo en ningún tiempo del período de gestación. Conclusión: ya esperamos en la filogénesis miles de millones de años hasta que apareció la primera pareja humana. Pero en la ontogénesis no es necesario esperar nada: ni el primer ser humano, ni el segundo, ni el hijo primero, ni todos los demás. La ontogénesis no permite ningún período de tiempo del embrión, feto, etc., en que no se da la esencia, el ser, la naturaleza, la persona, y sería lícita la interrupción del embarazo.

A juicio de Martínez Morán:<sup>11</sup> “La teoría ontogénica se podría describir como aquella que considera que la vida personal surge en un momento determinado que se asocia al instante de la fecundación, en lugar de a través de un proceso prolongado en el tiempo.” En el momento de la fecundación se produce el “[...] surgimiento de una nueva vida humana, que es, a su vez, una persona de una forma instantánea. Como observa Spaemann<sup>12</sup> “[...] la personalidad es, por tanto, el elemento constitutivo del ser humano, no una cualidad suya y, desde luego, en ningún caso, una cualidad adquirida gradualmente.” Según el mismo autor: “Se da así la circunstancia de que el desarrollo de la potencia activa no es lo que define a la persona,

<sup>11</sup> Martínez Morán (2003, p. 111).

<sup>12</sup> Spaemann (1997, 1030-1031).

sino que, al contrario, es el hecho mismo de ser persona lo que hace que el embrión tenga potencia activa para desarrollar las cualidades de la persona que es.”

No se deben confundir las causas con los efectos. Las cualidades y propiedades que se van manifestando durante el desarrollo del ser humano son los efectos del principio vital, sustancial que constituye a la persona humana. Lo ontológico, el ser, es la causa del obrar y éste sigue al ser pero las acciones, y las cualidades son los signos por los que podemos conocer de qué clase de ser viviente se trata, que es el ser humano por que pertenece a la especie humana.

En el ser humano la manifestación de las cualidades personales es posterior a su ser persona, cosa que podemos saber por otras razones distintas a las cualidades y propiedades biológicas, psicológicas, fisiológicas, etc., que todavía no se han manifestado por su desarrollo gradual, histórico, y temporal. Las razones filosóficas son distintas y anteriores a las manifestaciones biológicas y psicológicas. Incluso estas últimas pueden no aparecer nunca por determinadas causas: niños pequeños, ancianos decaídos, enajenados mentales, distintas enfermedades, etc., pero las razones filosóficas se dan absolutamente siempre si se trata del hijo de una pareja humana: pertenecer a la especie humana y poseer la personalidad humana desde la perspectiva racional, esencial, específica y moral. En cuanto a las cualidades propias de la personalidad: racionalidad, voluntariedad, libertad y responsabilidad basta que esa persona, que es también el nasciturus, lo mismo que el infante, el niño, el joven, el adulto, etc., lo posean en potencia, por el hecho de pertenecer a la especie humana, pero no de puede exigir que se posean en ejercicio actual, lo que sería tan enormemente injusto que sería sin más la destrucción del Derecho y de la Moral.

Todos sabemos que por distintas causas de origen orgánico, congénito, traumático, etc., no es posible ejercitar las facultades superiores del ser humano como son la razón y la voluntad libre no solamente a muchas personas humanas, sino incluso a la mayoría o a todas las personas humanas en alguna etapa, situación o circunstancia de su vida: niños pequeños, enajenados, coma profundo, anestesiados, etc. Pero todos siguen siendo esencial, sustancial, racional, biológica y moralmente personas humanas.

## 4 LA DUDA

Una falacia muy repetida en todos los debates y tertulias acerca del aborto es la de la duda acerca de la personalidad humana del no nacido, como vemos, por ejemplo, en la siguiente objeción planteada por una ministra en estos términos: “antes de nacer hay vida, pero ¿es vida humana?” Solución de la duda en este supuesto:

- a) Ya hemos visto que realmente no hay duda de que es vida humana por razones científicas, filosóficas, morales, etc.;
- b) Pero supongamos que existen dudas. Aquí se plantea expresamente el caso de la duda acerca de si el no nacido posee vida realmente humana, es decir, si es correcto atribuir la personalidad humana, porque ya hemos visto que no es necesario exigir el ejercicio actual de las operaciones vitales propiamente humanas como ejercer en acto la razón y la voluntad libre;
- c) La solución a este caso de (supuesta) duda es la siguiente: en la moral de siempre se afirma que en caso de duda no es lícito moralmente, no se debe actuar en casos en que existe un riesgo grave de homicidio o asesinato. Con conciencia dudosa no es lícito moralmente actuar. La duda se define como *suspensio mentis*, la suspensión de la mente antes de emitir un juicio o realizar una acción. Si, por ejemplo, vamos a cazar y no sabemos si lo que hay detrás de unos árboles es un animal o una persona no podemos disparar. Sólo saliendo de dudas y estando seguros (conciencia cierta) de si es un animal o una persona podremos disparar o no.

En el caso del aborto realmente no hay duda de que es una persona pero si hubiera dudas tampoco se le podría matar porque existiría el riesgo del homicidio o el asesinato. Por tanto, si no hay duda acerca de su vida humana no se le puede matar y si hay duda acerca de si es vida humana tampoco se le puede matar. Así, pues, sólo

en el caso de que existiera certeza (sólo se puede actuar con conciencia cierta en esta materia) de que no es vida humana sino de otra especie o naturaleza, se le podría matar al no nacido, lo cual no es de ninguna manera el caso por las razones aducidas acerca de la personalidad humana del no nacido.

En conclusión, si es cierta la existencia de vida humana del no nacido no se le puede matar y si es dudosa tampoco. Ahora bien, tampoco es dudosa sino cierta. La apelación a la duda para una posible justificación de la interrupción voluntaria del embarazo cambia radicalmente el argumento en contra del que argumenta si conociera esta doctrina clásica y general, es decir, válida para toda la moral. Con conciencia dudosa sólo se puede actuar en cosas de poca importancia y riesgo.

## 5 EL DERECHO ABSOLUTO A LA VIDA

Según Massini:<sup>13</sup>

La segunda de las cuestiones a dilucidar acerca del derecho a la inviolabilidad de la vida es la de saber si reviste carácter absoluto o inexcusable o bien relativo o *prima facie*. La cuestión se plantea porque existe toda una serie de autores que reconocen un cierto derecho a la vida a todo ser humano concebido, pero lo consideran como un mero derecho *prima facie*, es decir sobrepasable o excusable cada vez que consideraciones de utilidad, interés, o de bienestar se opongan a su vigencia. Estos derechos denominados *prima facie*, es decir, en principio, podrían, a juicio de esos autores, ser derogados, sobrepasados o suspendidos en el caso de que su respeto acarree consecuencias dañosas para el deudor (titular del deber) o para la sociedad en general. Y en lo que respecta al derecho a la inviolabilidad de la vida esos autores sostienen que si bien es preciso reconocer ese derecho a los concebidos no nacidos, a los retrasados mentales profundos, a los ancianos y a los enfermos terminales, ese derecho puede ser dejado de lado cuando existan circunstancias que hagan difícil o gravoso su cumplimiento.

Esta teoría de los defensores de derechos *prima facie* es acertadamente rebatida por el mismo autor:<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Massini y Serna (1998, p. 200-202).

<sup>14</sup> Massini y Serna (203).



El primer problema que se plantea a estas opiniones es que la noción de “derecho *prima facie*” es contradictoria: efectivamente un <<derecho>> cuyo cumplimiento queda librado a que el obligado no tenga grandes – o no tan grandes – inconvenientes para realizar la prestación que es su objeto, no puede ser llamado propiamente derecho sino que se reduce más bien a una pretensión, súplica o ruego [...] Nadie puede tomar en serio un derecho que está sujeto a la condición suspensiva de que el deudor pueda no cumplirlo por razones de utilidad o de comodidad.

Y concluye el mismo autor:

El derecho a la inviolabilidad de la vida se tiene o no se tiene: si el sujeto es un ser humano-persona y no se dan ninguna de las causas eximentes de responsabilidad, v. gr. la agresión injusta del sujeto y la consiguiente legítima defensa del agredido, ese sujeto tiene el título completo que funda la existencia de su derecho a la inviolabilidad de la vida. Dicho de otro modo: el derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco, o más o menos, o mucho, y por lo tanto no puede nunca ser dejado o sobrepasado por consideraciones de utilidad o conveniencia por importantes que éstas aparezcan.

Existen pocos derechos absolutos, incondicionados, inexcusables. Algunos son el derecho a la vida de un inocente, es decir, la prohibición del asesinato. También son derechos de esta especie el derecho a no ser torturado, calumniado, esclavizado o explotado. Otros derechos son relativos y condicionados y excepcionables, por ejemplo, el derecho de propiedad en la expropiación.

## 6 EL CONDICIONAMIENTO ABSOLUTO

Esta cuestión del aborto además de plantear los problemas que estamos analizando tiene además un efecto sumamente negativo para todo el Derecho. Significaría que todo el Derecho está bajo un condicionamiento absoluto, es decir, que todo el Derecho y todos los derechos serían relativos, condicionados, excepcionables, dependientes. Equivaldría a decir a alguien: te vamos a conceder todos los derechos y toda la dignidad pero sólo en el caso de que te permitamos existir, sólo bajo la condición de que te permitamos vivir, y los titulares de la concesión de todo permiso y de toda

condición somos nosotros. Todo esto es equivalente a la destrucción de todo derecho. La esencia misma de todo derecho y de toda justicia desaparece. Muchos derechos son condicionados pero no todo el Derecho y todos los derechos incluido el derecho a la vida, a no ser asesinado, torturado, calumniado, esclavizado, explotado.

Esta condición: si te permitimos existir, vivir, relativiza, banaliza y supe- dita todo el Derecho. Una personalidad, una dignidad, un derecho (de los mencionados como absolutos y sin excepciones) absolutamente condicionados y dependientes son contradictorios. Los derechos fundamentales con el aborto dejan de ser fundamentales y son más bien fundamentados en si se deja vivir y nacer al nasciturus. Todos los derechos estarían supeditados al derecho al aborto. Ya no hay pena de muerte en la mayoría de los Estados pero mediante el aborto queda admitida de otro modo o con otras víctimas. El que vive ya no sería porque tiene derecho a vivir sino porque ha tenido suerte y no le impidieron nacer. Si los que ya existen tienen derecho a existir y a no permitir que otros existan o a destruir su existencia, entonces el derecho deja de ser derecho y se convierte en privilegio: el de los que ya existen como personas maduras. Según Spaemann<sup>15</sup> si existen y deben existir derechos humanos, sólo existirán si nadie está capacitado para decidir si yo soy o no un ser humano. Soy un ser humano, soy de la especie humana y basta. El derecho a ser, el derecho a existir es el primer derecho.

Con el aborto todo el Derecho estaría en la condición absoluta, en la hipótesis absoluta, en la espada de Damocles, y nunca mejor dicho.

## **7 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Algunos partidarios de un supuesto derecho al aborto tratan de fundamentarlo en la autonomía de la voluntad, en la libertad personal, en la soberanía individual. Suelen exigir ese supuesto derecho con estos o similares argumentos: la

---

<sup>15</sup> Spaemann (1997).

mujer ha de tener ese derecho, a nadie se le obliga a abortar o a utilizar ese derecho; el que quiera lo puede ejercitar y el que no quiera no.

¿Qué podemos decir acerca de estos argumentos a favor de este supuesto derecho?

- a) En primer lugar que no existe propiamente tal derecho: ni la madre, ni el médico, ni el personal sanitario tienen propiamente tal derecho a matar al concebido y no nacido. Otra cosa es que se despenalice en algunos supuestos, que no tenga pena de cárcel el que lo realice;
- b) Aquí planteamos una cuestión importantísima y que no es considerada debidamente. Supongamos que se apela a la autonomía de la voluntad, libertad y soberanía de la mujer para reivindicar el derecho al aborto. Como resulta que la mujer no puede abortar por sí sola, (si pudiera abortar por sí sola no se plantearía este problema), necesitaría la ayuda de otras personas, médicos, personal sanitario etc., Aquí está el problema: la leyes sobre el aborto imponen a los médicos, etc., realizar el aborto cuando la mujer lo pide, (incluso en los medios de comunicación han venido noticias sobre amenazas a los médicos para que no se acojan a la objeción de conciencia), aunque se permite al médico oponer la objeción de conciencia para no efectuar el aborto. ¿Qué significa todo esto? En realidad significa que si apela a la autonomía de la voluntad, a la libertad, y a la soberanía personal en las decisiones para defender la petición al médico, etc., de practicar la interrupción del embarazo, también los demás tienen la misma autonomía, libertad y soberanía para negarse en esta petición tan especialísima de matar al hijo de alguien antes de nacer. Serían así autonomía contra autonomía, libertad contra libertad y soberanía contra soberanía. La misma facultad, título o derecho tendría una para pedirlo como otros para negarse.

Aquí se podría oponer que si se niegan todos los demás (todos los hospitales y todos los médicos) porque tienen la misma autonomía, libertad y soberanía que la mujer ésta se encontraría en este caso en una indefensión absoluta. Respondemos que éste es un caso verdaderamente singular porque nadie tiene derecho y a nadie le es lícito moralmente exigirle a otro que mate a su hijo antes de nacer. Es una exigencia absolutamente inmoral e indebida.

Ésta no es una cuestión que afecte exclusivamente a la mujer porque en algunos casos de eutanasia en que el enfermo pide a otro que ponga fin a su vida pasa exactamente lo mismo. Si el enfermo terminal pudiera poner fin a su vida quizá lo haría él mismo (con la ilicitud moral que corresponde al suicidio, sin entrar aquí en el grado de culpa subjetiva). Pero como algunos enfermos terminales no pueden darse muerte a sí mismos piden a otro que ponga fin a su vida. Repetimos la misma solución: es una exigencia ilícita moralmente y responder a ella es también ilícito moralmente. Vemos pues que no es válida esa apelación a la autonomía, libertad, privacidad y soberanía porque los demás tienen la misma autonomía, libertad, privacidad y soberanía que la mujer o el enfermo para oponerse a esta exigencia extrema de matar a inocentes que es siempre gravemente ilícita.

- a) Hemos estado hablando hasta ahora de la ilicitud del aborto directo. La moral, en cambio, admite la licitud del denominado aborto indirecto. El supuesto clásico es aquel en que se da, por ejemplo, cáncer de útero. La moral admite que se extirpe el útero canceroso aunque tenga como efecto indirecto la muerte del feto. Directamente se pretende extirpar el útero y sólo se permite o consiente indirectamente la muerte del feto. Se supone que no es posible salvar a la vez la vida de los dos. Aquí se aplican los principios morales clásicos del voluntario indirecto y del principio de doble efecto;
- b) El caso anterior del voluntario indirecto no quiere decir que la moral considere que la vida de la madre es siempre preferente a la vida del hijo, en caso de riesgo para la vida del uno o del otro. Ni tiene tampoco

nada que ver con el caso generalmente despenalizado en muchas leyes reguladoras de esta materia: permitir la interrupción del embarazo en caso de peligro para la vida de la madre. Según la moral el principio general en caso de que estén en peligro la vida de la madre y del hijo y no sea posible salvar a los dos tiene preferencia la vida del hijo. La razón de esta solución moral no es que tenga más valor la vida del hijo que la de la madre (todos valemos lo mismo), sino porque el hijo que va a nacer no se considera un agresor injusto del que haya que defenderse, por tanto, si el hijo va a nacer, si muriera la madre sería en este caso su muerte el voluntario indirecto, lo que involuntariamente se permitiría como efecto secundario, no directo, sólo permitido.

Dworkin<sup>16</sup> escribe:

Éste es explícitamente el mensaje de otra destacada abogada feminista, la profesora Robin West, cuando argumenta que si la Corte suprema revoca un día *Rae vs Wade*, y la batalla por el aborto se traslada de las salas de los tribunales a las asambleas legislativas, las mujeres no lograrían defender con éxito el derecho al aborto si ponen énfasis en un derecho a la privacidad, derecho que evoca decisiones egoístas y caprichosas tomadas tras un velo de inmunidad frente a la censura pública. En su lugar, Robin West plantea que las mujeres deben poner énfasis en la idea de responsabilidad.

- a) Del texto transcrito parece deducirse que incluso los partidarios del derecho al aborto consideran que este supuesto derecho no podría fundamentarse en la autonomía de la voluntad, en la “soberanía” de la persona, en la libertad individual, en la privacidad de las decisiones, etc., sino en la responsabilidad aunque no la entiendan debidamente;
- b) Con el concepto de responsabilidad solamente se atenuarían los conceptos de autonomía, libertad, “soberanía”, etc., y habría que tener en

---

<sup>16</sup> Dworkin (1994, p. 78-79).

- cuenta otras personas, situaciones, circunstancias, etc., que ya no sería una decisión exclusivamente de la madre por su propia y sola voluntad;
- c) Pero tampoco se justifica el aborto si se realiza incluyendo el concepto de responsabilidad: motivos económicos, sociales, demográficos, etc., porque la primera, mayor y auténtica responsabilidad es ante el nasciturus mismo y no ante las supuestas circunstancias en las que por “responsabilidad” no se permite que nazca el hijo.

Nos sigue diciendo Dworkin:<sup>17</sup>

Pero esas mujeres (de la investigación de la socióloga Coral Gilligan) hablaron también de otra clase responsabilidad, más abstracta: responsabilidad hacia lo que llamaron ‘el mundo’ [...] No necesito pagar mis dudas imaginarias con el mundo a través de este niño y no creo correcto traer un niño al mundo y utilizarlo para tal fin.

Son muchos los sofismas involucrados en este texto. Veamos los principales.

- a) El principio moral: el fin no justifica los medios está utilizado sofisticadamente;
- b) Se crea un fin imaginario y después se considera indigno utilizar la vida de un niño como medio para tal fin;
- c) Ahora bien, no dicen, aunque se sobrentiende con toda claridad, que para no utilizarlo para ese fin imaginario lo sacrifican, lo privan de la vida. De este modo el hijo es medio con su misma muerte para una finalidad infinitamente peor: interrumpir el embarazo, el aborto para la finalidad que sea, pero la primera es su misma desaparición mediante su muerte voluntaria. Además está la cuestión de que el hombre, la persona ha de ser siempre fin y no medio para otra cosa;

---

<sup>17</sup> Dworkin (1994, p. 81-82).

- d) Es esta una falacia lógica y moral verdaderamente disparatada. Si en materia de deberes se crea un fantasma, efectivamente nadie tiene deberes para con un fantasma, en cambio el no nacido es real.

A juicio del mismo autor (la explicación liberal) “[...] para la cual las mujeres tienen derecho al aborto porque tienen derecho a la soberanía en la toma de decisiones personales, es una explicación que se aplicaría con igual fuerza al derecho de la mujer a elegir su propia ropa.” (DWORKIN, 1994, p. 76).

En conexión con esta cuestión está la famosa falacia de que como la mujer es la que da a luz sólo ella puede decidir sobre tener el hijo o no. Así todo sería lícito moralmente por el solo hecho de depender del que decide. La vida y la muerte del no nacido no es algo de propiedad exclusiva de la mujer. La dependencia física del no nacido al nacer respecto de su madre no convierte en lícito moralmente privar al no nacido de su nacimiento, es decir matarlo. Lo físico no es lo moral. Los que opinan que los antiabortistas no pueden imponer su ideología incurren en contradicción, porque están de acuerdo en que el Estado imponga la obligación de practicar el aborto a los médicos. El denominado control soberano sobre el propio cuerpo entra en contradicción en primer lugar con la responsabilidad de llevar el embarazo a término y al mismo tiempo con la misma soberanía de aquél al que se le obligue a practicar el aborto, personal sanitario, etc. La libertad propia no se debe utilizar contra la vida, la dignidad o los derechos de los demás. Es imposible que sea legítima una libertad que se extienda hasta incluir un derecho a privar de la vida a seres inocentes.

Gran parte de esta polémica sobre el aborto depende de cómo se entiende la libertad de la madre o de toda persona: de un modo individualista, egoísta, insolidario, defensivo, blindado a toda sociabilidad, conflictivo o más bien respetuoso de la libertad y de la dignidad del otro, sociable, que acepta la igualdad de los demás, solidario, pacífico.

## 8 CLASES DE BIENES

En la cuestión del aborto, así como también en la eutanasia y en otras muchas de la Bioética se da una enorme confusión entre las tres especies clásicas de bienes: agradable, útil y honesto o moral. Esta gran confusión aparece claramente en el siguiente texto de Dworkin<sup>18</sup> (1994):

O, como manifestó otra mujer de diecisiete años: “lo que quiero es tener el bebé, pero lo que siento que debo hacer, lo que necesito hacer, es abortar inmediatamente, porque a veces lo que se quiere no es lo correcto”. Precisaba que cuando quería tener el niño no estaba pensando en las responsabilidades que ello conlleva y que tal cosa era egoísta. Todas estas mujeres del estudio de Gilligan hablaban y se preguntaban acerca de sus responsabilidades. A veces hablaban de la responsabilidad hacia el niño, pero se referían al futuro e hipotético niño, no al embrión existente, querían decir que sería inmoral tener un niño a quien uno no pudiera cuidar adecuadamente.

Veamos las principales falacias del texto transcrito.

- a) Lo que quiero. En este querer podrían ir mezclados un “querer” de la voluntad como apetito intelectual y un querer en cuanto deseo equivalente a: lo que me gustaría. Es una expresión ambivalente pudiendo significar un deseo racional y moral y otro deseo físico equivalente a “me gustaría” o “me apetecería”;
- b) Lo que siento que debo hacer. Se pueden confundir aquí los sentimientos y el deber moral. Los sentimientos pertenecen al corazón, el deber moral pertenece a la razón;
- c) Lo que necesito hacer. ¿De qué clase de necesidad se trata? Existen muchas. Para lo que aquí se trata podría ser física o moral;

---

<sup>18</sup> Dworkin (1994, p. 81).



- d) A veces lo que se quiere no es lo correcto. Es necesario especificar “lo que se quiere” y “lo correcto”. Un simple querer o desear egoísta evidentemente no es lo correcto moralmente;
- e) No estaba pensando en las responsabilidades que ello conlleva y que tal cosa era egoísta. Aquí se da también una tremenda confusión pero lo que nunca debe hacerse es vincular el egoísmo a tener el hijo y el altruísmo o la responsabilidad a matarlo. Ni siquiera pensando en la responsabilidad ante los cuidados necesarios del niño es ésta mayor o comparable a la responsabilidad ante la vida del hijo y de evitar el aborto. No se deben confundir las responsabilidades accidentales con la responsabilidad fundamental ante la vida del hijo, de lo contrario la que no responde de nada (muerte del hijo) sería más responsable y más digna que la que decide tenerlo. A veces se apela a palabras grandilocuentes (responsabilidad) para tratar de enmascarar la realidad: el aborto. Falso engaño y falso autoengaño.

A propósito de esta cuestión de las clases de bienes escribe también

Dworkin:<sup>19</sup>

¿Qué significa decir que la vida humana es intrínsecamente importante? Algo es instrumentalmente importante si su valor depende de su utilidad, de su capacidad para ayudar a las personas a obtener alguna otra cosa que desean. El dinero y los medicamentos, por ejemplo, son sólo instrumentalmente valiosos: nadie atribuye al dinero más valor que su poder de adquirir cosas que la gente quiere o necesita, o que las medicinas tengan valor más allá de su capacidad de curar.

- a) No es lo mismo que una cosa sea instrumentalmente importante o subjetivamente valioso que: “Algo es intrínsecamente valioso, por el contrario, sigue Dworkin, si su valor es independiente de lo que las

---

<sup>19</sup> Dworkin (1994, p. 97).

personas quieren, disfrutan o necesitan, o de lo que es bueno para ellas”. (Ibidem);

- b) Lo que es “intrínsecamente valioso” coincide con la definición de bien honesto, moral, racional, el bien en sí mismo y por sí mismo, aunque no sea agradable ni útil;
- c) El no nacido no entra en la categoría de bien agradable ni de bien útil sino en la de bien moral, racional, honesto, intrínsecamente valioso en sí mismo y por sí mismo. Si el nasciturus perteneciera al bien agradable o útil, como cualquier cosa u objeto físico, no se plantearía ninguno de los debates o cuestiones del aborto y si todos lo consideraran como lo que es: un bien moral, racional, honesto-intrínsecamente valioso, como toda persona, tampoco se plantearía ninguno de los debates sobre el aborto.

## 9 EL INTERÉS DEL TITULAR DEL DERECHO

Otro aspecto del aborto es la cuestión del interés como nos presenta Dworkin:<sup>20</sup>

Pero aunque la suposición de que el feto no tiene interés o derechos propios sea necesaria para explicar la opinión liberal paradigmática, no es suficiente pues no puede explicar por sí sola por qué el aborto es alguna vez inmoral. ¿Por qué debería generar el aborto cuestión moral alguna si no hay nadie a quien perjudique? ¿Por qué el aborto no es, pues, como una tonsilectomía? ¿Por qué debería sentir pena una mujer después de un aborto? [...] La verdad es que la opinión liberal, al igual que la conservadora, presupone que la vida humana tiene en sí misma un significado moral intrínseco, por lo que es un principio inmoral extinguir una vida incluso cuando no están en juego los intereses de nadie.

- a) El concepto de interés es equívoco y es mejor no introducirlo en este debate;

---

<sup>20</sup> Dworkin (1994, p. 50).

- b) Si, por ejemplo, se entiende el interés en sentido subjetivo-consciente muchos derechos no existirían por carecer de un interés deliberado: nasciturus, niños, ancianos, enajenados, etc. Todos estos carecerían de derechos;
- c) El derecho a la vida es independiente del interés consciente de la persona. Puede darse incluso el caso de un interés en morir como sucede en algunos casos de eutanasia, pero eso no elimina la ilicitud de matar a otro aunque tenga interés en ello.

## 10 EL HIJO NO DESEADO

Otra de las falacias más utilizadas para disminuir o eliminar la ilicitud moral del aborto es: tener un hijo no deseado no es solución.

- a) Como el hijo está ya gestándose ¿qué es lo que no se desea? ¿darle a luz? en este caso no desearlo tiene como efecto la interrupción del embarazo, es decir, matarlo;
- b) Si lo que no se desea es cuidarlo, educarlo, etc., la solución correcta sería darlo en adopción;
- c) Los derechos humanos no dependen y no deben depender del deseo del obligado a respetarlos o cumplirlos. Un derecho no depende de la voluntad libre del obligado a cumplirlo. Así se disolverían todos los derechos dependientes de la mera voluntad, deseo, libertad o discrecionalidad del titular del deber correlativo. Desaparecerían todos los deberes y todas las obligaciones por el sólo hecho de no desear cumplirlos;
- d) Los deberes y obligaciones jurídicos son imperativos racionales y morales además de sociales, unos categóricos y otros condicionales tendentes a respetar los derechos de las personas, pero no derivan propiamente de un deseo (o no deseo) que puede ser arbitrario, caprichoso o egoísta.

## 11 LA ADOPCIÓN

Otra falacia muy socorrida es: no querer dar el hijo en adopción porque sería muy doloroso pensar que está vivo con otros padres adoptivos.

- a) Si la madre no soporta que el hijo esté vivo con otros padres podría tomar la decisión de tenerlo vivo ella misma;
- b) Una verdadera madre tendría que preferir que el hijo esté vivo con otros que estar muerto para todos, sobre todo para ella misma;
- c) Si se apela a un sentimiento doloroso y terrible no es ya lógico y racional responder que es mejor muerto que vivo aunque sea con otras personas. Esta alegación, como todas las que estamos viendo, es también, evidentemente, una excusa;
- d) En el célebre juicio de Salomón la madre verdadera prefería dar el hijo vivo a la madre falsa antes que partírle por medio y dar la mitad a cada una.

## 12 LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

En la Constitución de algunos países la dignidad de la persona es intangible e inviolable, en cambio, el derecho a la vida puede tener condiciones.

- a) Es ésta una flagrante contradicción e hipocresía porque si uno no es digno de vivir no es digno de nada;
- b) La dignidad expresa la cualidad de persona en su más alto valor. La persona no es algo menor o algo distinto que su propia dignidad. La dignidad de la persona humana es la excelencia, la importancia, el rango, la superioridad de la persona;

- c) La dignidad de la persona es el fundamento de todos los derechos humanos, ahora bien, la dignidad se fundamenta, a su vez, en la misma personalidad;
- d) Con la destrucción (aborto) de la persona, del hombre, del nasciturus, se destruye al mismo tiempo su dignidad personal y todos los demás derechos y atributos.

### **13 LAS SOLUCIONES MECÁNICAS**

Las sociedades decadentes y amorales suelen dar siempre soluciones mecánicas, automáticas, físicas, a todos los problemas que se les plantean. Los problemas económicos, sociales, demográficos, etc., se trata de solucionarlos mediante el aborto, la eutanasia, etc. Evidentemente las personas que se suprimen ya no crean problemas. En este contexto encontramos otra gran falacia en forma de contradicción: juramento hipocrático de un lado y de otro el abandono del juramento hipocrático y de la deontología médica por parte de algunos médicos. Una de las motivaciones, aunque no la única de este abandono es la económica como vemos en este testimonio de un médico que había sido abortista y después dejó radicalmente estas prácticas: “Entre las mayores dificultades enfrentadas como médico recién formado, choqué con la realidad de lo que es mi profesión. En un largo tiempo los médicos se vuelven ricos, y yo quería más, quería enriquecerme y tener más dinero. Fue así como violé el juramento que hice cuando me formaba para dar la vida, para salvar la vida. Ayudé a muchos niños a venir al mundo, pero también a muchos de ellos no les permití nacer y me enriquecí escondido tras la máscara de la vitalidad”.

### **14 LA DECISIÓN SERIA, IMPORTANTE Y DOLOROSA**

Una de las frases más oídas en todos los debates y tertulias sobre el aborto en los medios de comunicación es la siguiente: Abortar es una decisión muy seria, la que aborta no lo hace tan alegremente como algunos piensan.

- a) La que aborta lo hace porque considera que es mejor para ella, menos incómodo, tremendo... y más conveniente, admisible, etc., que la decisión de tener el hijo, si no lo haría;
- b) Lo que es serio es la vida humana, tomar en serio la vida y los derechos del no nacido, matarlo es destruir una vida humana, no tomarla en serio;
- c) Entre dos decisiones difíciles la que uno adopta es la considerada menos difícil y menos seria y deja la que a su juicio es la más seria, difícil y complicada. En la decisión de interrumpir el embarazo el temor primero es tener el hijo, el “temor” segundo es decidir abortar.

## REFERENCIAS

BOLADERAS CURURELLA, M. *Bioética*. Madrid: Síntesis, 1998.

CAMBRÓN, A. (Coord.). *Entre el nacer y el morir*. Granada: Comares, 1998.

CASADO, M. *Bioética, Derecho y Sociedad*. Madrid: Trotta, 1998.

DE MIGUEL BERIAIN, I. *El embrión y la biotecnología: Un análisis ético-jurídico*. Granada: Comares, 2004.

DWORKIN, R. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1994.

MACIÁ MANSO, R. *Ética, vida humana y aborto: volumen 2*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2003.

MARTÍNEZ MORÁN, N. *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003.

MASSINI-CORREAS, C. I.; SERNA, P. (Ed.). *El Derecho a la vida*. Pamplona: Eunsa, 1998.

MEJÍA, J. (Coord.). *Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Colex, 2000.

SINGER, P. *Repensar la vida y la muerte*. Barcelona: Paidós, 1997.

SPAEMANN, R. El comienzo de la vida humana, filosofía y biología. *Cuadernos de bioética*, n. 3, 1997.

