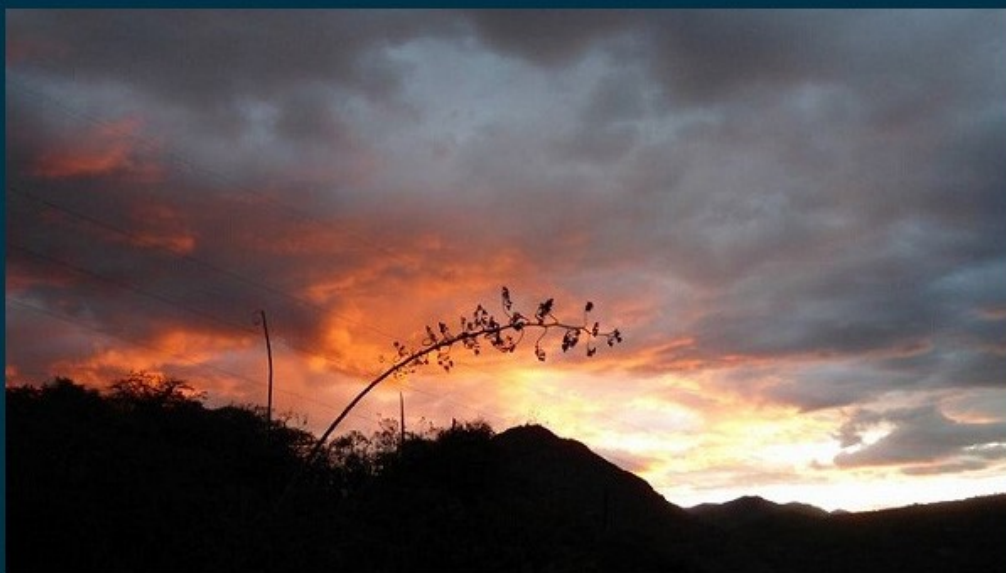


Derecho y Cambio Social



OJS OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

N.º 57 julio - setiembre 2019

ISSN 2224 - 4131

Derecho y Cambio Social

International Standard Serial Number 2224-4131

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú con el n.º 2005-5822

Esta es una publicación de renovación trimestral, que ha sido creada para la difusión de los frutos de la investigación jurídica.

Revista creada el 23 de mayo del año 2004

La versión original fue iniciada en agosto del año 2000

Lima, Perú - Sudamérica.

<https://www.derechocambiosocial.com/>



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).



Fotografía de portada: *Camino a Saparcón*. San Marcos – Cajamarca, Perú, por Elsa Margarita Pérez Murrugarra (2019).

Edición julio – setiembre 2019

Copyright © 2000 – 2019 Pedro Donaires Sánchez (Editor-fundador de DyCS)

Derecho y Cambio Social

COORDINADORES:

Pedro Donaires Sánchez, Círculo de Estudios Ius Filosóficos "UNIDAD".

Carlos Pérez Vaquero, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

CONSEJEROS:

Reynaldo Mario Tantaleán Odar, Poder Judicial – Perú.

Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Catalina Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén (UJAÉN) – España.

Maria de Fátima Ribeiro, Universidade de Marília (UNIMAR) – Brasil.

Genival Veloso de França, Universidad Federal de Paraíba – Brasil.

Daurly Cesar Fabríz, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) – Brasil.

Valmir Cesar Pozzetti, Universidade do Estado do Amazonas – Brasil.

Marcelo Fernando Quiroga Obregon, Faculdades Integradas de Vitória (FDV) – Brasil.

Juan José Díaz Guevara, Contraloría General de la República del Perú.

Antonio Sánchez-Bayón, Profesor Titular en CC. Sociales y Jurídicas (ANECA) Madrid – España.

Sergio Cámara Arroyo, Departamento de Derecho penal y Criminología (UNED) – España.

Jorge Isaac Torres Manrique, California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA).

Félix Fernández Castaño, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad de Granada.

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, Poder Judicial de Perú.

CONTENIDO

SOCIOLOGÍA JURÍDICA	Pág
Problemas convergentes de derecho, economía y sociología en la posglobalización: transición entre la economía de bienestar y las economías colaborativas, circulares, autónomas y naranjas Antonio Sánchez-Bayón	12-41
DERECHOS HUMANOS	
O Estado Islâmico perante o Direito Internacional Luana Borges da Cunha Marcelo Fernando Quiroga Obregón	43-56
Cuidados paliativos pediátricos no Sistema público de saúde brasileiro: um direito humano fundamental de crianças e adolescentes Margareth Vetis Zaganelli Júlia Chequer Feu Rosa Laura de Amorim Ferreira Maria Carolina Müller Naegele	57-74
Uma breve análise dos Tribunais Penais Internacionais ad hoc: violação ao princípio do Juiz Natural? Karin Kelbert Turra Marcelo Fernando Quiroga Obregón	75-93
DERECHO CONSTITUCIONAL	
Origen del Estado constitucional mexicano Alejandro de la Fuente Alonso	95-117
O direito à educação em cenários de crise Gisele Aparecida Martins Moreira Maria Gabriela Navarro de Andrade Rezende Tauã Lima Verdán Rangel	118-134
DERECHO CIVIL	
Los instrumentos procesales de flexibilización de la prueba en la responsabilidad civil médica	136-172

Juan Carlos García Huayama

Responsabilidade civil do prático no Direito Marítimo com base na legislação brasileira e na Teoria do Risco 173-197

Livia Pioli Storch

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

DERECHO COMERCIAL - FINANCIERO

O embate comercial travado entre China e Estados Unidos: os reflexos econômicos gerados para o Brasil 199-212

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Bruna Maria Drews Villas

Lei de Maquila – Considerações sobre a internacionalização da empresa através da exportação 213-236

Rodrigo Ribeiro Sampaio

Cristiana de Carvalho Almeida

DERECHO MARÍTIMO

Diálogo necessário sobre o cotejo entre o *compliance* e as agências marítimas de navegação 238-259

Ricardo Deo Sipione Augusto

Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque

DERECHO DE FAMILIA

O Direito Internacional e a influência externa para a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil 260-275

Deisiane Araujo de Sousa

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

DERECHO PENAL

Ideologia penal comum, “doutrinas panacéias” e seus pressupostos: a influência do neoliberalismo, da globalização e da mídia 277-293

Bruno Pazini Pereira

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Os mecanismos de ressocialização na sociedade durante a execução penal e sua eventual redundância: 294-311

o sistema de progressão de regime da pena privativa de liberdade, o livramento condicional e o indulto

Larissa de França Campos

DERECHO LABORAL

¿La estabilidad laboral significa trabajar para siempre? 313-320

Perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano

Manuel Gonzalo Lupa Yucra

Stephany Ariel Puma Cheje

Os impactos da reforma trabalhista no contexto internacional: 321-332

embate entre as novas disposições e as Convenções n.º 98 e n.º 154 da OIT

Julia Teixeira Ramos

Marcelo Fernando Quiroga Obregón

CRIMINOLOGÍA

Estudios criminológicos contemporáneos (VII): 335-367

Cadena perpetua en España:

la falacia de su justificación en el Derecho comparado y estado actual de la cuestión

(proposiciones no de Ley)

Sergio Cámara Arroyo

Nacimiento, sistematización y evolución de las criminologías específicas en 368-408

México

Wael Hikal

Jorge Alberto Pérez Tolentino

Roberto Alonso Ramos Erosa

O avanço do estado penal no Brasil como herança do neoliberalismo norte 409-429

americano:

uma análise sob a ótica da criminologia crítica

André Fernandes Gavazza

Marcelo Fernando Quiroga Obregon

DERECHO DE MENORES INFRACTORES

La sociedad y su control sobre el grafiti en el ámbito de la delincuencia juvenil 431-449
Jorge Armas Pérez

VARIOS

El problema de investigación jurídica 451-503
Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Uma análise sobre a assistência social aos refugiados em território brasileiro 504-519
Matheus Martinelli Vandermurem
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Fundo Monetário Internacional e seu poder de supervisão dos países: uma violação à soberania nacional? 520-535
Maria Luiza Fontenelle Dumans Xavier Dórea Wilken
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Fédération Internationale de Football Association – FIFA e suas imposições aos países para sediarem a Copa do Mundo de futebol frente ao princípio da soberania nacional 536-557
Victor Bichara Borges
Marcelo Fernando Quiroga Obregon

Proteção do patrimônio histórico e cultural: o tombamento e a responsabilidade social 558-583
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Romeu da Silva Neto

Judiciário e políticas públicas: estratégias para decisões jurídicas racionais 584-602
Vítor Pizol de Rezende
Anderson Sant'Ana Pedra

O Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba: os conflitos socioambientais no Bairro Lagomar, Município de Macaé-RJ, e a materialização do movimento de injustiça ambiental 603-626
Tauã Lima Verdán Rangel

MISCELÁNEA

La Cooperación Técnica Internacional 628-661

Teoría, Práctica y Propuestas

Benito Roberto Villanueva Haro

Documentación administrativa. Un estudio exploratorio de las técnicas de archivo 662-712

Félix Fernández Castaño

Ángeles García Alcántara

Belén Blázquez Vilaplana

Decálogo a propósito de nuestra manera de escribir 713-721
A modo de confesión de parte

Jorge Isaac Torres Manrique

Importância da identificação humana através de marcas de mordida: 722-737
uma revisão da literatura

Isabel de Sousa Araújo Gomes

Larissa Tavares Alves

Natasha Muniz Fontes

Mara Ilka Holanda de Medeiros Batista

Alessandra Albuquerque Tavares Carvalho

Marcília Ribeiro Paulino

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Campeones de la libertad. Los maestros de la Segunda Escolástica española 739-741
e iberoamericana.

De la autoría de León Gómez Rivas

José Lominchar Jiménez

Sociología de la identidad estadounidense: 742-745
qué les ha unido y les divide hoy.

De la autoría de Antonio Sánchez-Bayón

Carlos Fuente Lafuente

La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento. 746-749
De la autoría de Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Aníbal Torres Vásquez

SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Problemas convergentes de derecho, economía y sociología en la posglobalización: transición entre la economía de bienestar y las economías colaborativas, circulares, autónomas y naranjas ^(*)¹

Convergent problems of law, economics and sociology in the post-globalization: transition between the welfare economy and the collaborative, circular, autonomous and orange economies

Antonio Sánchez-Bayón²

(*) Recibido: 15 junio 2019 | Aceptado: 28 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Publicación realizada en el seno de GiDECoG-ISEMCO, con el apoyo de COLPOLSOC-Madrid y Promerits-UEMC, gracias a la financiación del proyecto de investigación “Ciudades seguras, inclusivas y participativas en la posglobalización” (curso 2017-18).

² Doctor en Derecho por UCM, Humanidades-Teología por Univ. Murcia, Humanidades-Sociología por UVA, Filosofía por UCM, es Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF). Ganador de diversos premios internacionales (v.g. *Limaclara*-Argentina), por su amplia producción (medio centenar de libros y de artículos en publicaciones indexadas, más de cinco idiomas). Actualmente es Prof. Agregado en ISEMCO, *EAE Business School* y Promerits-UEMC, más Univ. Bernardo O’Higgins (Chile). Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. *Harvard, DePaul, Baylor*) y Latinoamérica (v.g. *IIDH, UCR, URL*). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y *Family Sapiens* en Venezuela), y colaborador en diversos medios de comunicación.

a.sanchez@isemco.eu

Sumario: Presentación del problema y su crítica. **1.** Trinomio economía-empresa-consumo en un mundo posglobalizado. **2.** Revelaciones sobre el trinomio y su adecuación a los nuevos paradigmas económico-empresariales. **3.** Principales velos a retirar y fundamentos a reformular. **4.** Diagnóstico y pronóstico: negocios, empresas, mercados y consumo hoy. – Conclusiones. – Corolarios: la amenaza de la hiperregulación populista y herramientas para un análisis del entorno plus. – Fuentes de consulta.

Resumen: se ofrece un estudio crítico e interdisciplinario, evaluador del conocimiento disponible, tras las crisis de la globalización y los escenarios que se vislumbran. Se centra la atención en la revisión de las normas e instituciones ordenadoras de la economía, las empresas y el trabajo, desde una perspectiva sociológica y humanista, para determinar su autenticidad y viabilidad para una posglobalización orientada hacia la sociedad del conocimiento. Sin embargo, sin una toma de conciencia y una acción prevista, se corre el riesgo de avanzar hacia una sociedad-masa consumista, donde se acentúe la deshumanización y asocialización, al primarse el tener al ser (el bienestar a la felicidad, el negocio al ocio, la empresa al oficio y profesión, la pulsión a la experiencia, etc.). Se aprovecha para retirar velos de confusión extendidos (como los predicados de la *Nueva Economía* desde la década de 1960, con las *guerras culturales*), que impiden reconocer el mundo posglobalizado, para estudiarlo y gestionarlo tal como es.

Palabras clave: problemas en la posglobalización, derecho, economía, sociología, posglobalización, economía de bienestar, colaborativas, circulares, autónomas, naranjas.

Summary: a critical and interdisciplinary study is offered, evaluating the available knowledge, after the crises of globalization and the scenarios that are glimpsed. The focus is on the revision of norms and ordering institutions of the economy, companies and work, from a sociological and humanistic perspective, to determine its authenticity and viability for a post-globalization oriented towards the knowledge society. However, without an awareness and an anticipated action, there is a risk of moving towards a society-mass consumerism, where dehumanization and asocialization is accentuated, with the priority to have the being (welfare to happiness, business to leisure, the company to the trade and profession, the drive to experience, etc.). It is used to remove extended veils of confusion (such as the predicates of the *New Economy* since the 1960s, with

cultural wars), which prevent recognition of the post-globalized world, to study and manage it as it is.

Keywords: problems in postglobalization, law, economics, sociology, postglobalization, welfare economics, collaborative, circular, autonomous, oranges.

Presentación

¿Qué papel juegan los sociólogos y los humanistas en una escuela de negocios? Resulta que, antes de gestionar empresas (entendidas como sistemas), conviene saber hacerlo como organizaciones sociales, donde se lideran personas (Andreu y Sánchez-Bayón, 2019). Tal labor, requiere de un conocimiento, que se halla en nosotros mismos y en nuestra realidad circundante, y sólo se necesita de un cierto cuestionamiento vital (como sano ejercicio de humanidad). Así se ha recomendado desde la Antigüedad griega: el hombre se halla entre las bestias (ignorantes) y los dioses (sabedores de todo), *ergo*, según se pregunte por sí mismo y su medio, más se acercará a los dioses (en caso contrario, a las bestias). Para madurar como persona, el oráculo de Delfos mandaba *conocerse a sí mismo* (γνωθι σεαυτόν), manteniéndose tal tradición hasta la Ilustración y su lema *sapere aude*. De ahí la labor tan relevante del humanismo en Occidente, favoreciendo el camino de búsqueda de conocimiento (aportándose las herramientas de la crítica e indagación de autenticidad), además de servir para conectar las diversas ciencias existentes, sin olvidar en el transcurso que el epicentro ha de ser el ser humano, su libre desarrollo y su felicidad, para alcanzar en consecuencia la anhelada *sociedad del conocimiento* o SC. En tal sentido, y como solución desde las escuelas de negocio, se está reactivando el humanismo (más allá de la ética empresarial y la responsabilidad social corporativa), para recuperar la pluralidad y la creatividad del pensamiento humanista (favorecedor del emprendimiento y los nuevos paradigmas económicos, v.g. la economía colaborativa, circular, naranja). Por tanto, ante la caducidad del paradigma económico-empresarial manejado hasta la globalización, basado en economías a escala dirigidas, cuya última expresión ha sido la economía de bienestar, se aprovecha ahora la oportunidad del nuevo periodo abierto con la posglobalización (tras la *crisis de valores de 2008*), para reflexionar crítica y auténticamente sobre dicho paradigma, realizando una revelación de sus principios, y cuestionando si cabe el trasplante de alguno de ellos para los nuevos paradigmas en curso.

¿De dónde partir? Quizá, lo más sensato sea el hacerlo desde la reflexión sobre el problema detectado. Resulta que, frente a la visión dominante de los neocivilizados (los nórdicos y anglosajones)³, se recupera aquí parte de los planteamientos de los viejos civilizados (los mediterráneos y latinoamericanos, hoy devenidos en neobárbaros), por lo que *problema* no se reduce a conflicto, sino que es preocupación, y crítica, tampoco es ataque o contestación, sino indagación en el sentido y alcance del conocimiento disponible y vigente (incluyéndose su análisis de autenticidad y revelaciones frente a falsificaciones, desviaciones y desfases). De tal suerte, cabe partir así de la siguiente observación o premisa general: hace tiempo que la humanidad se adentró en la globalización (un periodo de crisis y tránsito entre épocas: de la dominada por el Estado-nación, hacia la aldea global), haciéndolo bravamente, incluso de manera algo temeraria e inconsciente, al menos en sus inicios (en los prósperos años 90). De ahí que, tras décadas de tránsito hacia un nuevo milenio y una emergente civilización diferente (la

³ Telegráficamente (Sánchez-Bayón, 2012a, 13 y 16, Valero y Sánchez-Bayón, 2018): la cuna de Occidente es el Mediterráneo, con su tradición profana (grecorromana) y sagrada (judeocristiana), dando origen a la ecúmene o mundo conocido y civilizado (rico gracias a su comercio), frente a los extraños (incluso los *foedi* o pueblos federados, responsables de las fronteras -para impedir que otros más salvajes llegaran-, a los que la cultura sólo alcanzó superficialmente). Así surge la dialéctica de civilizados (mediterráneos) y bárbaros (anglosajones y nórdicos –incluidos los centro-europeos, vistos como nórdicos desde la perspectiva mediterránea-). Durante el Medievo (tras la oficialización del cristianismo con la Constitución de Tesalónica, 380), la ecúmene se transformó en la Cristiandad, que en manos de los bárbaros, la sumió en un comunitarismo estancado (sin propiedad, ni comercio). Ya en la Alta Modernidad, se produce un renacimiento, que favorece el desarrollo del humanismo hispánico, extendiéndose a América y dando paso así a Occidente (por su expansión hacia el ocaso). En las Indias occidentales, América hispánica o Nueva España, se implantaron las primeras universidades e imprentas del continente (convirtiéndose en la república de las letras): un siglo y medio antes de que comenzara el seminario teológico que la a postre resultara Harvard Univ. y demás universidades del *Ivy League*. Tras la Baja Modernidad (o tránsito a la Contemporaneidad), gracias a la Ilustración liberal y las revoluciones industriales, poco a poco se abandona el humanismo (pues el hombre deja de ser el epicentro, pasando a serlo el sistema: se organiza la vida social en torno al trabajo, el dinero, el Estado, etc.); es sustituido por las ideologías (v.g. nacionalismo, socialismo). Se pasa de una racionalidad pura (preocupada por el sentido y alcance del conocimiento y sus límites) y práctica (acerca de una moral universalizable), hacia una racionalidad instrumental (despreocupada de las Humanidades, para centrarse en las recién llegadas Ciencias Naturales e Ingenierías). Dado el éxito y beneficio de los antiguos bárbaros (imponiéndose sus imperios, como el británico o prusiano, e iniciándose el colonialismo), se autoproclaman neo-civilizados (al lograr que los viejos civilizados rechacen su condición y acepten la de neobárbaros: los mediterráneos aceptan ser el bloque PIGS (acrónimo de *Portugal, Italy, Greek and Spain*, que en inglés significa “cerdos”) y los latinoamericanos, que pese a ser repúblicas soberanas desde el s. XIX, en cambio admiten haber sido colonias además de tercermundistas –de los procesos de descolonización de los años 50 y 60, para África y Asia-).

anhelada SC, posibilitadora de la *civilización tipo I*)⁴, con las crisis de un mundo que se deja atrás (dominado por el Estado-nación y sus economías a escala), urge una visión crítica y guía (reflexionar sobre lo auténtico, para avanzar sobre lo real). Para ello es recomendable el volver a graduarse la vista (en cuanto al paradigma manejado para percibir y gestionar nuestra realidad), además de reconocer el terreno que se pisa (no vaya a ser que sean arenas movedizas, de discursos y velos, y no la tierra firme esperada). Por tanto, ahora que la posglobalización está en ciernes, la humanidad se halla en un punto crucial (de elección y no retorno), lo que requiere de una revisión de las cartografías disponibles, junto con una retirada de velos (inferencias, imposturas y falacias fruto de la combinación del *pensamiento débil* con la *corrección política y sus cuotas, cientificismo, género, posverdad*, et al., Sánchez-Bayón, 2017b), así como un ejercicio de reflexión crítica de fundamentos: no sólo urge el redescubrir nuestra realidad (social y natural, más la virtual *in crescendo*), sino también el tipo de paradigma a usar al respecto, con sus estudios correspondientes. En tal sentido, este trabajo ofrece unos apuntes sobre una teoría humanista que guíe en la práctica, permitiendo ser consciente de dónde se está y a dónde se va.

1. Trinomio economía-empresa-consumo en un mundo posglobalizado

Se alude así a tres importantes productos culturales interconectados (estudiados por el derecho, la economía y la sociología). No resultan algo natural, sino artificial, fruto de la mano del hombre, y como cualquier expresión cultural, es posible el disponer de unas instrucciones de uso al respecto. No obstante, con las crisis de la globalización, ¿cuáles son dichas instrucciones y dónde encontrarlas? Se basan en normas e instituciones difusas hoy (dada la hiperregulación a diversos niveles), incluso, caducas en su mayoría (por el tránsito entre épocas: de la dominada por el Estado-nación y la emergente de la aldea-global). Las mismas no se deducen de una sencilla

⁴ Actualmente, pese a su uso, no se ha alcanzado la SC (es un ejercicio de *wishful-thinking* o confusión del deseo con la realidad: base de parte de los velos de confusión extendidos). Ni siquiera se ha logrado una sociedad de la comunicación generalizada: existen demasiados *in-puts* no procesados, generándose ruido blanco; las modas provocan falta de opinión propia y espirales de silencio; persiste una brecha digital, que dificulta el acceso a los canales de comunicación, etc. En el mejor de los casos nos hallamos en una sociedad de la información y entretenimiento (con riesgo de ser teledirigidos como sociedad masa de consumo). En cuanto a la expresión *civilización tipo I*, se alude a la escala Kardashev: un cosmólogo soviético, que en la década de 1960 presentó ante la *Academia de las Ciencias de la URSS* su estudio evolutivo de la humanidad, conducente a la civilización tipo I (capaz de gestionar los recursos planetarios), luego tipo II (del sistema solar) y a la postre tipo III (de la galaxia). Tal estudio no se consideró contrario al comunismo (al no predecir el fin del capitalismo, sino su transformación), por lo que fue condenado, y si hoy se sabe al respecto fue gracias a Asimov y Sagan.

fórmula, ni aplicando una mágica combinación (con acceso a una caja de seguridad), sino mediante la revisión de principios, para lo cual urgente el retrotraerse a la fundación del conocimiento económico y empresarial moderno, justo cuando los neocivilizados comenzaron a fijar sus reglas instrumentales.

Antes del inicio del ejercicio de revelaciones del trinomio y su orientación hacia la posglobalización, al igual que se realiza en uno de los transportes más concurridos del mundo, como es el metro de Londres (*mind the gap!*), se insiste en que: la premisa es que todo está cambiando de manera acelerada⁵, y no por ello debe interpretarse en clave de inseguridad y confusión, basta con tener cuidado y hacer gala de las milenarias virtudes cardinales, de modo que no se vuelva más grande la brecha entre lo que se enseña en los centros de estudio (universidades, escuelas de negocios, etc.) y las prácticas reales económicas de consumidores y empresas (sin olvidar el cuestionado papel actual del difuso y gravoso Sector público). Ahora bien, la mayor apertura de miras y plasticidad que se requiere para comprender las transformaciones en curso, no ha de suponer una renuncia a la racionalidad y la previsión; más bien, ha de considerarse una invitación humanista, reactivándose lemas clásicos (v.g. *sapere aude, credo ut intelligam, fiat lux*). En consecuencia, sería irresponsable el ofrecer categorías desfasadas (como las propias de la economía del Estado de bienestar, de socialismo real, de foros sociales, populismo económico, etc.), o meras etiquetas de diagnóstico en boga, como *sociedad de riesgo, líquida, difusa*, etc.⁶; tales planteamientos han de ir acompañados, además, de propuestas de tratamiento (aunque sólo sea un par de orientaciones reveladoras y aproximadoras a la SC, con su economía correspondiente, calificable de economía digital, glocal, flexible,

⁵ VUCA (acrónimo en inglés de volátil, incierto, complejo y ambiguo), fue la expresión popularizada a comienzos de la globalización por *US War College* y la *Academia West-Point* para referirse a nuestro nuevo entorno, considerado como frágil. Actualmente, se está trabajando para convertir las debilidades en fortalezas, y por tanto, que VUCA signifique visión, entendimiento, claridad y agilidad, de modo que el entorno pase de frágil a ágil.

⁶ Con la globalización y sus cambios socio-culturales, se ha transformado la sociedad (lato sensu), calificándose *de riesgo* por Beck (1992), *líquida* por Bauman (2000), *frágil* por Taleb (2012), *corrosiva* y *flexible* de Sennett (1998), *digital* y *en red* por Castells (2002) o Mattelart (2001), *difusa* por Kosko (1999), etc. Tales calificativos revelan una época de significativas, múltiples, veloces y cada vez más frecuentes y presentes transformaciones socio-culturales, donde la constante –paradójicamente– es el cambio: se desdibujan las tradicionales estructuras, sin terminar de cristalizar las nuevas reglas e instituciones socio-culturales. Igualmente pasa con las dinámicas sociales heredadas y sus narrativas expositivas y explicativas. Todo ello es consecuencia de la crisis y tránsito entre épocas: de una caduca y dominada por los Estados-nación y sus planteamientos oficialistas y proteccionistas, a otra emergente y aperturista con las interacciones socio-culturales, conducente a una aldea-global: conforme al *espíritu de San Francisco*, de la *Carta de la ONU de 1945*, revitalizado con la globalización (Sánchez-Bayón, 2012b).

colaborativa, circular, naranja, etc.)⁷. Téngase en cuenta que, ya los decimonónicos *teóricos de la sospecha* (Freud, Marx, Nietzsche, etc.), detectaron los emergentes problemas de la sociedad industrial, advirtiendo de su malestar social y su neurosis aparejada, pero fallaron en la oferta de soluciones (dando pie a los velos posteriores). Continuaron dicha labor crítica –contestatario y descalificadora, más bien- la *Escuela de Frankfurt, Normale-Annales y de Birmingham-Palo Alto*. Finalmente, se llegó a una hibridación, como fue la mal llamada *Nueva Economía* (NE)⁸. Pues bien, para este estudio –aun teniéndose en cuenta las referencias anteriores-, se ha partido de las propuestas internacionales y aún vigentes de los analistas de la globalización (v.g. Bauman, Beck, Sennett), combinándolas con las de los primeros economistas (escuelas de descriptores y prescriptores), para evaluar si cabe la recuperación de alguno de sus principios en la posglobalización. Ahora bien, ya que en tiempos de transición como el actual, resulta preferible no cosechar certezas, sino sembrar dudas, que inviten a la búsqueda, entonces, se entenderá que desde este trabajo se promueva una crítica básica de la mal llamada NE y sus peligros (entre otros, el impedimento del desarrollo de la nueva economía auténtica-NEA: ECC, EA, EN, etc.).

2. Revelaciones sobre el trinomio y su adecuación a los nuevos paradigmas económico-empresariales

Antes de hablar de NE, habría de plantearse, ¿qué se entiende por economía, cuáles son sus categorías (especialmente, el trinomio planteado), y cómo es su ciencia aparejada? La respuesta no sólo sirve para clarificar los tópicos o lugares comunes (en cuanto nociones generalmente conocidas y aceptadas, de las que partir en el debate), sino que además, se puede constatar con facilidad que dicha expresión (NE), es de lo más recurrente en el tiempo: para los efectos de este estudio, se alude así a la herencia de una moda que

⁷ La nueva economía auténtica-NEA (frente a la discursiva de la economía de bienestar, que en seguida se va a tratar), curiosamente, su realidad se sustenta en su virtualidad (vía internet, experiencias, emociones, etc.), teniendo las siguientes manifestaciones: a) economía colaborativa y circular-ECC (basa en redes, reciclando bienes y servicios compartidos); b) economía autónoma-EA (basa en big-data e IoT, se articula mediante *block-chain, smart-contracts* y DAOs); c) economía naranja-EN (se basa en el talento, la experiencia y el entretenimiento, v.g. gastronomía, turismo, videojuegos), etc.

⁸ No se trata tanto de ofrecer aquí un estudio en profundidad de NEA (bajo sus paradigmas de ECC, EA o EN, su soporte virtual y cuyo epicentro posglobalizatorio se ha trasladado del mundo atlántico al gran área transpacífica), sino de crítica a la visión incorrecta que de NE (bajo su paradigma de economía de bienestar, su soporte tangible y largoplacista, y su epicentro del mundo atlántico) se fue gestando desde su advenimiento (con las guerras culturales, 1960-80, cuando la economía del Estado de bienestar dejó de ser criticada por el socialismo, para intentar su asimilación socialdemócrata, intensificándose su burocracia, su direccionismo, sus redes clientelares, etc.).

eclosionó en la década de 1960 (*New Economy*, impulsada por *New Left*⁹, de corte neomarxista y muy focalizada en la macroeconomía –o sea, estatismo económico hiperregulado-, así como en la geopolítica de la Guerra fría –condiciones de desarrollo y cooperación-), y cuyos efectos aún nos alcanzan (sus velos siguen presentes en programas de estudios superiores, incluso de escuelas de negocios del Sector público).

Luego: ¿qué se entiende por economía? Tal es la confusión actual (fruto de velos como el relativismo), que lo mejor es recurrir a su origen (su etimología): se trata de un cultismo (no un neologismo), de inspiración griega, que alude a la correcta administración del hogar, lo que genera la riqueza familiar. Un sinónimo de inspiración latina es patrimonio (presente en la Antigüedad y Medioevo), aludiéndose así a la función del padre, que no es otra que la buena gestión de los bienes y personas que conforman la familia (*lato sensu*). Sin embargo, no es hasta la *Escuela de Salamanca* (s. XVI), cuando se empieza a reflexionar sistemáticamente al respecto (con un modelo crematístico y reputacional, que bien podría usarse para NEA), inspirándose una disciplina de Derecho Público, como es la *Camerología*, que influye a la postre en el mundo centro-europeo y anglosajón¹⁰. A finales

⁹ Se alude a la *cuarta internacional socialista*, el *situacionismo/situacionalismo* (los movimientos anti-sistema de protesta, v.g. *hippies*), que inspirara las revueltas universitarias de los años 60, sobre todo en EE.UU. (por influjo de Marcuse, Adorno, Bloch, etc.) y Francia (Sartre, Derrida, Foucault, etc.). Sus planteamientos fueron poco creíbles en términos económicos, hasta que se hibridaron con los anteriormente criticados de Keynes (como pasara con otras internacionales socialistas con respecto al Estado, hasta que llegaron al poder), destacando la labor de autores tan populares como Galbraith desde Harvard –pese a que Schumpeter (y su discípulo Samuelson) ya lo venía haciendo, pero no llegaba igual a los universitarios- (Lindbeck, 1971), así como la difusión de organizaciones como el *Club de Roma* (desde 1968, con apoyo de investigadores de Harvard, MIT, etc.). De este modo, se mezclaron reivindicaciones políticas de toma de conciencia y desburocratización, extendiéndose los planteamientos del Estado de bienestar a los problemas de calidad de vida –incluso los problemas de población, el crecimiento y sus externalidades, más su impacto en la naturaleza- (Meadows et al., 1972). El caso es que, como pasara con los *hippies*, volviéndose luego los *yuppies*, la *New Left* y su *New Economy* hibridaron y necesitaron de su némesis: *New Liberals*, a quien culpar de su bandazo ideológico, al llegar al poder como generación y aumentar los problemas sociales (etnoculturales, de género, etc.), así como el nivel de endeudamiento (consumiéndose la riqueza de siguientes generaciones), amén de la mayor devastación del medioambiente (culpándose a otros y postulando un neomaltusianismo eugenésico).

¹⁰ Cabe rastrear el influjo de la Escuela de Salamanca en Grocio y Puffendorf, así como en la Ilustración escocesa (de Hume a Smith), sin olvidar a Locke y su referencia para los federalistas (sobre todo, Hamilton, Jay y Madison), y otros padres fundadores estadounidenses (Sánchez-Bayón, 2008-13 y 16). Se destaca aquí la deriva de Smith, quien manejara inicialmente los criterios del humanismo hispánico (la crematística y reputación de la Escuela de Salamanca), desde sus reglas morales (que debían acompañar al capitalismo para su correcto desarrollo), hasta sus criterios técnicos de fijación de precios justos (según naturaleza de la cosa, vía cualidades, v.g. *usus, utilitas, raras, bonum, beneplacitum, commudum*), para caer en el reduccionismo

de la *Ilustración* (s. XVIII), se empieza a hablar propiamente de la economía y, poco después, de su ciencia correspondiente (tal como acometen las escuelas descriptoras y prescriptoras)¹¹.

La economía, de manera general, alude a la generación y administración de la riqueza (en términos de racionalidad y eficiencia); de manera concreta, puede hacer referencia a maneras de acometer dicha generación y administración, según las comunidades, coyunturas, regímenes, etc. (v.g. economías de trueque, de mercado, planificada, sumergida). La economía es al mismo tiempo una manera de entender y de producir la realidad social (v.g. qué tipo de acciones, reglas e instituciones son normalizables), buscándose un progreso, medible en términos de riqueza y bienestar: eso es lo propio de la esfera social que constituye la economía (al menos para los primeros economistas modernos). No obstante, a medida que la economía se ha ido volviendo más compleja (como reflejo de las sociedades en las que tiene lugar), también se han vuelto más sofisticadas y algo desconcertantes sus definiciones, llegándose a nociones muy alejadas de su origen. Sirva como ejemplo el problema conceptual existente en las economías del Estado de bienestar (o simplemente economías de bienestar o avanzadas)¹²: al

bárbaro de las horas de trabajo (tal como defendieran los fisiócratas y sus variantes, ignorantes del comercio, de las revoluciones industriales y del coste marginal). Dicha equivocación fue corregida y aumentada por Marx y sus seguidores (planteamiento vivo gracias a iniciativas de la globalización, como el Foro de Sao Paulo).

¹¹ Como avance (Sánchez-Bayón, 2016), cabe señalar alguno de los primeros intentos de definición moderna de economía: “(...) es la investigación sobre la riqueza social, atendiendo a elementos como patrimonio, trabajo, dinero, comercio, mercados y bienestar”, A. Smith (*Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, 1776); “(...) ciencia que estudia la riqueza y las leyes de su producción y distribución”, J.S. Mill (*Principios de economía política: con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*, 1848); muy parecidas son las definiciones de otros descriptores, como Ricardo, en sus casi homónimas publicaciones: *Principios de Economía*. Entre los primeros prescriptores (también con obras homónimas), se sigue definiendo la economía como “(...) estudio de la humanidad en los negocios ordinarios de la vida”, A. Marshall (*Principios de Economía*, 1890); similar resulta Cannan en su Revisión de la teoría económica (1929), et al. Es Robbins (sucesor en la *London School of Economics*), en su intento de fundamentación científica, quien inicia el giro hermenéutico: [la economía se ocupa] “(...) del comportamiento humano como una relación entre fines y medios que son escasos y aplicables a usos alternativos (...) La economía es la ciencia de la elección, la ciencia que estudia cómo los recursos son empleados por el hombre para satisfacer sus necesidades, puesto que viven en sociedad”, L. Robbins (*Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, 1932 –no se olvide que es un ensayo, por tanto aún más filosófico que económico, cuya pretensión era ir más allá de la visión de los fisiócratas británicos, para quienes la economía era el estudio de las causas de bienestar material). La desviación conceptual –de ahí la urgencia actual de una revolución copernicana– llega finalmente con el último prescriptor y primer normativista: Lord Keynes (proyectándose en la mayoría de los macroeconomistas de mediados del s. XX)”.

¹² Tras la devastación de la II Guerra Mundial, sólo los poderes públicos tenían el músculo para reactivar las economías (v.g. Plan Marshall), dotando de infraestructuras y sosteniendo a las

fusionarse política y economía en una macro-esfera social, de proyección en otras (v.g. derecho), y dirigida por el difuso Sector público (más allá los Poderes públicos del s. XVIII o de las Administraciones públicas decimonónicas), ello ha requerido de cierto ejercicio de ductilidad, llevando la economía al campo de la ideología, así como de la psicología y la comunicación (como hicieran el marxismo y el neomarxismo), para llegar a definir la economía como la toma de decisiones en un sistema de suma cero: *la elección para satisfacer necesidades diversas y administrar recursos escasos*. Se agrava, al intentar presentar la economía como algo difícil (v.g. econometría) y con denotaciones (v.g. pobreza, privación), no siendo apta para cualquiera (¿ya no somos capaces de saber generar y administrar riqueza por nosotros mismos?, ¿hemos olvidado cómo administrar nuestros hogares y patrimonio?). De ahí la supuesta liberación de decidir, salvo en el consumo –que es justo donde somos más vulnerables hoy en día (v.g. publicidad fraudulenta, cláusulas abusivas, créditos excesivos)–, asumiendo la dirección económica las instituciones estatales, que “planifican mejor” (según los ideólogos y tecnócratas), aunque casi siempre se suelen olvidar de la parte económica de generación de riqueza, pasando directamente a la administración de la misma (incluso, se llega a obviar la premisa de racionalidad y eficiencia entre actores económicos, atendándose sólo a la propia lógica burocrática y clientelar de subsistencia del Sector público (menos Estado del bienestar y más bienestar del Estado: de ahí que el *compliance* parta del cumplimiento fiscal, para el sostenimiento estatal). El problema añadido es que, tras la globalización, el tiempo del Estado-nación y su vieja economía (de bienestar) han pasado, sin terminar de cuajar plenamente las novedosas normas e instituciones de la NEA (ECC, EA, EN, etc., vid. infra).

Por tanto, la economía es una realidad y esfera social presente desde las primeras comunidades humanas: el hombre, no se agrupa para sobrevivir, sino para prosperar. Según sus capacidades y aspiraciones (condicionadas por el *status*, estamento o clase, según los periodos). Cada cual ha tenido que

grandes compañías nacionales (así surgen, vinculadas a los Estados, lo que serán las posteriores multinacionales de energía, telefonía, aeronáutica, etc.). El Estado de bienestar o *welfare State*, es una idea británica (en oposición al vivido *war State*), impulsado por aristócratas del Partido Liberal como Lord Beveridge o Lord Keynes en el periodo de entreguerras y haciéndolo efectivo en la década de 1950. A principios de los años 60, desde la URSS, es tildada la economía de bienestar de “falso capitalismo popular”, sustentado en mentiras como la “clase media” (VV.AA., 1971). Se considera que es una mala copia del socialismo y que caerá. Sin embargo, en la década de 1970, con la ayuda de la ya citada *New Left* y con el triunfo de la socialdemocracia en los países nórdicos y centro-europeos, se pasa a identificar el Estado de bienestar con dichos planteamientos (pese a las crisis económicas de entonces, que no logran imponerse a la propaganda). Desde ese momento, la confusión entre política y economía es total (y no parcial y transitoria, como estaba prevista para reactivar las maltrechas economías de posguerra).

plantearse si se encuentra satisfecho con su situación (con su bienestar o nivel de vida), y si se desea más, habiendo de cuestionarse su productividad e intercambios: qué, cómo y para quién hacer las cosas (bienes y servicios, aunque en la NEA parece que priman las experiencias y el tiempo – hablándose incluso de la industria de las emociones-). En consecuencia, resulta discutible hablar de economía cuando se encuentra una persona sola (v.g. *síndrome Crusoe*), o todo está planificado (v.g. planes quinquenales de URSS y China): la economía, en principio, precisa de un medio natural (un entorno, de donde sacar los factores de producción) y social (una comunidad, en la que generar valor e intercambiar), que con el bienestar del Estado-nación se pretendía circunscribir y proteger tales elementos. Ahora bien, con la NEA, los entornos tienden a ser digitales y la comunidad global, luego las reglas de juego han variado (vid. infra ECC, EA, EN). Lo que sí parece mantenerse como premisa de la economía es el requerimiento de interacciones cuanto más libres y racionales, para facilitar la innovación y el incremento de riqueza y bienestar¹³.

El estudio de la economía, como un conocimiento autónomo y sistemático, en el que poder profundizar y ampliar, con técnicas propias de investigación y divulgación, ha dado lugar a la ciencia económica, incluso, ciencias económicas y empresariales¹⁴. Dicho estudio, ha estado orientado según la influencia de ciertos autores, obras y/o escuelas de pensamiento (figura 1). Ha habido (de manera muy sintética) planteamientos descriptivos (analizando los intercambios cotidianos), prescriptivos (fijando las normas e instituciones propias), normativos (pretendiendo medir y predecir en consecuencia) y revisores (reformulando fundamentos para el paradigma posglobalizador de NEA). Llama la atención que, en el mundo mediterráneo y latinoamericano (de antiguos civilizados y actuales bárbaros, por inversión con los nórdicos y anglosajones, vid. infra), sigue pesando y mucho el influjo de los pensadores económicos normativistas (aquellos que predicán modelos de deber ser, transformadores de la realidad social),

¹³ En ausencia de tal premisa se está ante expresiones, más o menos sofisticadas de violencia (para influir en la producción, la administración y el consumo), difícilmente explicables desde el campo económico, resultando más bien propias de la filosofía, la ideología, la tropología (v.g. utopía, dependencia tercermundista), etc.

¹⁴ A medida que se ha ido refinando el objeto de estudio, se ha podido pasar de la C. Económica (preocupada por la generación, administración y consumo de la riqueza, así como de la corrección de condiciones adversas), a las CC. Económicas: Economía real (centrada en la producción de bienes y servicios) y la financiera (que se ocupa del dinero); Microeconomía (centrada en consumidores, empresas y mercados) y Macroeconomía (que se ocupa de las variables agregadas y el papel del Sector público); etc. (figura 1). A su vez, de la Microeconomía se emanciparon académicamente la CC. Empresariales (Administración, Contabilidad, Comercialización o Marketing, et al.).

máxime, los defensores del Estado de bienestar y su intervencionismo: si no se cambia la forma de percibir y gestionar la realidad social en curso, no cabe avanzar, más bien se puede llegar a involucionar, y todo por no salir de *obstinamientos y/o círculos de comodidad*. Luego, si en las universidades no se enseñan los nuevos paradigmas, los alumnos no sabrán operar en su cambiante realidad, de modo que no sólo se frustraran ellos, sino también la sociedad por su retraso (en el tránsito de la vieja a NE)¹⁵.

Figura 1: Bosquejo del devenir científico-académico de los estudios económicos y empresariales

Escuelas económicas y sus definiciones (según enfoques y periodos): a) crematísticos y reputacionales (s. XVI-XVII: hispanos –de Vitoria a Suarez-); b) descriptivos (s. XVIII-XIX: británicos –Smith, Ricardo, Mill- y franceses –Bastiat); c) prescriptivos (s. XIX-XX: hacia USA –Marshall, Robbins... Keynes); d) normativos (s. XX: a) ideológicos: neomarxistas –herederos de Marx, Engels, Lenin; Krugman/Strauss-Kahn-, austriacos –Hayek, Von Mises-; b) tecnológicos: modelizadores -macro –Samuelson, Friedman-; cibernéticos/teoría juegos –Neumann, Tucker, Nash-); e) revisores (s. XXI: global y nuevos paradigmas –Capra, Rifkin-; comportamiento consumidor –Sen, Deaton-).
CC. Económicas: estudio científico-académico y técnico-profesional desde diversos planteamientos o modalidades (real y financiera; macro y micro; tangible y virtual; política y aplicada; etc.).
Origen y desarrollo del conocimiento económico: desde la aparición del dinero (producción e intercambio de riqueza; en Occidente: <i>Ilíada</i> y <i>Biblia</i> , s. VIII aC). Académicamente, los estudios económicos proceden de la disciplina de Derecho Público, Cameralismo (s. XVII), que dará lugar a la Política Económica (s. XIX), y más tarde se separarán sendos estudios, normalizándose con la red de universidades estatales. A mediados de s. XX se deslindan las CC. Económicas de las CC. Empresariales.
Tipos de áreas y disciplinas económicas: economía real (bienes y servicios) v. financiera (dinero); nacional (interna) v. internacional (externa y mundial); micro (dentro de la empresa; estudio de agentes económicos: consumidores y empresas) v. macro (grandes magnitudes por países; políticas económicas nacionales); tangible (base física) v. virtual (base electrónica).
Clasificación por problemas: a) Teoría de asignación de recursos (qué producir y cuánto); b) Teoría de producción (cómo producir; método y organización); c) Teoría de distribución (para quién producir); d) Economía de bienestar (eficacia

¹⁵ Grosso modo, el tránsito paradigmático consiste en: a) vieja economía se centraba en el desarrollismo dirigido (Estado de bienestar), con mercados oficiales a escala, además de priorizándose la adquisición de bienes a largo plazo; b) nueva economía tiende al consumismo glocal (aldea mundial), con mercados virtuales flexibles, prefiriéndose el disfrute de servicios/experiencias supuestamente exclusivas/personalizadas.

de producción y redistribución); d) Teoría de ocupación y renta nacional (cómo usar plenamente los recursos productivos); e) Teoría del desarrollo (por qué la capacidad productiva se desarrolla diferente según sociedades), etc.

3. Principales velos a retirar y fundamentos a reformular

Los principales velos son de corte posmoderno: por su renuncia a la Modernidad (al ocultarla e impedir su recuperación). La misma se basaba en el trabajo con la realidad, mediante su racionalidad ilustrada generadora de reglas e instituciones firmes, claras y de normalización uniformizadora (v.g. los mismos derechos para todos los ciudadanos). En su lugar, se optó por la diversidad de simulacros y recreaciones discursivas –anti-ilustradas, claro, v.g. diversos privilegios según comunidades a las que compensar-. Aparentemente, con el fin de URSS y de la Guerra fría, se confiaba en la desaparición de las ideologías (Fukuyama, 1992), además de intensificarse los intercambios entre las culturas del mundo, gracias al trasvase de las *tecnologías de la información y comunicación* (TIC), que pasaban del ámbito militar al civil (figura 2). Sin embargo, el periodo de crisis y tránsito llamado globalización, que habría de conducir a un nuevo cosmopolitismo (calificado de “aldea global” por el espíritu de San Francisco, inspirador de la *Organización de Naciones Unidas-ONU*, y la red de organizaciones internacionales para la administración mundial, Sánchez-Bayón, 2012b), en cambio, devino en choque civilizatorio (Huntington, 1993 y 96). Ello se debió, en gran medida, a los velos extendidos: aquellos discursos ocultadores de la voluble realidad, caracterizados por su tendencia emocional, fragmentaria, conflictiva, etc.

Figura 2: Claves sobre la globalización y sus efectos

a) Crisis del Estado-nación: desmembramiento de países y despertar de las minorías nacionales y los regionalismos (v.g. disolución de Checoslovaquia, fragmentación de la URSS en Federación Rusa, Estados Bálticos, Repúblicas del Este, etc.; devastación de Yugoslavia); pérdida de soberanía económica (se cede a las organizaciones internacionales y se crean áreas de libre comercio, uniones aduaneras y monetarias; multinacionales con red de sedes y presupuestos mayores a muchos gobiernos); imposibilidad de seguridad y defensa individual, sino que ha de ser colectiva, por el coste de la ciberguerra; política exterior basada en la interconexión solidaria; deslocalización empresarial (producción toyotista y paraísos fiscales); crimen transnacional (mafias y células en diversos países); crisis del Estado de bienestar (inversión de pirámide de población, más necesidades que recursos); amenazas globales al medioambiente (capa de ozono, calentamiento mundial, cambio climático); despertar de la sociedad civil mediante ONGs y foros sociales mundiales (movimientos invitados en las cumbres y conferencias mundiales organizadas por la ONU).

b) Eclosión de la globalización: fin de Guerra fría (caída del muro de Berlín 1989, reunificación de Alemania 1990-94, aparición de nuevas repúblicas 1991), y avance de las TIC (v.g. satélites para uso civil y despegue de TV privada y telefonía móvil; chips aplicados a la domótica; incorporación masiva de ordenadores e internet en los hogares; apertura del espacio aéreo y vuelos *charters* y *lowcost*; incremento instrumentos y mercados financieros –quintuplicando las operaciones de la economía real: en número y volumen de dinero manejado-; nueva economía basada en las TIC: empresas.com, e-operaciones 24h, etc.) y Organizaciones Internacionales (reactivación de la ONU y OTAN en derecho humanitario, v.g. guerras en Oriente Próximo y África Subsahariana, misiones de paz por todo el planeta; educación en derechos humanos; arranque de NAFTA y Mercosur en 1991, adopción del Tratado de la UE en 1992, aparición de la OMC desde 1996, cumbres BRICS, etc.).

c) Consecuencias: desdibujamiento de fronteras y demás límites estatales, pues lo doméstico hoy se fusiona con lo exterior en cuanto alcance a los intereses propios (v.g. la política exterior estadounidense llega allá donde lo hagan los intereses de sus ciudadanos, quienes tienen una presencia mundial). Ya no hay que pensar el mundo en rígidos cuadrados, sino en círculos difusos e interconectados.

Entre las falacias más populares y vulneradoras del trinomio economía-empresa-consumo (además de resultar desnaturalizadoras, contraintuitivas y contradictorias entre sí, y sin embargo prevalecen), se sintetizan algunos ejemplos en la figura siguiente:

Figura 3: Falacias sobre el trinomio economía-empresa-consumo

Falacia difusa conceptual: en los manuales de los normativistas (macroeconomista de economía de bienestar), aún se enseña una noción desdibujada de “la economía como ciencia de las decisiones sobre bienes escasos y de usos alternativos”. Tal ejercicio definitorio presenta diversos problemas o dimensiones fallidas: a) Arista subjetiva: se trata de una definición psicologizante, con excesivo énfasis en las “decisiones” y no en la “gestión” (de riqueza). Se busca justificar la intervención económica por tecnócratas -¿acaso una persona sin estudios económicos no sabe velar por su patrimonio?-. b) Arista objetiva: tal definición no distingue tipos de bienes ni mercados (v.g. *res intra comertium* –públicos y privados– v. *extra comertium* –frecuentemente lo son, no por razones económicas, sino políticas, jurídicas, morales, etc.–; mercados v. contrabando/narcotráfico –idem, lo son, no por los bienes, sino por su regulación y políticas al respecto–). Y el agua y el aire, ¿son escasos?; c) Aristas mixtas: como la malthusiana (“no hay suficientes recursos para todos”, y “sólo se gana a costa de otros”, v.g. *Club de Roma*, *Open Society Foundations*), pues en realidad es problema de adecuación en la distribución y su redistribución, que no debe acometerse de manera centralizada por el Sector público (*top-down*), sino bajo demanda social (*botton-up*). * Objeciones: pese a la pretensión formalista de la economía, “si es una ciencia, por qué hay tantas interpretaciones y por qué no ofrece previsiones fiables al 100%”

(*ergo*, aún *ciencia lúgubre* –más próxima a la medicina, pues diagnóstica, pero no puede predecir exactamente).

Falacia del racionalismo técnico-profesional: pese a la apariencia lógica, a veces, la producción, administración y consumo se dan por pulsiones irracionales diversas –algo que aprovecha el consumismo-: a) Ideología: interesa más el acceso al poder y su ejercicio, que la propia riqueza y el bienestar; b) Interés y utilidad: depende de la apreciación personal y su correspondiente ambición, expectativas, etc.; c) Confianza: se trata de una creencia presumida (apriorística y no demostrada hasta su realización), para afianzar los intercambios y sustentar elementos necesarios como el dinero y los mercados; d) Miedos: causados por supuesta amenazas exteriores (v.g. crisis, guerras, desastres naturales), provocándose reacciones desestabilizadoras y violentas (v.g. desabastecimientos, saqueos), incluso imprevisibles y/o infrecuentes (v.g. cisnes negros de Taleb, 2007); e) Manías y modas: prácticas del entorno condicionantes de la manera de producir, administrar y consumir –por muy racionales que parezcan, no lo son, ni siquiera son propias-; f) Pulsiones: los deseos irrefrenables de satisfacción inmediata, implantados en conciencias inauténticas de personas infantilizadas por una sociedad consumista (v.g. la falsa necesidad de tener el último dispositivo móvil, pese a que el actual aún funciona, y sin embargo se desecha como basura).

Falacia del desfase cognitivo: aún se articula el paradigma y el estudio económico sobre recursos/factores clásicos de producción (considerados escasos) como tierra, trabajo y capital (TTK) –como hicieron los fisiólogos y primeros marxistas-. No obstante, dicha visión quedó más que superada con la segunda revolución industrial (v.g. cómo medir producción y precios en hora-trabajo frente a las máquinas). Actualmente, tiene mayor peso como factores de producción las TIC y el talento, pese a su débil abordaje por los normativistas (reduciéndose todo a su tratamiento metodológico y modelizado).

Falacias argumentativas científicistas: la economía, como toda ciencia social, queda afecta en su objeto de estudio por la mera observación, además de verse condicionada –incluso en las mejores circunstancias- por el factor humano (causante de cierto grado de incertidumbre). Luego, por mucho que se pretenda disfrazar con ropajes cuantitativos y el culto al número, sólo se prueba así que cabe su medición –cosa que realizan con ventaja las máquinas-. Ahora bien, lo realmente valioso es poder transformar esa información computacional en conocimiento válido. Ese es el gran reto de la economía desde sus orígenes: ser capaz de explicar más allá de la realidad pasada y dejar de ser así la llamada ciencia lúgubre.

Estas falacias (y otras relacionadas), han dado lugar a la consolidación de la inteligencia fracasada, que es aquella que (como la de Edipo), ha permitido resolver problemas a corto plazo, aunque con ello se vaya preparando el marco de la tragedia: la deshumanización y asocialización (además de la degradación ambiental). Tal resultado previsible, bien podría corregirse mediante una reflexión crítica (auténtica y compartida), conducente a una

reformulación de fondo, de alcance paradigmático, por lo que ha de volverse a la fundamentación de la teoría económica (como se viene alertando, ya ha habido un exceso cuantitativo de corte cientificista). Urge una revisión de la ontología, epistemología y axiología relativa a los sujetos, objeto y contenidos de las relaciones económicas. En otros trabajos se ha tratado ya la cuestión, acometiéndose desde diversas lecturas (v.g. la globalización y sus crisis, la intergeneracional, los juegos de poder, el emprendimiento), pero ahora se realiza desde algo tan fundamental como son los principios. Se vuelve así a los planteamientos de descriptores y prescriptores, quienes cimentarán (con sus principios señalados: figura 4) el conocimiento científico-académico propio de la economía, y de tal suerte, su posible actualización para la posglobalización.

Una vez más, dada la natural limitación material del texto (en cuanto al número de páginas), se procede a sintetizar la cuestión de los principios como sigue:

Figura 4: Principios económicos (de descriptores y prescriptores actualizados para la posglobalización)¹⁶

A.- Elecciones individuales y generación de riqueza:
1.- Ppio. generación de riqueza: personas se relacionan, no para sobrevivir, sino para prosperar. Se requiere de equilibrio entre orden y espontaneidad (seguridad y libertad): dejar que los individuos persigan su interés, pues pueden redundar así en el bien común (interés personal también puede ser voluntariado, altruismo, filantropía, etc. –incluso, el egoísta que desea ser el mejor médico, termina beneficiando a la sociedad, al ofrecer mejor medicina-).
2.- Ppio. administración de riqueza: recursos limitados y deseos ilimitados –incluso con TIC, pues la energía aún es limitada, y el dinero ha de ser limitado; otra cosa sería cambiar a un <i>sistema de talento y reputación</i> (bastaría con la confianza y la creatividad, que si pueden ser ilimitadas)-. Urge fijar prelación de objetivos de bienestar; distinción entre necesidades y apetencias (modas, caprichos, etc.; pirámide de Maslow está cuestionada hoy por la generación de los milenios: prefieren disfrutar de última tecnología y gozar de reconocimiento antes de cubrir necesidades básicas –dado que viven en un medio de abundancia-).

¹⁶ Se insiste en que no se trata de la evaluación de ajuste de los principios de NEA y sus paradigmas posglobalizatorios (ECC, EA, EN), sino la crítica a los velos de confusión extendidos al respecto por NE (cuya economía de bienestar se basa en la escasez, la burocracia, el direccionismo, las redes clientelares, etc.), dificultando el tránsito efectivo a NEA. Sirva como ejemplo el principio de escasez: se desmonta la contradicción sobre la que se sustenta el socialismo y la economía de bienestar, pues toda riqueza se debe a una pobreza (por un sistema de suma cero); ahora bien, gracias al trabajo robótico y la programación, el ser humano queda liberado del trabajo mecánico, la producción en cadena, etc., para poder dedicarse a una labor vocacional y creativa, llena de posibilidades.

<p>3.- Ppio. elección responsable: recursos productivos son de uso alternativo y requieren de correcto disfrute para su sostenibilidad (explotación equilibrada con el medio natural y social); vid. infra.</p>
<p>4.- Ppio. racionalidad: se presupone que los individuos disponen de cierta madurez en su búsqueda de riqueza y bienestar (preguntándose antes qué, cómo y para quién producir, conociendo los factores de producción: ttk+TIC), operando en términos de: a) Ventaja: absoluta (mide productividad total de 1pers./1país), comparada (mide coste de oportunidad entre dos productores: coste de oportunidad-especialización-intensificación, v.g. A. Smith y padre de familia; Ronaldo y sus zapatillas). b) Marginalidad (relación coste-beneficio por cada unidad más). c) Incentivos (estímulos para producción e intercambio). * Problemas: racionalidad contraintuitiva (economía no es filosofía, ni religión, sino Ciencia Social, v.g. desigualdad: ¿buena o mala? No se trata de posicionarse, sino que hay que indagar sobre la realidad y gestionarla para sirva de incentivo –no confundiendo pobreza y desigualdad, v.g. Singapur no hay pobreza pero sí desigualdad-).</p>
<p>5.- Ppio. aversión al riesgo y la pérdida: no suele asumirse riesgos, salvo por alta recompensa o lastre moral (v.g. “más vale pájaro en mano, salvo 2,5 volando”; “sólo compro lotería si lo hacen los demás...”); también condicionan aspectos relativos a la confianza (factor humano: emoción, hábitos, manías).</p>
<p>B.- Operatividad de mercados e intervenciones ajenas y distribución de riqueza:</p>
<p>6.- Ppio. estratégico y coyuntural: se requieren planes de producción e intercambio (negocio) a C/P, M/P y L/P (problemas: ciclos y coyunturas, frontera de producción posible/curva de transformación/ley de rendimientos decrecientes).</p>
<p>7.- Ppio. determinación del valor: coste de un bien/servicio, viene determinado por dedicación a su producción, mientras que el precio depende del cruce de oferta y demanda. * Problema: injerencias de terceros (v.g. intervención estatal, externalidades).</p>
<p>8.- Ppio. preeminencia del comercio y los mercados: los intercambios mejoran el bienestar general (círculos virtuosos) y las operaciones reiteradas y conocidas organizan eficientemente la actividad económica * Problema: mercados son sistemas orgánicos autopoieticos, aunque pueden requerir de correcciones: quiénes y por qué pueden ser árbitros?).</p>
<p>9.- Ppio. prevalencia de la competencia y el equilibrio en el crecimiento económico: resultan beneficiosos, pero con matices (se requiere de cierta redistribución, que puede proceder de los propios agentes: búsqueda de optimización sobre maximización). * Problema: equilibrio presupuestario? (¿por qué se exige a las familias y empresas y no a los poderes públicos? ¿Quién paga la deuda pública? Keynes –durante su estancia en España-: “en cien años, todos calvos”).</p>
<p>10.- Ppio. alerta ante la inflación: no puede crearse más dinero si no va respaldado por la economía real (v.g. crisis financieras: de 1929-33 USA y Weimar a 2008-14 Global). * Problemas: devaluación, importaciones y balanza de pagos, etc.</p>

Corolario: intensificar (en lo real) y diversificar (en lo financiero), manteniendo su relación sinalagmática (para evitar burbujas conducentes a las crisis del 2000 y del 2008).

4. Diagnóstico y pronóstico: negocios, empresas, mercados y consumo hoy

Para realizar un adecuado diagnóstico, ha de partirse de una clara noción de la globalización y sus figuras afines¹⁷, de modo que pueda contextualizarse la situación del trinomio (economía-empresa-consumo). Téngase en cuenta que la globalización, como idea, estuvo cerca de morir de éxito, pues debido a los velos extendidos y a la multiplicidad de discursos al respecto (se la imputaban casi todos los problemas detectados). En consecuencia, la voz globalización alude a un concepto complejo y difuso de transformación y transición, que ha sido usado para referirse al proceso de apertura y convergencia de la humanidad en tiempo real y en todo el planeta (dando paso al pequeño-mundo-conectado), iniciado tras el fin de la Guerra fría, gracias al trasvase a la sociedad civil de las TIC. No se trata entonces de un conglomerado acabado y reduccionista (como pretendían los francófonos con su expresión *mondialisation*), más bien se está ante un proceso poliédrico y multifásico de transición entre épocas –que por cierto, como se viene indicando, tras la crisis de valores de 2008, ya se ha completado, implementándose la posglobalización por todo el planeta (con medidas como *Global compact*) hasta el *Horizonte 2030*, vid. supra-. En consecuencia, “ni apocalípticos, ni integrados”, tal como alertaban ya en la segunda mitad del s. XX autores como Eco y Bobbio (quienes problematizaban entonces sobre las crisis en ciernes, dado el final de ciclo previsible), para referirse al proceso de cambio que se avecinaba y finalmente se bautizó como la

¹⁷ Sobre las figuras afines, que ayudan a laminar y refinar el concepto de globalización, cabe destacar otras nociones, con sus escenarios (de diagnóstico y pronóstico), como son: a) glocalización: proceso de adaptación local frente a la globalización (“pensar global, actuar local”: glocal); b) anti-globalización: movimientos anti-sistema (consolidación tras protestas de Seattle en 1999); c) mundialización: expresión francesa para referir internacionalización de mercados (mercado-mundo); d) aldea global: espíritu de San Francisco (Carta de la ONU, 1945: cap. VIII Acuerdos regionales, art. 52 sobre red de organizaciones internacionales); e) fábrica global: una economía real a escala planetaria dirigida por Organización Mundial del Comercio (OMC), Unión Europea (UE), Mercado Común del Sur (Mercosur), Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Tratados de Libre Comercio (Tlc(s)), etc.; f) Las Vegas global: un mundo financiero de agentes de bolsa y supervisado por los Bancos Centrales y el Grupo Banco Mundial (BM), con el Fondo Monetario Internacional (FMI); g) polis global: un amago de gobernabilidad mundial sin gobierno concentrado, sino por medio de una red de organizaciones internacionales y foros mundiales; h) apartheid global: pues la tríada Asia-Pacífico, Europa-Occidental y América del Norte, sustentan el poder y el resto del mundo es dependiente –incluso, dentro de estos entornos las desigualdades son grandes y variadas-; et al.

globalización (y hoy, la posglobalización). Su alcance ha llegado a las principales esferas sociales, afectando a lo económico, político, jurídico, religioso, etc. En definitiva, aún no hay una concepción generalmente aceptada, ni una visión compartida plena, por lo que no cabe hablar de una única globalización, sino de varias, que requieren de un cierto consenso –de ahí la dificultad de tomar conciencia sobre el tránsito posglobalizador-. Y es que el proceso en marcha de la globalización no tiene por qué conducir a un futuro positivo de armonización y solidaridad (como el anhelo occidental de la SC), sino que bien puede terminar en una asimetría alienante consumista, como la del modelo corporativo de *chaebols* asiáticos (v.g. *karoshi* o muerte por trabajo, *karojisatsu* o depresión por trabajo, *hikikomori* o aislamiento social). Ahora bien, se insiste en que el proceso aún está en marcha (como es el tránsito posglobalizador hacia H2030), y el resultado del mismo dependerá en buena medida de las reglas de juego e instituciones que se establezcan y respeten: de ahí la urgencia de una reflexión como la de este texto, para guiar en la salida del proceso posglobalizador, su *TecnoEvo* transitorio y las opciones posteriores: SC v. *sociedad-masa consumista* o SMC (Valero y Sánchez-Bayón, 2018).

En cuanto al devenir de la globalización, cabe señalar las siguientes etapas o estadios: a) globalización 1.0 (en la década de 1990, gracias a las TIC se conectó el planeta, convirtiéndose en “un pequeño mundo”, y su dimensión fue principalmente económica); b) globalización 2.0 (en la década de 2000, por medio de las organizaciones internacionales (OOII) y los foros de las organizaciones sin ánimo de lucro (ONG), se intentó tejer un sistema de ordenación mundial, para su gobernanza -gobierno glocal-, siendo su dimensión esencialmente política y jurídica, hasta que llegó la gran crisis financiera de 2008); c) globalización 3.0 (en la década de 2010, vía la participación ciudadana y sus iniciativas se está impulsando el procomún y el capital digital, de modo que se está posibilitando el tránsito a la *e-economía*, *e-política*, etc. (Sánchez-Bayón, 2017c y 19), siendo su principal dimensión la socio-cultural, así como transversal a la economía, la política y el derecho, para dar con los nuevos conceptos, su lenguaje, etc.). Por tanto, la posglobalización es la situación actual (de estadio ulterior y de cierre de proceso), consistente en el tránsito final: bien hacia la SC, bien hacia la SMC (y sus riesgos de *entropía o armagedón*)¹⁸.

¹⁸ Escenarios distópicos posglobalizatorios: a) entropía social (colapso por disfunción y/o ausencia de normas e instituciones sociales); b) armagedón social (conflicto social final). Se adelantan unas notas sobre otros problemas pronosticados: la oncología social y el narcisismo sociopático (riesgo de pérdida de sentido vital y aumento de agresividad en sociedades de consumismo global).

En consecuencia, ¿qué pretenden ocultar los velos al respecto de la globalización? A falta de un conocimiento seguro, se fomenta un posicionamiento polarizado, que bien se puede explicar con la fórmula del dilema fariseo de tonsilitis: sin probar relación de causalidad directa, y centrándose en algún síntoma (que no causas subyacentes), como la inflación de las amígdalas por supuesta exposición a los vientos de la globalización. Se manipula así el marco discursivo (fijándose en la comunicación significados, posicionamientos, etc.), de modo que sólo cabe la asunción de uno de los polos: a) la posición endogámica (totalmente opuesta a la globalización y, por ende, proteccionista y estancada); b) la posición exogámica (favorable a la plena apertura y exposición). Según el citado dilema, quien sea pro endogamia, preferirá mantener las anginas, aunque se inflamen periódicamente y pongan en riesgo la sostenibilidad del sistema. Mientras que el pro exogamia, verá bien la extirpación de las anginas, aunque ello deje sin anticuerpos al sistema. Y es que no hay que caer en tal reduccionismo, pues son muchas más las opciones barajables, entre otras, la vía glocal.

Para seguir reflexionando, se ofrece a continuación una pequeña muestra de velos extendidos sobre el trinomio objeto de estudio:

- Velos de economía: los defensores de la vieja economía (la del Estado de bienestar), en vez de acometer autocrítica y reconocer su caducidad, han preferido rebautizarla como economía flexible. Se trata de una pretendida extensión de la economía a escala (vinculada al Estado y su supervisión), solo que en la variante de la geopolítica de las potencias prevalentes en la coyuntura en curso. En realidad, el velo de la flexibilidad, sólo oculta precariedad: no se trata tanto del denunciado intercambio desigual neomarxista (“los obreros del primer mundo viven bien gracias a la explotación de los obreros del tercer mundo”), sino de un agravado problema intergeneracional (“los padres, con menor cualificación, viven mejor que los hijos, aunque se esfuercen el doble”). Otro velo relacionado es el de conectar la economía flexible con el neo-liberalismo, dando a entender que se defiende la desregulación proteccionista estatal, cuando en realidad se está a favor de la armonización vía organizaciones internacionales (se trata de una némesis discursiva generada por *New Left* en los años 70, para oponerse a aquellos contrarios al intervencionismo económico estatal).

- Velos de empresa: la generación de *baby-boomers* (posterior a la II Guerra Mundial), renegaba de un mundo normalizando y tan institucionalizado (antojándoseles alienante), por lo que promovieron su desinstitucionalización, y consiguiente flexibilización. En consecuencia, se pasó de una situación de certezas a otra de inseguridades: hasta los años 70,

uno sabía cuándo empezaba a trabajar en una organización reglada, haciéndolo toda su vida y sabiendo cuándo se iba a jubilar y en qué condiciones. En cambio, en la actualidad, la empresa de la economía flexible no ofrece vías socializadoras en su seno (con reglas comprensibles y compartidas por los operadores), pues cada cual ha de realizar su búsqueda personal de experiencias laborales diversas, marcadas por los juegos de poder (con la desinstitucionalización, cada cual se relaciona con su agenda oculta, orientada hacia la consecución de nuevas experiencias profesionales, Pérez-Huertas y Sánchez-Bayón, 2013 y 15). Un velo más, complementario al planteado, es el de la *responsabilidad social corporativa* (RSC): ¿al desinstitucionalizarse la empresa, volviéndose difusa, para adaptarse a una economía flexible, cómo se puede comprometer con un medio social, sino cultiva el propio (con sus propios operadores: trabajadores, directivos, proveedores, etc.)? ¿Se trata de una realidad posible o un mero discurso de marca (la reputación diferencial)?

- Velos de comercio y consumo: la primera confusión se halla en identificar sendas categorías, pues aunque guardan relación, no son lo mismo (el comercio conduce al consumo, pero el consumo no tiene por qué llevar al comercio, v.g. la avaricia acumulativa). Más aún, tampoco resultan iguales el consumo y el consumismo (uno es un acto personal, más o menos libre y responsable, que asegura el funcionamiento diario; mientras que el otro, es una tendencia social desviada, de acumulación innecesaria y excesiva). Otros velos a destacar son las barreras artificiales para limitar o impedir el comercio y el consumo, v.g. barreras políticas: subvenciones; barreras culturales: impedimentos a movilidad). También se aprovecha para llamar la atención, como se hiciera sobre la RSC, sobre el Comercio Justo: ¿realmente es así o se trata de una estrategia para disfrazar el consumismo? (en definitiva, es el problema ya planteado de la inautenticidad).

Como pronóstico, según los velos planteados, se invita a reflexionar sobre los siguientes resultados previsibles y sobre los que cabe un plan de acción:

- Acciones sobre la economía: resulta crucial tomar conciencia crítica, para ser consciente de las crisis y transformaciones en curso (v.g. caducidad del Estado de bienestar, la emergencia de una economía digital), y su cambio paradigmático requerido (para su mejor comprensión y gestión, así como su estudio). Quizá, la medida más básica a adoptar es la planteada sobre la revisión y adaptación de los principios de la economía en la posglobalización. Igualmente, han de revisarse sus estudios universitarios, recordando que la economía no es una técnica para realizar proyecciones exactas de ingeniería social, sino una ciencia social (y si se desea comparar con una ciencia natural, mejor hágase con la medicina).

- Acciones sobre la empresa: es necesario cambiar los criterios guía del desarrollo seguido hasta la fecha, pasándose del planteamiento de maximización (crecer todo lo que se pueda, en las economías a escala), a los de optimización (desarrollarse respetando el medio social y natural: ganando, sin hacerlo a costa de otros, sino mediante círculos virtuosos). Igualmente, hay que prestar atención a las prácticas orientadas a la resocialización y rehumanización en las organizaciones sociales que aún son las empresas. Para ello, es necesario cuidar cuestiones como conciliación de la vida personal, con la familiar y profesional; el integrar la diversidad orientándola hacia el objetivo común del que se sientan partícipes los operarios de una empresa; el fomentar la captación y recompensa del talento puesto al servicio de la organización; el gestionar mejor las relaciones culturales y generaciones, etc.

- Acciones sobre el comercio y el consumo: para desarrollar buenas prácticas de intercambios y disfrute de los mismos, es conveniente concebir el proceso a modo de círculos virtuosos (bajo la lógica *win&win*: menos casino y sí más juego de equipo/liga). También hay que aprender a consumir de manera responsable y sostenible (sólo lo que se requiere), así como disponer de un derecho de la competencia ajustado a las demandas sociales (no para tutelar a la figura del consumidor incapaz, sino para capacitarle en la exigibilidad de sus derechos y fomentar un trato de equidad y autonomía, etc.).

Muchas son las acciones que han quedado por apuntar (v.g. el estímulo de negocios *procommons* / *pro bono*, fuentes de financiación *crowdfunding*, una ética posglobalizada –nuevamente humanista y no consecuencialista-). Ahora bien, el objetivo de este texto es ayudar a tomar (auto)conciencia de la transición que se está viviendo, para aprender a diagnosticar y pronosticar por uno mismo, contribuyéndose a proponer acciones para la rehumanización y resocialización de un mundo posglobalizado (evitándose así la deriva hacia una SMC, cuyo final sería la *entropía y/o armagedón*).

Conclusiones

Se espera haber logrado la toma de conciencia sobre la urgencia de una reflexión crítica (sobre todo, de autenticidad y vigencia) y su plan de acción reflexionada (de revolución copernicana) frente al problema de la extensión del consumismo global y sus velos (vid. supra *mundo feliz*): el ser se ha convertido en un ente más a dominar, faltó de conciencia de sí y de la realidad, por estar pensado por el propio sistema, que le reduce al consumo (incluso, de sí mismo). Para completar este texto, se ofrece una recapitulación de los resultados de discusión planteados, haciéndolo a modo

de pentálogo (de reflexión dirigida a la acción rehumanizadora y resocializadora):

- 1.- De la globalización, sus crisis y transición: si las TIC fomentan las relaciones mundiales en tiempo real, lo previsible es que se incrementen los intercambios y, con ello, el comercio y el consumo. Dicha dinámica resulta la principal vía de relación pacífica y de progreso entre los pueblos (tal como prueba la Historia Económica). En tal sentido, no ha de resultar sospechoso entonces, que se unifiquen mercados, porque se trata de la consolidación de las prácticas, lo cual favorece la institucionalización de relaciones, otorgando seguridad y confianza a las mismas –cuestión que se requiere, para compensar la tendencia líquida, de riesgo, difusa, etc.-. Ergo, la globalización no es ni mala (apocalípticos), ni buena (integrados), sino que se trata de un proceso en curso de apertura y transformación mundial, que afecta a todas las esferas sociales (v.g. economía, política, derecho, religión), y se viene desarrollando en diversas fases de evolución compleja. El gran reto está ahora en cómo completar el proceso y salir a la posglobalización, rehumanizando y resocializando nuestro mundo, orientados así hacia la SC.
- 2.- De la economía, su paradigma y estudio: se ha agotado el paradigma de la economía de bienestar y sus mercados a escala supervisados (dirigidos e hiperregulados por el también caduco Estado-nación), por lo que más que insistirse en parches temporales discursivos (como la llamada economía flexible, que en realidad resulta precaria y contra-económica, ya que vulnera la confianza esencial y fomenta el consumo irresponsable), convendría saber más de los nuevos paradigmas emergentes (ECC, EA, EN). En dicho tipo de economía y sus paradigmas, se produce una mayor simbiosis con el medio social (al aprovecharse mejor el talento de las nuevas generaciones, que ya están globalizados y son nativos digitales), y el natural (al potenciarse el reciclaje y un mayor respeto por el medioambiente). Por tanto, urge un mayor estudio y praxis de la NEA, abandonándose la *fatal arrogancia* (Hayek, 1944) del *intervencionismo técnico* de la vieja economía y sus parches –cuyos planteamientos, además de caducos, han conducido a la pérdida de las *guerras culturales*, por falta de intelectuales que retiren velos de confusión, permitiéndose el auge de los *populismos económicos*, como estertor de la economía de bienestar-.
- 3.- De la empresa: pese a las tendencias hacia su desinstitucionalización y difusión (o desdibujamiento), en pro de mayor flexibilidad (máxime en las multinacionales), la empresa no deja de ser una puesta en común de

personas y bienes para alcanzar unos fines, dando lugar a una organización (y por ende requiere de normas e instituciones en su seno –de otro modo, no hay garantía de sostenibilidad-). En consecuencia, ha de recuperarse la empresa, redefiniéndose y reorganizándose, a ser posible, de manera rehumanizada y resocializada. En caso de no realizarse tal labor, su caducidad se vuelve más evidente (como le ha pasado a otra gran institución de la Modernidad: el Estado, también llamado por los *Federalistas* como la *moderna empresa nacional*). Acometiéndose dichas reformas elementales se evitarán los *juegos de poder* y sus *agendas ocultas*, contrario todo ello a la propia continuidad de la empresa.

- 4.- Del comercio y el consumo: es prioritario el volver a reflexionarlos, recordando que aunque guarden relación, son diferentes. También requieren de una retirada de velos denotativos extendidos (son reglas inversamente proporcionales, enunciadas ya por descriptores y prescriptores): a) si hay comercio entre los pueblos, entonces no hay guerra; b) si hay consumo por las personas (de manera autónoma), entonces no hay necesidad ni exclusión. Ahora bien, resulta muy conveniente el acometerse la citada reflexión en comandita con unos principios éticos de mínimos, sustentadores a su vez de la confianza base de cualquier intercambio (v.g. autonomía y equidad entre partes; equilibrio entre el medio social y el natural).
- 5.- Del plan de acción: tras la reflexión (para la toma de conciencia y búsqueda de autenticidad), urge su traslación a la praxis, que evite los males diagnosticados y pronosticados para la posglobalización. En vez de orientarnos hacia la SC, parece que el consumismo global avanza, y cada vez más rápido gracias a los velos. Por ello, no basta con detectarlos, sino que han de rasgarse y retirarse lo antes posible. En caso contrario, se intensificará el problema aparejado de la deshumanización y asocialización (fomentados por el consumismo alienante), y conducentes al peor escenario resultante: entropía y/o armagedón. Y es que, la desnaturalización humana (perdiéndose su autenticidad), viene fomentándose por un consumo pulsional tendente al incremento de la alienación personal y el malestar social. Todo lo cual, a su vez, conecta con una incorrecta comprensión y gestión de la progresiva abstracción virtual y la fragmentación disasociativa (intensificada por los citados velos); la inteligencia técnica y desfasada (en relación con la emocional –de ahí la vulnerabilidad presente-), aplicada a la intensificación de una producción-consumista irreflexiva y dañina con el medio social y natural; la enajenación y vacío esencial (por pérdida de dignidad y

medición por calidad), propiciándose la cosificación humana y la sublimación de la máquina (con el riesgo del hombre sin atributos y unidimensional, que ve con buenos ojos al *cyborg* o androide: la hibridación humano-máquina); el desarraigo cultural (suprimándose las conexiones con los demás y el medio), junto con la pauperización social (por reducción del sentido de riqueza); etc. En consecuencia, se entenderá entonces, que la principal acción a acometer, es la de rasgar y retirar velos que alienan (por relativismo, corrección política, pensamiento débil, etc.), negando la posibilidad de consenso, así como el impulso de una ética para la humanidad o *comitas gentium*, favorecedora de mínimos comunes en las relaciones, como puedan ser los principios de respeto y reciprocidad (con uno mismo y el prójimo, con el medio social y natural, etc.). De tal suerte, si se actúa en consecuencia con la reflexión, se irán desvaneciéndose las falacias dialécticas que han promovido el negocio sobre el ocio, el éxito y el beneficio sobre el bien y la belleza, el bienestar sobre la felicidad, et al.

Otrosí cabe señalar, que hasta el momento, se ha expuesto un plan de acción básico, para cerrar adecuadamente la globalización, saliendo de la misma orientados hacia la SC. Ahora bien, si esto no es suficiente aliciente, atiéndase también a las –ya citadas- amenazas en ciernes (de *entropía y/o armagedón*), pues los riesgos que comporta el triunfo de la *inteligencia fracasada del consumismo* y sus velos son (entre otros posibles escenarios): a) *Oncología social* (Baudrillard, 1981): nuestras sociedades, como seres vivos, no paran de crecer y desarrollarse, donde cada uno –en principio, se presume– puede alcanzar cierto grado de autonomía y especialización. Sin embargo, ¿qué pasaría si, de pronto, dejara de haber relevos generacionales y cesasen sus legados? Como sociedades no reproductivas, no tenemos el imperativo procreativo, sino que lo dejamos en manos del sistema, al que da lo mismo la individualidad, más bien lo que necesita es la masa de la que nutrirse. Entonces, si no hubiera trascendía alguna, no habría sentido de la vida y la muerte, por lo que quedaríamos reducidos a una masa-tumor (de promociones humanas de consumidores replicados, diseñados por y para el sistema), expandiéndose hasta cubrir el planeta entero. b) *Narcisismo sociopático* (Fromm, 1946): si se priva a las siguientes generaciones de su identidad y misión, entonces, toda la fuerza productiva madura (en edad, pero emocionalmente infantilizada) sólo podría orientarse hacia el consumo, buscándose así placeres personales e instantáneos (tal como hacen los niños en su narcisismo autocentrado y expansivo), para “sentirse vivos” (aunque

inauténticos), al quedar reducidos a promociones en competencia por dicho consumo narcisista. Y en tal condición, donde el prójimo se vuelve “el otro”, competidor de mi consumo, entonces, se fomenta el distanciamiento y la hostilidad, que ha de incrementarse exponencialmente, pues las necesidades (sin restricciones éticas) son ilimitadas, mientras los recursos no. Llegará un momento en que, al estar embebidos de consumo, y por falta de conocimiento del medio social y natural, el individuo sólo sepa mirar por sí, carente de vínculos con los demás y con el medio, definiéndose por su nivel de agresividad, a la vez que se sienta una ínfima e indeterminada parte de una gran mayoría o masa, dirigida por la ansiedad y el miedo, de la que brotarán erupciones periódicas de grupúsculos cargados de violencia destructiva (retroalimentando la ansiedad y miedo de dicha mayoría-masa).

c) *Mundo feliz de la sociedad masa de consumo global* (Huxley, 1932): como se viene comprobando, todos los intentos fallidos de socialismo, han derivado en consumismo (v.g. China desde los años 70, Rusia desde la década de 1990, Cuba a partir del 2010); debiéndose añadir las economías de bienestar, que han reducido al contrapoder de la sociedad civil en redes de clientelismo y dependencia. d) *Desconexión Kodak* (“usted apriete el botón, que nosotros hacemos el resto”), o cualquier otro ejemplo relativo a la entropía y conducente a la ruina...

Se pone fin aquí a esta propuesta básica de reflexión y plan de acción frente al consumismo global (como gran distopía en ciernes, precursora de riesgos, v.g. entropía, armagedón)¹⁹, mediante la retirada de velos, de modo que quepa una rehumanización y resocialización orientadora de la posglobalización hacia la SC (procurándose sortear de la mejor manera posible y con mayor celeridad la fase transitoria de *TecnoEvo*). Se espera que igualmente haya servido de galeato a favor de la creatividad y el talento que tanto se requiere para la posglobalización y *TecnoEvo* en curso (pero eso ya es materia de otra publicación: Valero y Sánchez-Bayón, 2018).

Corolarios: la amenaza de la hiperregulación populista y herramientas para un análisis del entorno plus

Cuando la economía de bienestar comenzó a ser colonizada durante las guerras culturales por la socialdemocracia (como ya pasara con la economía

¹⁹ En periodo de entreguerras se escriben dos distopías futuristas: *Un mundo feliz* de Huxley y *1984* de Orwell (Blair). La amenaza de la granja comunista parece llegar a su término con la caída de la URSS, pero el resto de socialismos, máxime el de la cuarta internacional (el cultural o situacionista), abandona la economía, para instalarse en los medios de comunicación y las universidades, formando cuadros mediante su dogmática hegemónica, además de conducir así a las sociedades occidentales hacia la otra distopía consumista –de un capitalismo de formas, sin fondo (sin razón ética, sino pathos consumista), dirigido por elites de poder-.

asistencial del periodo de entreguerras), agudizándose la confusión entre política y economía, e intensificándose los problemas del direccionismo, la burocracia, las redes clientelares, etc.; entonces, con la globalización, pareció que se producía una oportunidad de *revolución copernicana* (volver a la etapa previa a la desviación y confusión), con oportunidades como la *tercera vía* (con exponentes como Blair, Schröder, Lagos, etc.), y la intensificación tecnológica (posibilitadora del vislumbramiento de novedades paradigmáticas como ECC, EA o EN). Sin embargo, volvió a perderse la oportunidad, tendiéndose a un agravamiento de fin de modelo, como es el *populismo económico* (en Latinoamérica desde la década de 2000 y en Europa desde la crisis de valores de 2008). Como fase final del Estado-nación y su economía de bienestar, el populismo económico es una suerte de *mesianismo proteccionista*, en el que el líder, en una relación directa con el pueblo (sin atender a normas e instituciones intermediarias, y menos aún diferenciar esferas sociales –para concentrar así todo el poder-), procede a: a) hiperregular autárquicamente (acrecentando el gasto público, el Sector público y la presión fiscal, además de desconectarse del comercio internacional, despreciando las inversiones extranjeras, el turismo, etc.); b) generar discursos polarizantes de la población (“o estás conmigo –que soy el pueblo- o contra mí –contra la gente y las medidas sociales-“); c) necrotizar cualquier posibilidad de crítica y desarrollo de talento y emprendimiento (de modo que nada escape a su control), además de impedir el tránsito hacia los nuevos paradigmas económicos de SC. Pues bien, para quienes sí estén listos para realizar el tránsito de la economía de bienestar a ECC, EA o EN, si se es emprendedor, se sugieren ciertas herramientas de *análisis de entorno plus* en la posglobalización (AEE+, vid. figura 5), y si se es una organización madura, se anima a implantar un modelo empresarial de desarrollo del talento y felicidad (bienestar subjetivamente percibido, vid. otras publicaciones).

Figura 5: de AEE a AEE+²⁰

<p>* AEE: discurso justificativo, mecánico y uniforme para países, mercados y empresas (crecimiento: PIB/balances; estabilidad: inflación/costes;</p>

²⁰ La gran diferencia entre ambos tipos de análisis, no está únicamente en la inclusión de novedosas técnicas (*non nova, sed nove* –adaptación del lema templario, quienes reintrodujeran las finanzas en la Cristiandad-) y la interrelación entre las mismas, pues lo que se pretende es salir de un uso formalista de técnicas (sin auténtica reflexión ni plan de acción), sólo por exigencia del *plan de negocio*, para acometer en su lugar un auténtico escrutinio de la idea de negocio a formular e implementar (dichas técnicas responden a una lógica heurística de diferenciación y mayor toma de conciencia del proyecto).

competitividad: maximización: >costes<beneficios): reducción a 2 técnicas (PEST+DAFO).
* AEE+: estudio holístico y dinámico de esferas sociales y factores económico-empresariales en un escenario global, cuya aplicación, con sus diversas técnicas, permite un mayor refinamiento de un proyecto de negocio, asegurando su viabilidad (indagación en cascada: desde el ámbito internacional y sectorial hasta los condicionantes de la propia empresa, pues cuanto más se conozca del negocio, más opciones de éxito tendrá):
a) Análisis de entorno general exterior (v.g. ciclo internacional de mercados, tendencias y modas, hubs) y doméstico (v.g. PESTLE+, ficha país, marca país y riesgo país, informes coyunturales con macromagnitudes: de PIB a IDH).
b) Análisis de entorno particular interno (v.g. Fuerzas de Porter y análisis sistémico, DAFO+, Lean-canvas), más alguna nota de <i>cross-cultural management & gamificación</i> .
c) Propuestas propias (v.g. <i>complexity</i> , factor frontera, heurística).

Fuentes de consulta

- ANDREU, A., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2019), *Claves de Administración y Dirección de Empresas en la Posglobalización*, Madrid: Delta Publicaciones, 2019
- BAUMAN, Z. (2000), *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity.
- BAUDRILLARD, J. (1981), *Simulacres e simulation*. París: Ed. Galilée.
- BECK, U (1992), *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage.
- CASTELLS, M. (2002), *La Era de la Información*. México DF: Siglo XXI Editores.
- DURÁN, F. (2013), *Repensar la cooperación al desarrollo* (ed., prólogo y corolario del Prof. A. Sánchez-Bayón). Saarbrücken: EAE.
- FROMM, E. (1946), *Psychoanalyse & Ethik*. Frankfurt: DTV.
- HAYEK, F. (1944), *The road of serfdom*. Chicago: Univ. Chicago Press.
- HUNTINGTON, S. (1993), *The clash of civilizations?* Foreign Affairs, V.72 n.º.3, p. 22-49.
- HUNTINGTON, S. (1996), *The clash of civilizations*. New York: Simon & Schuster.
- HUXLEY, A. (1932), *Brave new world*, London: Chatto & Windus.
- KOSKO, B. (1999), *The Fuzzy Future*. New York: Random House.
- LINDBECK, A. (1971), *The Political Economy of the New Left*. New York:

Harper & Row.

- MATTELART, A. (2001), *Histoire de la société de l'information*. Paris: Découverte.
- MEADOWS, D. et al. (1972), *The limits to growth*. Cambridge: Universe Books.
- NAVAJAS, V., LÓPEZ, C., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2014), “Aprendizaje participativo en disciplinas duales mediante estudio de casos transversales: una mirada a los problemas del emprendimiento en España”, en *Revista Universidad & Empresa*, México, v.16, nº 26, p. 173-190.
- NAVAJAS, V., LÓPEZ, C., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2017), “Problemas del emprendedor inmigrante en España: evaluación de las políticas laborales y sociales españolas en el último lustro”, en *Libre Empresa*, vol. 10, nº1, p. 13-49.
- PÉREZ-HUERTAS, J., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2015), “Aportación iberoamericana a la nueva gestión”, en *Rev. Miscelánea*, v.73, nº142, p. 93-110.
- PÉREZ-HUERTAS, J., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2013), “Nuevas aportaciones en Teoría económica y empresarial”, en *Torre de los Lujanes*, nº69, p. 127-151.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2019), “Cultura democrática a juicio en la posglobalización: claves sociológicas y ontológicas de i-ciudadanía y e-democracia”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº17, p. 130-148
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A., et al. (2018), “Plan de acción frente al consumismo global de la Nueva Economía”, en *Empresa y Humanismo*, vol. XXI, nº1, p. 69-93.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2017a), “Apuntes para una teoría crítica humanista y su praxis económico-empresarial en la posglobalización”, en *Miscelánea Comillas*, vol. 75, nº 147, p. 305-329.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2017b), “Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico”, *Carthaginensia. Revista de Estudios e Investigación*, v. XXXIII, nº. 64, p. 411-458.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2017c), “Fundamentos e-democráticos: ciudadanía.org vs. ciudadan@s”, en *e-Gobierno-Revista Científica de Gobierno Electrónico*, vol. I, nº. 1, p. 55-70.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2016), *Problemas y retos para alcanzar la sociedad*

del conocimiento, Madrid: Delta.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2013), *Renovación de la Filosofía Social Iberoamericana*. Valencia: Tirant.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2012a), *Humanismo Iberoamericano: Una guía para transitar la globalización*. Guatemala: Cara Parens. (2012b), *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia: Tirant.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2008-13), *La Modernidad sin prejuicios* (3 vols.), Delta, Madrid.

SENNETT, R. (1998), *The corrosion of character*. New York: Norton.

TALEB, N. (2007), *The Black Swan*. New York: Random House. (2012), *Antifragile*. New York: Random House.

VALERO, J.A., SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2018), *Balance la globalización y teoría social de la posglobalización*. Madrid: Dykinson.

VV.AA. (1971), *Tras la fachada de las teorías burguesas* (trad. Carrillo y Rodríguez). Moscú: Ed. Progreso.

DERECHOS HUMANOS

O Estado Islâmico perante o Direito Internacional (*)

The Islamic State under International Law

El Estado Islámico ante el Derecho Internacional

Luana Borges da Cunha¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** O Estado Islâmico como sujeito de Direito Internacional: estado ou não? **2.** Estado Islâmico e o desafio internacional de proteção aos direitos humanos. **3.** Consequência dos ataques terroristas: julgamento e penalidades. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Este artigo visa analisar o grupo terrorista Estado Islâmico (EI) através das perspectivas do direito internacional, se ele pode ou não ser considerado um sujeito de direito internacional e quais as possíveis consequências para os crimes de autoria do grupo. Tendo em vista que, o EI é considerado o

(*) Recibido: 20 noviembre 2018 | Aceptado: 18 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Discente do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito de Vitória. l.borgescunha@hotmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

mais extremista e radical grupo terrorista da atualidade, atuando em diversos países através do recrutamento de jovens que comungam dos mesmos ideais do grupo. Além disso, serão abordadas as práticas terroristas do EI frente a proteção internacional dos direitos humanos. Sendo que, recentemente o EI é a maior ameaça internacional aos direitos humanos, considerando a gravidade dos crimes cometidos sob mando de seus líderes. O trabalho em questão será desenvolvido a partir de estudos doutrinários a respeito do tema, e a base teórica será fundamentada, principalmente, nos posicionamentos dos autores Sidney Guerra, Carlos Roberto Husek e Flávia Piovesan.

Palavras-chave: Direito Internacional, Estado Islâmico, Direitos Humanos.

Abstract: This article aims to analyze the terrorist group Islamic State (EI) through the perspectives of international law, whether or not it can be considered a subject of international law and what the possible consequences for the crimes of the group's authorship. Considering that the IE is considered the most radical and radical terrorist group today, acting in several countries through the recruitment of young people who share the same ideals of the group. In addition, the EI's terrorist practices against international protection of human rights will be addressed. Given that, recently, the EI is the greatest international threat to human rights, considering the seriousness of crimes committed under the command of its leaders. The work in question will be developed from doctrinal studies on the subject, and the theoretical basis will be based mainly on the positions of authors Sidney Guerra, Carlos Roberto Husek and Flávia Piovesan.

Keywords: International Right, Islamic State, Human Rights.

Resumen: Este artículo pretende analizar al grupo terrorista Estado Islámico (EI) a través de las perspectivas del Derecho Internacional, si él puede o no ser considerado un sujeto de derecho internacional y cuáles son las posibles consecuencias para los crímenes de autoría del grupo. En vista de que el EI es considerado el más extremista y radical grupo terrorista de la actualidad, actuando en diversos países a través del reclutamiento de jóvenes que comulgan de los mismos ideales del grupo. Además, se abordarán las prácticas terroristas del EI frente a la protección internacional de los derechos humanos. Siendo que recientemente el EI es la mayor amenaza internacional a los derechos humanos, considerando la gravedad de los crímenes cometidos bajo el mando de sus líderes. El trabajo en cuestión será desarrollado a partir de estudios doctrinarios sobre el tema, y

la base teórica será fundamentada, principalmente, en los posicionamientos de los autores Sidney Guerra, Carlos Roberto Husek y Flávia Piovesan.

Palabras clave: Derecho Internacional, Estado Islámico, Derechos Humanos, Terrorismo.

Introdução

O Estado Islâmico é um grupo de *jihadistas* sunitas que se derivaram do grupo terrorista Al Qaeda – grupo terrorista criado por Osama Bin Laden. O termo *jihad* é entendido como: eterna luta interna do adepto islã pela coerência com os princípios da fé, como também a luta externa de propagação e preservação dos valores islâmicos, para os quais é autorizado o uso da violência, a depender dos valores em jogo³.

O plano ideológico de disseminação dos comandos e dogmas da religião islâmica pregado pelo Estado Islâmico é bem mais radical do que os da Al Qaeda, por isso eles se desmembraram desse e formaram outro grupo, ainda mais extremista. O EI (Estado Islâmico) busca a fé perfeita do Islamismo, surgindo como um grupo sunita radical e infiltrando-se na guerra civil da Síria para lutar contra o governo de Bashar-al-Assad.

As guerras firmadas pelo Estado Islâmico, principalmente na Síria e no Iraque, em busca do fortalecimento dos ideais islamistas radicais, de acordo com Kleber Couto Pinto⁴, possuem algumas características relevantes:

A guerra, levada a efeito pelo Estado Islâmico, possui algumas características que merecem ganhar relevo: a) possui o **respaldo da fé Islâmica**. Seguem os **ensinamentos de Maomé** que, no início do Império, também se utilizou da guerra ou – jihad – para propagar e manter os ideais de Alá; b) **abandona a visão racional de guerra** defensiva e de respeito aos inimigos, para estrategicamente adotar uma linha de extrema violência; c) utiliza um velho sonho de **renascer um império que poderia dominar o mundo através da religião**, como ocorreu com a Alemanha, de Hitler e a Itália, de Mussolini (grifo nosso)

³ CHEREM, Youssef Alvarenga. **Jihad: Interpretações de um conceito polissêmico**. Ciência da Religião – História e Sociedade. v. 11. N. 2. P. 154-184. 2013.

⁴ PINTO, Kleber Couto. **O Estado Islâmico Sob a Luz da Teoria Geral do Estado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista68/revista68_60.pdf>. Acesso em: 03 de set. de 2018.

É importante frisar que, a forma de governo do EI é o califado, sendo este semelhante a uma monarquia, onde o califa – chefe máximo do califado – deve dirigir a estrutura do Estado e ser responsável até a morte pela aplicação da Sharia – antigas leis islâmicas -, não tendo nenhuma tolerância com infiéis.⁵

O EI, por meio de seu líder Abu Bark Al-Baghdadi, proclamou seu califado em junho de 2014, e a partir de então reivindica um vasto território entre os estados do Iraque e da Síria, por isso, a sociedade desses países são as maiores vítimas dos crimes de autoria do grupo.

Vale ressaltar que o EI também tem como alvo o Ocidente, pois seus líderes escaram essa região como um reduto de degenerescência moral e de decadência religiosa. Por isso, verifica-se o grande número de recrutamento de seguidores do EI em países como França, Alemanha, Reino Unido, Bélgica, entre outros. A maioria dos recrutas são jovens dispostos a vitimarem pessoas inocentes em situações e lugares inesperados.

A partir dessa realidade imposta pelo Estado Islâmico, o presente artigo discutirá como o direito internacional público vê o EI e suas práticas terroristas, se é ou não possível reconhecê-lo como Estado. Além disso, será analisado como o EI é visto em âmbito internacional, pelos países e Organizações Internacionais.

Além disso, é importante debater sobre a proteção dos direitos humanos frente às práticas terroristas do EI, e se ele pode ser julgado e penalizado em âmbito internacional pelas atrocidades que vem cometendo contra a humanidade.

No primeiro tópico analisaremos o Estado Islâmico como sujeito de direito internacional, se ele pode ou não ser considerado um Estado tendo em vista os parâmetros impostos pelas normas internacionais e a sociedade internacional.

Logo após, no segundo tópico, será discutido como as práticas do Estado Islâmico vão contra o que a sociedade internacional prega em relação à proteção dos direitos humanos.

Por fim, no terceiro tópico, apresentaremos os julgamentos e penalidades que o Estado Islâmico já sofreu ou poderá sofrer frente à sociedade internacional.

⁵ PINTO, Kleber Couto. **O Estado Islâmico Sob a Luz da Teoria Geral do Estado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista68/revista68_60.pdf>. Acesso em: 03 de set. de 2018.

1. O estado islâmico como sujeito de direito internacional: estado ou não?

O direito internacional caracteriza-se pelo conjunto de normas que regulam as diversas relações existentes entre os múltiplos atores que compõe a sociedade internacional. Esse conjunto de normas foi elaborado por uma série de atos unilaterais, seja para dar origem a um tratado ou a um costume, ressaltando que são os Estados mais fortes que fixam os precedentes⁶.

A sociedade internacional é estruturada a partir do relacionamento de atores internacionais, sendo que existem diversas correntes que discutem o rol de atores ou sujeitos do direito internacional. No entanto, atualmente entende-se que esses atores serão os destinatários das normas jurídicas internacionais. Assim, de acordo com Sidney Guerra⁷:

(...) pode-se apresentar um rol bastante extenso, diverso, portanto, daquele que concebia tão somente Estados e Organizações Internacionais, mediante inclusão, por exemplo, das empresas transnacionais, da pessoa humana, dos beligerantes, da Santa Sé, da Cruz Vermelha, além de outros existentes no cenário internacional.

Vale destacar que, o sujeito de direito internacional mais antigo é o Estado, sendo reconhecido, durante um bom tempo, como o único sujeito. Mas, como foi demonstrado anteriormente, ele não é mais considerado o único ator do direito internacional, estando agora ao lado de muitos outros sujeitos que surgiram com a evolução das sociedades.

Posto isso, pode o Estado Islâmico ser considerado um sujeito de direito internacional? O que é necessário para se constituir um Estado? É preciso o reconhecimento perante a sociedade internacional?

Pois bem, para o Estado ser considerado uma pessoa de direito internacional ele deve preencher alguns requisitos dispostos na Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres dos Estados. Esses requisitos são: “a) ter uma população permanente; b) possuir um território definido; c) possuir um governo; d) ter capacidade para estabelecer relações com outros Estados”⁸.

Resumidamente, a população são as pessoas que vivem em um território de forma permanente, tendo elas um vínculo jurídico com o Estado por meio da nacionalidade; o território é o espaço no qual o Estado exerce sua soberania

⁶ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75.

⁷ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

⁸ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130.

de maneira constante, não sendo uma noção geográfica, mas sim jurídica; e o governo é a organização política estável, que mantém a ordem interna e representa o Estado no âmbito internacional.⁹

No entanto, para que um Estado se insira no plano internacional ele não necessita apenas do preenchimento dos requisitos apresentados ou de ser reconhecido como tal por sua população, é necessário que a sociedade internacional o reconheça como um Estado, sendo, a partir desse reconhecimento, capaz de exercer direitos e contrair obrigações em âmbito internacional.

Para que um Estado exista basta que possua elementos essenciais no âmbito do Direito Interno; entretanto, para entrar na sociedade internacional e usufruir de todos os direitos inerentes à sua personalidade internacional, o novo Estado deve ser reconhecido pelos já existentes.¹⁰

Posto isso, é possível afirmar que o EI preenche todos os requisitos exigidos pela Convenção de Montevideu para existência de um Estado. Pois, este possui uma população – os povos provenientes dos territórios conquistados são obrigados a se converterem à fé islâmica sob pena de morte –, possui um território – áreas conquistadas pela força, onde o EI passa a exercer sua soberania –, e possui um governo, o califado.

No entanto, o EI ainda não conquistou a capacidade de se relacionar com outros Estados, tendo em vista que a sociedade internacional repudia as práticas de extrema violência utilizadas pelo EI para governar e conquistar território. Ele se utiliza da força para expandir o território do califado pelo Oriente Médio, ignorando os governos existentes nos locais de invasão. Por isso, seu sistema de conquista de território é considerado ilegítimo, ferindo o *jus cogens* – princípios da Declaração dos Direitos Humanos – da sociedade internacional.¹¹

Por isso, a sociedade internacional não considera o Estado Islâmico como um sujeito de direito internacional, não podendo ele exercer direitos e contrair obrigações de âmbito internacional. Todavia, há quem defenda que o reconhecimento do EI como um grupo beligerante – sujeito não convencional de direito internacional –, pois, ele visa criar um novo ente

⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 70.

¹⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142.

¹¹ RODAS, João Grandino. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 69, 1974. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66736/69346>>. Acesso em: 11 set. 2018.

estatal através da utilização da violência sobre o território por ele ocupado. Mas, de acordo com Carlos Roberto Husek¹², um grupo beligerante deve obrigatoriamente respeitar as leis de guerra, tornando a luta menos selvagem e proporcionando as partes iguais oportunidades perante os olhos da sociedade internacional.

2. O estado islâmico e o desafio internacional de proteção aos direitos humanos

Os direitos humanos surgem no contexto do Pós-Guerra com o intuito de criar um referencial ético e humano para a sociedade internacional, tornando as relações internacionais mais preocupadas com os direitos mínimos dos seres humanos. “Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução”¹³.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é constituído, em nível global, pela Organização das Nações Unidas, e, em nível regional, pela União Africana (UA), pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e pelo Conselho da Europa (EC).

Dentre os inúmeros desafios enfrentados por esses sujeitos internacionais está o combate ao terrorismo, que mostra-se bastante complexo após o emblemático 11 de setembro, o atentado terrorista mais conhecido da história da humanidade, onde o protagonista foi o grupo terrorista Al-Qaeda – de onde surgiu o Estado Islâmico, que foi considerado um grupo terrorista com práticas ainda mais agressivas que o Al-Qaeda. A partir desse acontecimento histórico, a sociedade internacional passou a se preocupar ainda mais com a proteção dos direitos humanos frente a ameaça dos atentados terroristas.

A acentuada gravidade e a elevada complexidade do terrorismo apontam à falta de consenso sobre sua definição. A Declaração de Medidas para Eliminação do Terrorismo Internacional, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 9 de dezembro de 1994, contempla elementos centrais ao terrorismo: atos criminosos com a intenção de provocar um estado generalizado de terror em população civil. Adiciona que tais atos são injustificáveis em toda e qualquer circunstância, enfatizando que nenhuma consideração de natureza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou outra pode ser invocada para justificar o terrorismo.¹⁴

¹² HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 72.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Terrorismo e Direitos Humanos**. O Globo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaio/terrorismo-direitos-humanos-21132597>>. Acesso em: 11 de set. 2018.

Ou seja, o terrorismo é ato de natureza injustificável, tendo em vista a finalidade de gerar terror a população atingida ou até mesmo toda a sociedade internacional. Por isso, as práticas terroristas atingem diretamente a intenção da proteção internacional dos direitos humanos, qual seja: criar um ambiente de relações éticas, preocupadas com o ser humano.

Atualmente, o EI se mostra como um dos maiores desafios para a sociedade internacional. Pois, a cada dia o grupo terrorista pratica ataques mais violentos e inesperados, acabando com a vida de milhares de pessoas inocentes pelo mundo.

O grupo Estado Islâmico (EI) revolucionou o terrorismo ao realizar (ou ao menos reivindicar) atentados sem sofisticação que causam o mesmo impacto midiático das super elaboradas ações da al-Qaeda na década passada. Basta inspirar pelas redes sociais jovens radicalizados em algum lugar da Europa e incentivá-los a pegar um veículo e lança-lo contra pedestres. Foi assim em Londres duas vezes, foi assim em Berlim e foi assim em Nice.

(...)

E tem mais vantagens para o EI, pois nos atentados sofisticados da al-Qaeda há uma série de momentos em que a ação pode ser impedida por autoridades de segurança e inteligência. Basta ver o sucesso dos EUA desde o 11 de Setembro no combate a ataques da rede fundada por Osama bin Laden. Por outro lado, é mais difícil impedir as ações sem sofisticação do EI.¹⁵

O problema se mostra complexo, mas de acordo com o secretário-geral da ONU, as estratégias contra o terrorismo devem ter os seguintes pilares:

- 1) dissuadir pessoas de apoiar o terrorismo (no recente caso de Londres, o terrorismo ganha contornos ainda mais dramáticos com a participação de europeus em atentados);
- 2) negar aos terroristas acesso a fundos e materiais;
- 3) impedir que estados sustentem o terrorismo;
- 4) desenvolver a capacidade dos estados de combater o terrorismo (investindo em inteligência, estratégia, informação e ações articuladas); e
- 5) defender os direitos humanos.¹⁶

Assim sendo, a sociedade internacional deve se unir para planejar formas de enfraquecer esse grupo terrorista que a cada dia ganha novas proporções,

¹⁵ CHACRA, Guga. **Análise:** o terrorismo terceirizado do Estado Islâmico. O Globo, 18 agosto 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/analise-terrorismo-terceirizado-do-estado-islamico-21719204>>. Acesso em: 11 de set. 2018.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Terrorismo e Direitos Humanos.** O Globo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaio/terrorismo-direitos-humanos-21132597>>. Acesso em: 11 de set. 2018.

buscando aliados em todos os cantos do mundo. Pois, os meios de comunicação deram mais visibilidade as atrocidades cometidas pelo EI, fazendo com que toda a sociedade internacional esteja ciente de sua força. Além disso, esses meios de comunicação facilitaram o recrutamento de jovens com ideias radicais e pervertidas que aceitam as empreitadas terroristas propostas pelos líderes do Estado Islâmico, fazendo com que qualquer lugar no mundo possa ser alvo de seus ataques.

3. Consequência dos ataques terroristas: julgamento e penalidades

Sempre que se pensa nas atrocidades cometidas pelo Estado Islâmico – como por exemplo, atropelamentos em massa, homens-bomba, destruição de monumentos históricos, estupro de crianças e mulheres, homicídio de cristãos, entre outras – surge o questionamento das consequências desses crimes bárbaros. Os líderes do Estado Islâmico serão responsabilizados e penalizados internacionalmente pelos atentados terroristas e crimes de diversas naturezas que eles comentem contra a sociedade? Esse é o grande questionamento que será analisado.

Tendo em vista essa crescente insegurança que o mundo vive, financiada por grupos terroristas como o Estado Islâmico e seus aliados, a sociedade internacional se viu na necessidade de criar um órgão para investigar e julgar os responsáveis por crimes contra a humanidade. Foi então que em 1998 foi concebido o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que entrou em vigor em 2002.

O Tribunal Penal Internacional é um tribunal judicial permanente com jurisdição mundial para **processar pessoas por violações graves de leis humanitárias internacionais**. O referido Tribunal, cuja sede é em Haia, na Holanda, possui personalidade e capacidade jurídica internacional para o desempenho das suas funções e à prossecução dos objetivos definidos no próprio Estatuto.”¹⁷ (grifo nosso)

Assim sendo, o Tribunal Penal Internacional (TPI) seria o responsável por investigar e penalizar os líderes e executores dos atentados violentos do EI. Sendo que, os crimes cometidos pelo grupo terrorista são considerados crimes de guerra – violações ao Direito Internacional Humanitário, especialmente às Convenções de Genebra de 1949¹⁸ –, que, de acordo com o artigo 5º do Estatuto de Roma (Estatuto do TPI), é de competência do TPI seu julgamento.

¹⁷ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 506.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

Em seu primeiro relatório detalhado sobre a ação da milícia radical Estado Islâmico (EI), divulgado nesta sexta-feira (14), a Comissão Internacional Independente de Inquérito da ONU sobre a Síria acusa a facção de cometer crimes de guerra e contra a humanidade e diz que seus líderes devem responder por eles junto ao TPI (Tribunal Penal Internacional).¹⁹

No entanto, para que o TPI tenha competência para julgar os crimes cometidos pelo EI, ele deve ser cometido em um país que seja signatário do TPI, caso o país não seja signatário, é válido o julgamento se o autor ou vítima do crime forem de países signatários. Pois, “o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado do princípio da legalidade, (...), aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem”²⁰.

Por isso, há casos em que o TPI diz que não tem competência para julgar, o que dá uma maior preocupação a sociedade internacional, pelo fato dele ser o único órgão que poderia aplicar sanções aos líderes do grupo terrorista. Como relata Aline Pinheiro²¹:

A promotora-chefe da corte, Fatou Bensouda, explicou que o TPI ainda não tem competência para investigar e julgar todos os acusados pelos massacres propagados pelo grupo terrorista. Isso porque os crimes estão sendo cometidos no Iraque e na Síria, países que não são signatários do Estatuto de Roma, que criou o TPI.

Assim sendo, verifica-se que o TPI foi um grande avanço para a jurisdição penal internacional, dando respaldo para investigar e possivelmente punir os responsáveis por cometimento de crimes contra a humanidade (crimes de guerra, genocídios e crimes de agressão). No entanto, como todo órgão, o TPI também possui algumas limitações, não podendo atuar fora do que está estabelecido em estatuto.

Conseqüentemente, o Estado Islâmico ainda não foi julgado internacionalmente por suas práticas terroristas, tendo em vista que é um grupo muito extenso e de imensa complexidade, que atua muitas vezes por intermédio de outros grupos aliados, além do fato de dominar países que não são signatários do TPI, como Síria e Iraque.

¹⁹ FLECK, Isabel. **Facção Terrorista Comete Crimes de Guerra, diz ONU**. Folha de São Paulo, 15 nov. 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1548688-facciao-terrorista-estado-islamico-comete-crimes-de-guerra-diz-onu.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

²¹ PINHEIRO, Aline. **TPI ainda não tem competência para investigar Estado Islâmico, diz Promotoria**. Consultor Jurídico, 8 abril 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-08/tpi-ainda-nao-investigar-estado-islamico-promotoria>>. Acesso em: 15 set. 2018.

Considerações finais

Com o surgimento do Estado Islâmico, após do ataque terrorista de 11 de setembro em Nova Iorque, o mundo passou a viver uma constante ameaça. Pois, o EI está atuando em todos os países, por meio da internet ele influencia jovens a praticarem crimes sem muita sofisticação, mas com grande poder de destruição. Seu objetivo é a aplicação da Sharia –antigas leis islâmicas–, a disseminação dos comandos e dogmas da religião islâmica, e o fortalecimento dos ideais islamistas radicais. O responsável pelos comandos do grupo é o califa, líder do califado, que utiliza a violência para defender seus objetivos, além de ser totalmente intolerante com os infiéis.

A partir do estudo conclui-se que o direito internacional não considera o EI um sujeito de direito internacional convencional, ou seja, um Estado, nem um sujeito não convencional, um grupo beligerante. Tendo em vista que, suas práticas não respeitam nenhum parâmetro previsto nas normas internacionais –*jus cogens* internacional–, o que é exigido para a caracterização de um sujeito de direito internacional.

Além disso, tal grupo terrorista não usufrui de direitos, nem contrai obrigações frente as normas jurídicas internacionais, não podendo celebrar nenhum tipo de acordo internacional, tendo em vista que não é reconhecido por nenhum país como um sujeito de direitos. Muito pelo contrário, o EI é considerado um grupo terrorista, autor de crimes considerados crimes de guerra pelo Tribunal Penal Internacional.

Muitos países e principalmente a ONU lutam para que os líderes do Estado Islâmico sejam investigados e penalizados pelos ataques cometidos, principalmente na Síria e no Iraque, que foram praticamente destruídos pelo grupo. Além do EI acabar fisicamente com muitas cidades desses países, o principal problema são os crimes cometidos contra a sociedade, crimes de natureza extremamente cruel, verdadeiros crimes contra a humanidade²².

²² O documento registra ataques que visaram diretamente civis e infraestrutura civil, além de relatos de violações que incluem assassinatos seletivos, sequestros, estupros e outras formas de violência sexual, que atingem principalmente mulheres e crianças; a destruição e profanação de lugares de importância religiosa e cultural; a destruição gratuita e a pilhagem de propriedade; a negação das liberdades fundamentais, bem como cercar, aprisionar e “limpar” comunidades inteiras por causa de sua afiliação étnica, religiosa ou sectária.

(...)

“Muitos desses atos podem constituir **crimes de guerra ou crimes contra a humanidade**”, disse o chefe da ONU para os direitos humanos, Zeid Ra’ad Al Hussein. Na ocasião, ele **recomendou que o governo do Iraque considere a adesão do Estatuto**

No entanto, como foi abordado no tópico 3 do presente trabalho, o TPI não tem competência para atuar nos países que não sejam signatários do Estatuto de Roma. Assim, torna-se extremamente complexo para o direito internacional intervir na investigação dos crimes cometidos nos países que não aderiram aos acordos e tratados internacionais, ficando toda a responsabilidade de atuação para a jurisdição local do país.

A Organização das Nações Unidas vem pressionando os agentes internacionais para que tomem providências a respeito da catástrofe que o Estado Islâmico vem cometendo em alguns países. Mas, o grupo terrorista não teve nenhuma punição concreta em âmbito internacional²³.

Com isso, conclui-se que o direito internacional não pode interferir na soberania dos Estados, só tendo competência jurisdicional quando os mesmos aderem aos pactos internacionais, submetendo-se as normas jurídicas internacionais. Por isso, muitos dos crimes contra a humanidade cometidos pelo EI ficam impunes frente ao direito internacional, o que gera uma extrema insatisfação da sociedade internacional, que se preocupa e se

de Roma, o tratado que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), e, como medida imediata, aceite o exercício da jurisdição do órgão no que diz respeito à atual situação específica e horrível enfrentada pelo país. (grifo nosso)

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Atos violentos cometidos pelo Estado Islâmico são de ‘natureza cada vez mais sectária’, diz ONU.** ONUBR, 20 out. 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/atos-violentos-cometidos-pelo-estado-islamico-sao-de-natureza-cada-vez-mais-sectaria-diz-onu/>>. Acesso em: 16 set. 2018.

²³ Brasileiro que preside o órgão, Paulo Sérgio Pinheiro, ressalta necessidade de justiça penal e atenção a milhares de pessoas que desapareceram ou foram sequestradas; batalha contra o ISIL teve um “preço extremamente alto para os civis”.

(...)

O principal ponto do relatório é um **pedido à comunidade internacional para que tome, com urgência, medidas que garantam justiça às vítimas do conflito.** A Comissão de Inquérito sobre a Síria denuncia também a **“completa impunidade” dos autores dos crimes.**

O professor brasileiro Paulo Sérgio Pinheiro preside a Comissão e declarou ser impossível entender a falta de justiça aos sobreviventes da guerra síria. Ele falou com a ONU News de Genebra, na Suíça, onde foi lançado o relatório, destacando a questão dos desaparecidos e detidos.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Comissão de Inquérito sobre a Síria pede justiça imediata para vítimas do conflito.** ONUBR, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/comissao-de-inquerito-sobre-a-siria-pede-justica-imediata-para-vitimas-do-conflito/>>. Acesso em: 16 set 2018.

choca com os acontecimentos, mas não consegue intervir na atuação do grupo terrorista.

Referências

- CHACRA, Guga. **Análise: o terrorismo terceirizado do Estado Islâmico**. O Globo, 18 agosto 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/analise-terrorismo-terceirizado-do-estado-islamico-21719204>>. Acesso em: 11 de set. 2018.
- CHEREM, Youssef Alvarenga. **Jihad: Interpretações de um conceito polissêmico**. Ciência da Religião – História e Sociedade. v. 11. N. 2. P. 154-184. 2013.
- FLECK, Isabel. **Facção Terrorista Comete Crimes de Guerra, diz ONU**. Folha de São Paulo, 15 nov. 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1548688-facciao-terrorista-estado-islamico-comete-crimes-de-guerra-diz-onu.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Atos violentos cometidos pelo Estado Islâmico são de ‘natureza cada vez mais sectária’, diz ONU**. ONUBR, 20 out. 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/atos-violentos-cometidos-pelo-estado-islamico-sao-de-natureza-cada-vez-mais-sectaria-diz-onu/>>. Acesso em: 16 set. 2018.
- NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Comissão de Inquérito sobre a Síria pede justiça imediata para vítimas do conflito**. ONUBR, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/comissao-de-inquerito-sobre-a-siria-pede-justica-imediata-para-vitimas-do-conflito/>>. Acesso em: 16 set 2018.
- PINHEIRO, Aline. **TPI ainda não tem competência para investigar Estado Islâmico, diz Promotoria**. Consultor Jurídico, 8 abril 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-08/tpi-ainda-nao-investigar-estado-islamico-promotoria>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- PINTO, Kleber Couto. **O Estado Islâmico Sob a Luz da Teoria Geral do Estado**. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista68/revista68_60.pdf>. Acesso em: 03 de set. de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Terrorismo e Direitos Humanos**. O Globo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/terrorismo-direitos-humanos-21132597>>. Acesso em: 11 de set. 2018.

RODAS, João Grandino. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 69, 1974. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66736/69346> >. Acesso em: 11 set. 2018.

**Cuidados paliativos pediátricos no Sistema público de
saúde brasileiro:
um direito humano fundamental de crianças e
adolescentes (*)**

**Pediatric palliative care in the Brazilian public health
system:
a fundamental human right of children and
adolescentes**

**Cuidados paliativos pediátricos en el sistema público de
salud brasileño:
Un derecho humano fundamental de niños y
adolescentes**

Margareth Vetis Zaganelli¹

Júlia Chequer Feu Rosa²

Laura de Amorim Ferreira³

Maria Carolina Müller Naegele⁴

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). mvetis@terra.com.br
- ² Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); membro do grupo de pesquisa. Bioethik.juliacfr1@me.com
- ³ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); membro do grupo de pesquisa Bioethik. lauramorim98@gmail.com
- ⁴ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); membro do grupo de pesquisa Bioethik. mariacarolinaegele@gmail.com.

Sumário: Introdução - 1. Cuidados paliativos em pediatria - 2. O princípio da equidade no tratamento paliativo pediátrico - 3. O princípio da integralidade no tratamento paliativo pediátrico - Considerações Finais - Referências.

Resumo: Abordar-se-á a importância dos cuidados paliativos e a premente necessidade da implantação do tratamento paliativo no Sistema Único de Saúde, a fim de garantir amparo físico e emocional tanto para crianças e adolescentes em situações nas quais os procedimentos terapêuticos não mais acarretam melhoria dos quadros clínicos, como para as suas famílias. Por meio de metodologia exploratória com base em pesquisa bibliográfica, o trabalho busca assinalar o direito de acesso aos cuidados paliativos como direito humano fundamental de toda criança e adolescente baseando-se nos princípios da equidade e da integralidade, insculpidos em diplomas nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Cuidados paliativos. Crianças e adolescentes. Sistema público de saúde. Equidade e integralidade. Direito Humano Fundamental.

Abstract: It will be discussed the importance of palliative care and the urgent need to implement this method of treatment in the Brazilian Unified Health System (SUS) in order to guarantee support for both children and adolescents in situations in which therapeutic procedures no longer present improvement in clinical settings, and for their families. Through an exploratory methodology based on bibliographical research, the study seeks to indicate the right of access to palliative care as a fundamental human right of every child and adolescent based on the principles of equity and integrality, inscribed in national and international diplomas.

Key words: Palliative care. Children and adolescents. Public Health System. Equity and completeness. Fundamental Human Right.

Resumen: Se abordará la importancia de los cuidados paliativos y la urgente necesidad de la implantación del tratamiento paliativo en el Sistema Único de Salud, a fin de garantizar el

apoyo físico y emocional tanto para niños y adolescentes en situaciones en las que los procedimientos terapéuticos solamente acarrearán mejoría en los cuadros clínicos así como cierta tranquilidad en sus familias. Por medio de una metodología exploratoria con base en investigación bibliográfica, el trabajo busca señalar el derecho de acceso a los cuidados paliativos como derecho humano fundamental de todo niño y adolescente basándose en los principios de la equidad y de la integralidad, consagrados en documentos nacionales e internacionales.

Palabras clave: cuidados paliativos, niños y adolescentes, Sistema público de salud, equidad e integralidad, Derecho humano fundamental.

Introdução

A vida é consolidada como um Direito Humano básico e encontra-se presente em diversos instrumentos normativos ao redor do mundo, inclusive na Constituição Brasileira em seu art. 5º, *caput*. No entanto, sendo a vida um conceito plurívoco, o mesmo é dinâmico, compreendendo atualmente não somente questões biológicas, mas também da identidade, dignidade, privacidade, integridade e existência, e sendo, portanto, considerada fonte primária de todos os outros bens jurídicos (SILVA, 2018, p.200).

Sendo a vida uma distensão entre as fronteiras do nascimento e da morte, importa tal conceito para a compreensão de que a dignidade humana deverá estar presente também nos momentos finais da pessoa que acaba sofrendo diante de uma tecnolatria e uma obstinação terapêutica presente na mentalidade de nossa sociedade moderna que tende a focar na extensão da vida à qualquer custo, mesmo que sem qualidade. De maneira inversa também é porque se assegura o direito à vida que se proíbe qualquer antecipação violenta do processo vital (SILVA, 2018, p.200), de modo que o ideal é sempre a morte no tempo certo e com preservação da dignidade humana - ortotanásia.

É nesse cenário que entra o conceito de cuidados paliativos. Estes são definidos pela Organização Mundial de Saúde (2014, p. 5) como sendo: uma abordagem médica que melhora a qualidade de vida dos pacientes e seus familiares que enfrentam problemas associados à doenças terminais, através da prevenção e alívio de sofrimento com a utilização de meios de

identificação precoce e impecável tratamento de dor e outros problemas físicos, psicológicos e espirituais⁵.

Com base em tal definição e no Art. 12, I, da Declaração Universal dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, tal organização supracitada considera os cuidados paliativos tema de Direitos Humanos, devendo ser garantido à todos. É em vista dessa universalidade do direito à vida e da dignidade humana que se estende também aos pacientes pediátricos esse direito básico.

Nesses casos pediátricos, em vista da delicadeza do tema de doenças terminais em crianças, por vezes os mesmos acabam sendo prejudicados na garantia desse seu direito fundamental, motivo pelo qual a própria OMS (2014, p. 5) desde 2002 já separa as definições de cuidados paliativos pediátricos e adultos, a dizer: é o total cuidado do corpo, mente e espírito da criança e também envolve o suporte de sua família ("Palliative care for children is the active total care of the child's body, mind and spirit, and also involves giving support to the family") (OMS, 2014, p. 6).

Infelizmente, tal direito ainda é precariamente efetivado no Brasil e no resto do mundo, com a utilização de, primariamente, sistemas privados, posteriormente os filantrópicos, e com a exclusão quase total das crianças órfãs e mais vulneráveis (OMS, 2014, p.42). Há a exclusão inclusive de tais crianças dos próprios índices da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2014, p.11), demonstrando o desrespeito ao direito fundamental das mesmas.

Não diferente no Brasil, há ainda precariedade de tais serviços no Sistema Único de Saúde (SUS), apesar da adição dos cuidados paliativos em suas diretrizes pela Resolução nº 41, de 31 de outubro de 2018 do Ministério da Saúde e pela prévia Portaria nº 19, de 3 de janeiro de 2002. Visto serem considerados um tema de saúde pública e um direito fundamental, faz parte das obrigações do sistema público de saúde brasileiro a disponibilização de tal modelo de tratamento, em especial para as crianças, dentro de seus princípios de equidade e integralidade.

Dessarte, neste artigo será abordada a importância dos cuidados paliativos e a premente necessidade de efetivação do tratamento paliativo no Sistema Único de Saúde, a fim de garantir amparo físico e emocional para crianças e adolescentes em situações de doenças terminais e crônicas. Busca-se,

⁵ "Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual".

portanto, assinalar o direito de acesso aos cuidados paliativos como direito humano fundamental de toda criança e adolescente.

1. Cuidados paliativos em pediatria

Apesar de parecer inconcebível a ideia da existência de crianças em situações terminais, doenças como, por exemplo, câncer, HIV/AIDS e meningite (OMS, 2014, p. 10), acometem todos os dias a população infantojuvenil ao redor do mundo. Em realidade, em 2014, a OMS (p. 12) estimava que 6% da toda a população mundial que necessitava de cuidados paliativos eram crianças, o que correspondia a aproximadamente 1,740 milhões de pessoas.

Dessarte, apesar de os cuidados paliativos, como assunto de política pública focada na concepção multidisciplinar de saúde, serem mais frequentes em adultos, há ainda a existência de casos infantojuvenis que afetam a política de funcionamento do Sistema Único de Saúde, em especial no campo oncológico (MARTINS; HORA, 2017, p. 30).

Assim, Garcia-Schinzari e Santos (2013, p. 100), ao demonstrarem a insuficiência de trabalhos sobre o tema dos cuidados paliativos pediátricos, que existem seis condições de casos pediátricos em que são aplicáveis os cuidados paliativos, a dizer:

- 1) cuidado paliativo em momentos de incerteza ou falha na cura;
- 2) crianças que necessitam de longos períodos de tratamento intensivo;
- 3) crianças para as quais não há esperança de melhora, sendo o objetivo do tratamento totalmente paliativo e podendo durar anos;
- 4) crianças com danos neurológicos graves, que levam à vulnerabilidade e ao aumento de complicações;
- 5) recém-nascidos com esperança de vida limitada
- 6) familiares de crianças que tiveram algum trauma, morte súbita do lactente ou morte precoce do recém-nascido.

Sobre o último ponto, vale ressaltar que os cuidados paliativos abrangem também aspectos psicológicos da saúde humana, de modo que, se a família é foco de apoio para as crianças, estas também participarão dos cuidados paliativos de seus pais. Tal ponto é inclusive destacado pelos autores supracitados visto que um dos pontos de maior reclamação dos pacientes seria a necessidade de inclusão dos familiares no cuidado prestado (GARCIA-SCHINZARI; SANTOS, 2013, p. 99). Comenta-se:

Himmelstein destaca alguns princípios básicos para o cuidado paliativo infantil: o cuidado é focado na criança, orientado a toda família e construído com uma boa relação equipe-família. Deve-se avaliar individualmente cada criança, e respectiva família, respeitando suas crenças e valores e facilitando

a comunicação. Tal cuidado deve estender-se após a morte, durante o luto familiar. Toda criança que tenha o diagnóstico de uma doença crônica, que ameaça à vida, deve receber cuidados paliativos (VALADARES; MOTA; OLIVEIRA, 2013, p. 487).

Como avanço em relação ao tema, destaca-se que a nova Resolução nº 41 de 2018 do Ministério da Saúde ressalta em seu quarto artigo que um dos princípios dos cuidados paliativos será o oferecimento de um sistema de apoio para auxiliar a família a lidar com a doença do paciente e o luto.

É, portanto, ao se levar em consideração a universalidade dos direitos humanos que se compreende a extensão desse método medicinal para as crianças, merecedoras de um tratamento paliativista adequado às suas especificidades típicas do momento de seu desenvolvimento físico e emocional.

Pode ocorrer, por exemplo, que além de sofrer com questões físicas como fadiga, dor, sonolência, náusea, tosse e diminuição do apetite, a criança também passe por sintomas psicológicos (tristeza, nervosismo, preocupação, irritabilidade) (VALADARES; MOTA; OLIVEIRA, 2013, p. 489), especialmente em razão da mudança de ambiente, do afastamento dos colegas e da escola. É por tal razão que nota-se a tendência de trazer a brincadeira para o tratamento paliativo, a fim de melhorar o humor das crianças. Trata-se de um instrumento pelo qual o público infantojuvenil demonstra suas frustrações e sentimentos, além de estimular seu desenvolvimento motor e emocional (SOARES *et al*, 2014, p. 112). Utiliza-se, por exemplo de brinquedo terapêutico como um recurso de aproximação entre o profissional de enfermagem e o paciente pediátrico, ou de grupos voluntários como os "Doutores da Alegria" (SOARES *et al*, 2014, p. 113).

Conclui-se assim que existem certos princípios básicos que irão reger os cuidados paliativos pediátricos. Deve haver sempre cuidados centrados na criança, orientação da família e na relação interpessoal, com foco no alívio do sofrimento e na promoção da qualidade de vida e de maneira consistente com os desejos da criança e pais/família, efetivando-se tais vontades por meio de uma equipe multidisciplinar sempre disponível. (HELENO, 2013, p. 42). Com isso em mente, diz-se sobre o tema da multidisciplinaridade que:

Para uma boa assistência a essas crianças, as intervenções não devem se limitar aos especialistas em cuidados paliativos. Pediatras gerais e de diversas áreas de atuação, como oncologistas, hematologistas ou neonatologistas, podem exercer de maneira efetiva esse cuidado, mediante conhecimento das necessidades da criança e de sua família e reconhecimento da importância de um trabalho multi e interprofissional, visando ao controle da dor e de outros

sintomas, e a atenção individualizada e integral a cada paciente 5,6." (VALADARES; MOTA; OLIVEIRA, 2013, p. 487)

É nesse sentido que, de maneira especial, devido a debilidade da tenra idade, o direito fundamental das crianças ganha um caráter contramajoritário que as defendem de privações, dando-lhes um trunfo para a dignidade humana (NOVAIS, 2006). A criança aqui, deve ser tratada como única, mas com respeito à sua condição humana em geral, não podendo ser discriminada frente à polêmica do assunto.

Assim, é no contexto de proteção especial que se destaca o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que assegura em seu art. 7º políticas sociais públicas específicas que garantam a proteção à vida e à saúde de maneira digna. Ademais, o Estatuto ainda garante em seu artigo 11 o acesso integral a todas as crianças e adolescentes ao SUS. Deste modo, é com base nesse sistema público que pode-se assinalar a relevância dos cuidados paliativos com base nos princípios da equidade e da integralidade.

2. O princípio da equidade no tratamento paliativo pediátrico

No caso do princípio da equidade, apesar de o termo não ser mencionado em ambas as leis do SUS (lei nº 8.080/90 e lei nº 8.142/90), este começou a ser utilizado em termos de saúde após à promulgação da Constituição de 1988, de modo que, a partir desse momento histórico focou-se no “acesso universal e igualitário às ações e serviços” garantido de forma explícita no art. 11 do ECA e no item VII, art. 7º da lei nº 8.080.

Em realidade, apesar de ser considerado um princípio norteador no SUS, há ainda discussões sobre seu significado real, visto a ausência de previsão legislativa específica (BARROS; SOUZA, 2016, p. 11)

Vale assim especificar que, apesar de o termo ser mais complexo que isso, em geral, conforme a visão de Turner (1986 *apud* DUARTE, 2000, p. 444), existem 4 dimensões para a permissão do tratamento desigual para manter um nível competitivo na saúde, sendo estas: a ontológica, como a igualdade fundamental entre as pessoas; as oportunidades, para se alcançar os objetivos almejados frente ao mérito social; as condições, dizendo respeito às condições iniciais de cada um; e os resultados, em que a legislação e a política visam compensar os efeitos da desigualdade por meio da discriminação positiva.

Logo, entra-se na discussão da realização prática da teoria. Tecnicamente, diante do princípio da equidade, e mais especificamente no seu âmbito dos resultados, do art. 11º do ECA e o item VII, art. 7º da lei nº 8.080, seria garantido o acesso universal para todos aos cuidados paliativos. No entanto,

surtem desafios sobre a inclusão dos cuidados paliativos no sistema público de saúde, que, de maneira sistemática, tornam a inserção do tratamento paliativo pediátrico negligenciado devido à dificuldade do governo em priorizá-los, aumentando o número de tratamentos privados e de organizações filantrópicas. Sobre isso comenta-se:

Quando se trata de investimentos nessa área, é frequente que a principal fonte não seja governamental, mas sim proveniente de instituições religiosas, filantrópicas ou auxílios internacionais para pacientes que necessitam pagar pelos serviços. (VICTOR, 2016, p. 268)

Destaca-se que a organização de um sistema de saúde que se comprometa com a assistência dos pacientes com doença avançada e em fase terminal, e de seus familiares, somente será possível se este se fundamentar em princípios como o cuidado, o não-abandono e a proteção, dando a certeza da acolhida, que é importante objetivo do SUS.

Ainda nesse viés, a consultoria britânica Economist Intelligence Unit publicou um Índice de Qualidade de Morte, com um ranking de 80 países que classifica-os quanto a oferta de cuidados paliativos para sua população, com base em cinco parâmetros: ambiente de cuidado paliativo e de saúde, recursos humanos, acessibilidade do cuidado, qualidade do cuidado e engajamento da comunidade (THE ECONOMIST, 2015, p. 6). A primeira posição ficou com o Reino Unido, seguido pela Austrália, que alcançaram mais 90 pontos. Já o Brasil, ficou na 42ª posição com 42,5 pontos (THE ECONOMIST, 2015, p. 15).

Observando-o, vemos que embora o aspecto econômico influencie na qualidade do cuidado na proximidade com a morte, ele não é o principal fator do índice. Assim, para explicitar melhor, foi realizada uma conclusão com características que países classificados com a melhor qualidade de morte apresentaram: implementação forte e ativa de cuidados paliativos nas políticas nacionais de saúde; alto investimento público nos serviços de saúde, extensivo treinamento dos recursos humanos em cuidados paliativos - tanto para médicos gerais como especializados - além de forte consciência sobre cuidados paliativos do público em geral e estímulo de conversas sobre o fim da vida e a morte.

Nesse comparativo, observa-se que os mais bem classificados no ranking prezam por uma saúde pública de qualidade, com subsídios para que seja de fácil acesso, ensino de cuidados paliativos para os profissionais de saúde e consciência da população. Em contraste, somente em 2011 o Brasil reconheceu os cuidados paliativos como área médica, conforme a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.973/2011.

Fatores como a falta de formação dos profissionais da saúde e reduzidas pesquisas nessa área limitam o desenvolvimento público (PIVA; GARCIA; LAGO, 2011, p. 78-86). Assim, diante da falta de treinamento e preparo profissional, a pouca discussão da medicina paliativa em residências específicas e do desconhecimento da base legal e ética de aplicação da medicina paliativa, no Brasil, houve uma tendência de menosprezar tal estilo de tratamento quando comparado a outros países ocidentais do Hemisfério Norte (KIPPER, 2005, p. 135).

Sobre a especialização e disponibilidade dos médicos paliativistas no Brasil, cita que conforme o índice previamente mencionado do The Economist, o Brasil é um país em que há profissionais especializados, mas há déficits de enfermeiros e funcionários de apoio. Ademais, o treinamento paliativista específico não é usualmente aceito por bancas nacionais (2015, p. 32).

Também a falta de recursos financeiros do governo e da família fazem com que seja procurado auxílio de instituições de apoio comunitário (VICTOR, 2016, p. 268). Portanto, é necessário que a equipe médica e a assistência social disponibilizem meios para que o paciente viva com maior dignidade possível, aceitando a morte como algo natural da vida, conforme o art. 4º, III, da Resolução nº 41/2018 do Ministério da Saúde.

Dessa forma, entram duas questões principais durante o tratamento público pediátrico paliativo: a falta de recursos, inclusive de capacitação médica na área, que levam a priorização pela urgência dos pacientes em vista de oferecer cuidados apenas curativos, e a preferência às Unidades de Terapia Intensiva Pediátricas ou Unidades de Terapia Intensiva Neonatais (PIVA; GARCIA; LAGO, 2011, p.79) que prolongam um tratamento curativo num ambiente inadequado ao paliativismo ideal baseado na interdisciplinaridade e na felicidade do paciente.

Nesse caso, mesmo com as portarias nº 19, de 3 de Janeiro de 2002 e nº 41 de 2018, que determinaram as diretrizes ideais dos cuidados paliativos, ainda entra em questão a possibilidade financeira de atender todas as crianças e suas famílias igualmente em um tratamento prolongado como os cuidados paliativos. Assim, haveria um número limitado de programas governamentais para acesso individual aos cuidados paliativos, e, quando disponível, possui critérios de qualificação incerto e fundos difíceis de acessar (THE ECONOMIST, 2015, p. 37).

Surge, então, uma solução já adotada que começa a ser solucionada gradativamente no país, da morte em casa, que além de trazer benefícios para o emocional infantil permitindo sua dignidade em um local conhecido que estende seu papel social e seus momentos familiares, também diminui os

gastos públicos com esses tratamentos. Cita-se nesse caso a adoção do projeto “Melhor em Casa” (BRASIL, 2013), que apesar de não ter o foco para cuidados paliativos, seria a melhor maneira de dar assistência no âmbito governamental para essas pessoas. Este foi criado em novembro de 2011 com o objetivo de dar atenção domiciliar para aqueles doentes que em seu tratamento possuem esta como ambiente ideal. Desse modo, com uma equipe multidisciplinar que poderia atender a até 60 pessoas, o doente teria um cuidado mais próximo de sua rotina comum, evitando riscos de infecções desnecessárias e problemas de natureza psicológica, uma vez que a criança/adolescente mantém vínculo com sua realidade anterior a doença. Ademais, o plano teria sido algo vantajoso para o governo que passa a ter mais vagas de leitos, com uma economia de quase 80% nos custos de um paciente.

De qualquer modo, apesar dos avanços existentes, ainda é precária a integração das crianças em estado terminal e de doenças crônicas no Sistema de Saúde Nacional público e privado, pois, se no público existem dificuldades econômicas, estruturais e profissionais, para muitos o sistema privado é inviável, deixando as crianças, que deveriam ter proteção especial, desprotegidas. Infelizmente, algumas, como as órfãs, encontram-se totalmente excluídas de tratamento e até dos índices da OMS sobre o tema (OMS, 2014, p.11).

Ressalta-se aí, o sentido do princípio da equidade, que, apesar de não ser definido expressamente, serviria para justificar a prevalência dos jovens no tratamento paliativo por meio de uma discriminação positiva que dê chances a todos de uma competição justa e igual.

3. O princípio da integralidade no tratamento paliativo pediátrico

O atendimento integral e interdisciplinar dos cuidados paliativos se relaciona ao princípio da integralidade do SUS. É com base nesse termo que as políticas públicas tentam reconhecer não só as demandas explícitas da saúde, mas também as condições intrínsecas ao bem-estar geral, inclusive como uma forma de concretização da cidadania (PINHEIRO *in* PEREIRA, 2008, p. 255). Assim, conceitua-se a integralidade como: "uma construção coletiva, que ganha forma e expressão no espaço de encontro dos diferentes sujeitos implicados na produção do cuidado em saúde" (PINHEIRO *in* PEREIRA, 2008, p. 262).

Fica claro dessa forma, uma correlação em que a dignidade humana do paciente pediátrico paliativo não será somente baseada numa perspectiva curativa e de alívio de dor medicinal, mas também na satisfação emocional,

no ambiente adequado, e, especialmente no apoio familiar, que, apesar de não ter em si a doença, faz parte de um tratamento completo que auxilia na satisfação emocional da criança.

Vale também mencionar que a integralidade está diretamente relacionada a outro princípio do SUS: a universalidade. É com base neste que se defende o acesso à saúde para todos, sem discriminação, de modo que, especialmente nos casos das crianças, este deve ser efetivado. Trata-se de uma base fundamental de efetivação da cidadania, a dizer:

(...) os cuidados paliativos reiteram a doutrina universal do sistema de saúde, quando atendem a maioria da população brasileira, em todas as faixas de renda, reafirmando a filosofia generosa e universal do sistema ao garantir os cuidados de saúde a todos os seus cidadãos. Os cuidados paliativos, por respeitarem todas as dimensões do ser humano e se preocuparem com sua dignidade e autonomia, atendem aos preceitos éticos e morais defendidos pela Constituição brasileira. (MENDES; VASCONCELLOS, 2015, p. 888)

Nota-se, portanto, que ao garantir uma saúde geral para todos, a universalidade se torna dependente também da integralidade. Vale para o reconhecimento de demandas implícitas de todos da população frente a sua diversidade e suas necessidades específicas. É o caso de se prezar pelo bem-estar geral e cidadania dos pacientes pediátricos, encarando-os como seres únicos que merecem tratamento equânime e integral.

Assim, vale analisar, portanto, as duas dimensões principais em que é diferenciada a integralidade: a interdisciplinaridade e a intersetorialidade.

Primeiramente, a interdisciplinaridade, princípio pelo qual o "SUS deve oferecer a atenção necessária à saúde da população, promovendo ações contínuas de prevenção e tratamento aos indivíduos e às comunidades, em quaisquer níveis de complexidade" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p. 10).

Trata-se de uma integralização horizontal que tende a reduzir as diferenças teóricas do corte metodológico de cada especialidade, ou seja, é a fragmentação do saber (PEREIRA, 2008, p. 263). Analisa-se que há um conhecimento único que, por necessidade de estudo de uma maneira que evite o regresso ao infinito, passa por um corte metodológico. Comenta-se:

No campo da saúde, a interdisciplinaridade acena com a possibilidade da compreensão integral do ser humano no contexto das relações sociais e do processo saúde-doença¹⁷. Sua construção ultrapassa a mera renovação de estratégias educativas, necessitando ser consolidada pela reestruturação acadêmica e institucional via o compromisso com as necessidades sociais de saúde (MOTTA; AGUIAR, 2007, p. 367).

Nesse sentido, entende-se que o corpo da criança é algo único, que precede o corte metodológico, devendo ser submetido ao tratamento paliativo completo, que não se baseia em um único profissional, mas em vários, devendo receber uma visão completa de seu físico, emocional, e exterioridades familiares e sociais.

Em um segundo momento comenta-se a intersectorialidade. Esta pode ser conceituada como a integração entre as políticas sociais e entre as ações e serviços de saúde, criando uma solução conjunta à saúde infantil. Fala-se, portanto, do fim da fragmentação entre as áreas de administração governamental, conectando a possibilidade de cuidados paliativos com as questões sociais, como a pobreza, a fome e a falta de educação. Diz-se, assim:

Intersectorialidade: a saúde resulta de vários fatores - A atual legislação brasileira ampliou a definição de saúde, considerando-a resultado de vários fatores determinantes e condicionantes, como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer, acesso a bens e serviços essenciais.

Por isso mesmo, as gestões municipais do SUS – em articulação com as demais esferas de governo – devem desenvolver ações conjuntas com outros setores governamentais, como meio ambiente, educação, urbanismo etc., que possam contribuir, direta ou indiretamente, para a promoção de melhores condições de vida e da saúde para a população. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p. 9).

Ainda sobre o tema da intersectorialidade, comenta-se que, além do tratamento físico, deve-se observar outros fatores:

Para além dos sintomas físicos, o tratamento oncológico pediátrico deve observar outros determinantes sociais vividos pela criança e sua família, como a situação econômico- financeira, o local onde vive, o acesso aos serviços de saúde, o tipo de trabalho que realiza, a alimentação que dispõe e os diferentes fatores externos e internos que moldam os condicionantes sociais à saúde. (MARTINS; HORTA, 2017, p. 260)

Por tal motivo, comentou-se acima do uso de instituições filantrópicas. Situação marcante também no cenário internacional, questiona-se a real universalidade do cuidado paliativo como direito fundamental, sendo que na própria OMS em seu documento *Global Atlas of Palliative Care at the End of Life* (2014), não foi admitido nas estimativas os órfãos e as crianças em estado vulnerável. Assim, fica claro que, nesses casos, por vezes, o sistema de saúde não consegue atender as demandas, criando dependência em organizações não governamentais que tentam suprir o papel do governo na área.

Há ainda questões de ordem econômica que refletem na saúde, e conseqüentemente, nos cuidados paliativos infantojuvenis. Ressalta-se, por exemplo, a quantidade de crianças com AIDS ao redor do mundo que terão que se submeter a tal método de tratamento, por motivos de falta de educação sexual nos colégios e higienização adequada.

Com níveis extremamente altos, a África ocupa posição especial nesse cenário com um índice de 30.38 crianças a cada 100.000 (OMS, 2014, p. 24) que precisam de cuidados paliativos por terem AIDS, refletindo a necessidade de uma política intersetorial de educação e saneamento básico integrados à saúde. Infelizmente, no Brasil, tais níveis apesar de mais baixos continuam sendo de 0,66 a 1,16 a cada 100.000 crianças (OMS, 2014, p. 24).

Vale ainda lembrar que a intersetorialidade está conectada com a tendência descentralizadora pela qual alguns países da América latina, incluindo o Brasil desde a Constituição de 1988 frente a constitucionalização, têm passado. A descentralização aqui significaria uma transformação no núcleo de poder, dando maior abertura para a co-participação de coletividades locais (GIAQUETO, 2010, p.86), o que, infelizmente, se realizado de maneira errada, pode agregar um risco de uma setorialização ineficiente com o retorno de uma antiga política centralizadora proveniente da mentalidade institucional brasileira.

Assim, vale dizer que a intersetorialidade, apesar de benéfica para a democratização e humanização da saúde, se feita incorretamente como somente uma soma de programas e sem estratégias conjuntas de ação, pode prejudicar a efetiva realização da saúde (GIAQUETO, 2010, p. 89). Preza-se, dessa forma, pelo diálogo entre as diversas áreas e programas.

Destaca-se, portanto, a importância da intersetorialidade, não somente como a soma das partes, mas a integração como princípio do SUS, a fim de integrar as necessidades sociais às médicas, possibilitando o atendimento preventivo, curativo e paliativo adequado para as crianças, renovando o conceito de saúde como democracia.

Considerações finais

Entende-se portanto, que os cuidados paliativos figuram como uma necessidade premente para a garantia de uma morte digna, que no caso de crianças/adolescentes se faz ainda mais importante. Num sentido de não apenas afirmar o direito humano dos infantes enfermos de terem uma morte digna, os cuidados paliativos abarcam também apoio às famílias que frente a perda precoce daquele membro poderiam ser restabelecidas por tal auxílio. Logo, compreende-se que a aplicação do tratamento paliativo é essencial e

precisa ser manifesta dentro de políticas públicas, a fim de garantir que os mesmos desenvolvam melhorias e alcancem todos os indivíduos, dentro do Sistema Único de Saúde que deverá ser baseado nos princípios da equidade e integralidade. A morte digna, acompanhada por profissionais, de crianças e adolescentes deve ser assegurada não apenas como um gesto de boa-fé como muitos vêem, mas sim como o direito fundamental em que consiste.

Referências

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. **Manual de cuidados paliativos**. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009.

BARBI, Marina Zuppolini. **A inserção dos cuidados paliativos no Sistema Único de Saúde (SUS)**. 4 Estações Instituto de Psicologia: São Paulo, 2011

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 26 dez 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Cuidados paliativos oncológicos: controle da dor**. - Rio de Janeiro: INCA, 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Melhor em Casa: Serviço de Atenção Domiciliar**. 2013. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/melhor-em-casa>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O SUS no seu município: garantindo saúde para todos** / [Ana Lucia Pereira et al.]. - Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <http://sna.saude.gov.br/download/Cartilha%20Sus%20e%20os%20Municipios.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. **Portaria Nº 19**, de 03 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0019_03_01_2002.html. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 41, de 31 de outubro de 2018**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/guest/materia/>

/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/do1-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710>. Acesso em: 14 de fev. 2019.

DUARTE, Cristina Maria Rabelais. **Eqüidade na legislação: um princípio do sistema de saúde brasileiro?**. Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 443-463, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v5n2/7107.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

THE ECONOMIST. Economist Intelligence Unit. **The 2015 Quality of Death Index-Ranking palliative care across the world**. 2015. Disponível em: <https://eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

GARCIA-SCHINZARI, Nathália Rodrigues; SANTOS, Franklin Santana. Assistência à criança em cuidados paliativos na produção científica brasileira. In: **Revista Paulista de Pediatria**. São Paulo, v. 1, n. 32, p.99-106, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rpp/v32n1/pt_0103-0582-rpp-32-01-00099.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

GIAQUETO, Adriana. A descentralização e a intersetorialidade na política de assistência social. *Revista Serviço Social & Saúde*. UNICAMP Campinas, v. IX, n. 10, Dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/sss/article/view/8634883/2783>. Acesso em: 18 fev. 2019.

HELENO, Sônia Lara Alves. Cuidados Paliativos em Pediatria. In: **Revista Evidências**. 2013, pp. 41-49. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/10233/2/7..pdf>. Acesso em: 27 dez. 2017.

KIPPER, Délio José. **Evolução dos modos de óbitos em unidades de terapia intensiva pediátrica no sul do brasil**. 2005. 144 f. Tese (Doutorado) - Curso de Faculdade de Medicina, Programa de Pós-graduação em Medicina/pediatria e Saúde da Criança, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/1395/1/382389.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e desenvolvimento humano**. 5. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. 243 p.

- MARCUCCIL, Fernando Cesar Iwamoto; CABRERA Marcos Aparecido Sarria; ROSEMBERG, John Patrick; YATES, Patsy. Integração dos cuidados paliativos no sistema de saúde: o modelo australiano e aprendizados para a implementação no Brasil. **Revista de Saúde Pública do Paraná**. [s.l.], v.17, n. 1, julho 2016, p. 56-64.
- MARTINS, Gabrieli Branco; HORA, Senir Santos da. Desafios à Integralidade da Assistência em Cuidados Paliativos na Pediatria Oncológica do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. **Revista Brasileira de Cancerologia**. Brasil, v. 1, n. 63, p.29-37, 2017. Disponível em:
<http://www1.inca.gov.br/rbc/n_63/v01/pdf/06b-artigo-desafios-a-integralidade-da-assistencia-em-cuidados-paliativos-na-pediatria-oncologica-do-instituto-nacional-de-cancer-jose-alencar-gomes-da-silva.pdf>. Acesso em: 25 de dez de 2017.
- MARTINS, Gabrieli Branco; HORA, Senir Santos da. Família e Cuidados Paliativos em Pediatria: Desafios à Garantia do Cuidado. **Revista Brasileira de Cancerologia**. Brasil, v. 3, n. 62, p. 259-262, 2016. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/rbc/n_62/v03/pdf/09-artigo-opinio-familia-e-cuidados-paliativos-em-pediatria-desafios-a-garantia-do-cuidado.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.
- MENDES, Ernani Costa; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Cuidados paliativos no câncer e os princípios doutrinários do SUS. **Saúde em Debate**, [s.l.], v. 39, n. 106, p.881-892, set. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-1104201510600030026>.
- MOTTA, Luciana Branco da; AGUIAR. Adriana Cavalcanti de. **Novas competências profissionais em saúde e o envelhecimento populacional brasileiro: integralidade, interdisciplinaridade e intersetorialidade**. Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 363-372, 2007. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/csc/v12n2/a12v12n2.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- NASCIMENTO, Elizabeth Cristina do. **Entre a vida e a morte: Humanização e cuidados paliativos como meios para enfrentar o fim com dignidade**. 2014. 68 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação e Licenciatura em Psicologia, Centro de Ciências Biológicas e da Saúde, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014. Disponível em:
<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/7199/1/PDF> -

- Elizabeth Cristina do Nascimento Cunha.pdf. Acesso em: 24 nov. 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**. Lisboa: Coimbra, 2006. Cap. 1. [p. 17-67].
- PEREIRA, Isabel Brasil; LIMA, Júlio César França (Org.). **Dicionário de Educação Profissional em Saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008. [p.478].
- PESSINI, Leo e Luciana Bertachini. **Humanização e Cuidados Paliativos**; Loyola Edições; São Paulo, 2006. Acesso em: 28 dez. 2017.
- PIVA, Jefferson Pedro; GARCIA, Pedro Celiny Ramos; LAGO, Patrícia Miranda. **Dilemas e dificuldades envolvendo decisões de final de vida e oferta de cuidados paliativos em pediatria**. São Paulo: Revista Brasileira de Terapia Intensiva, mar. 2011. V. 23, n. 1. 78-86 p. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-507X2011000100013>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- Portal da Saúde. **Melhor em Casa: Serviço de Atenção Domiciliar**. 2013. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/melhor-em-casa>. Acesso em: 22 nov. 2017.
- SCHAEFER, Fernanda. A nova concepção do consentimento esclarecido. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, Ano I (2012), n. 10, 6317-6354. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6317_6354.pdf. Acesso em: 27 dez. 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SOARES, Vanessa Albuquerque et al. **A importância do brincar para criança com câncer hospitalizada em cuidado paliativo**. Recife: Revista de Enfermagem da UFPE, 2016. V. 10, n. 3. 1047-1053 p.
- VALADARES, Maria Thereza Macedo; MOTA, Joaquim Antônio César; OLIVEIRA, Benigna Maria de. Cuidados paliativos em pediatria: uma revisão. **Revista de Bioética**, Brasil, 2013 v. 3, n. 21, p.486-493. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a13v21n3.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

- VERAS, Renato Peixoto et al. Desenvolvimento de uma linha de cuidados para o idoso: hierarquização da atenção baseada na capacidade funcional. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 16, [p.385-392], 2013. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22946/1/Desenvolvimento de uma linha de cuidados para o idoso_2013.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22946/1/Desenvolvimento%20de%20uma%20linha%20de%20cuidados%20para%20o%20idoso_2013.pdf). Acesso em: 20 nov. 2017.
- VICTOR, Germana Hunes Grassi Gomes. Cuidados Paliativos no Mundo. **Revista Brasileira de Cancerologia**, Brasil, v. 3, n. 62, p.267-270, 2016. Trimestral. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/rbc/n_62/v03/pdf/11-resenha-cuidados-paliativos-no-mundo.pdf. Acesso em: 17 nov. 2017.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global Atlas of Palliative Care at the End of Life**. 2014. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>. Acesso em: 13 fev. 2019.

**Uma breve análise dos Tribunais Penais Internacionais
ad hoc:
violação ao princípio do Juiz Natural? (*)**

**A brief analysis of the *ad hoc* International Criminal
Courts:
violation of the Natural Judge principle?**

**Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*:
¿violación al principio del Juez Natural?**

Karin Kelbert Turra¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. **1.** Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*.
1.1. Os primeiros Tribunais Penais Internacionais: Nuremberg e
Tóquio. **1.2** Tribunal Criminal Internacional para a antiga
Iugoslávia. **1.3** Tribunal Criminal Internacional para a Ruanda. **2.**
A eficácia dos tribunais *ad hoc*. **3.** O princípio do Juiz Natural à

(*) Recibido: 20 setiembre 2018 | Aceptado: 10 enero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Estudante da graduação em Direito na Faculdade de Direito de Vitória. karinturra@hotmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

luz do ordenamento jurídico interno brasileiro e os tribunais *ad hoc*. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo tem por escopo a realização de uma análise dos Tribunais Criminais Internacionais *Ad Hoc* sob a ótica do Direito interno brasileiro, no que tange ao princípio do Juiz Natural. Assim, objetiva-se por meio deste estudo o desenvolvimento de uma abordagem histórica e jurídica acerca dos referidos tribunais, de modo a apresentar a perspectiva jurídico-política determinante para o surgimento das cortes temporárias mais importantes da história do Direito Internacional para que possa ser verificada a compatibilidade das mesmas com a garantia Constitucional brasileira do Juiz Natural. O trabalho em questão será desenvolvido a partir de estudos doutrinários e de legislações pertinentes ao tema, adotando-se a metodologia dialética para tanto. A base teórica dos referidos estudos será fundamentada, principalmente, nos posicionamentos dos autores Antonio Augusto Cançado Trindade e Celso Lafer.

Palavras-chave: Direito Internacional, Tribunais *ad-hoc*, Princípio do Juiz Natural.

Abstract: The present article has as its scope the analysis of the International *Ad Hoc* Criminal Tribunals from the standpoint of the Brazilian domestic law, relating it to the principle of the “Natural Judge”. Considering this, the main point of this study is the establishment of a historical and legal approach under those International Criminal Tribunals, in a way to present the legal-political perspective that was determinative on the creation of the historical most important temporary tribunals for the International Law, aiming to verify its compatibility with the “Natural Judge” principle. This scientific paper will be held under doctrinaire studies and legal document related to these themes, and the methodology to be adopted will be the dialectical one. The theoretical basis of these studies will be based mainly under the positions of the authors Antonio Augusto Cançado Trindade and Celso Lafer.

Keywords: International Law, International *ad hoc* Criminal Tribunals; Natural Judge principle.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto la realización de un análisis de los Tribunales Criminales Internacionales *Ad Hoc* bajo la óptica del Derecho interno brasileño, en lo que se refiere al principio del Juez Natural. Así, se objetiva por medio de este estudio el desarrollo de un abordaje histórico y jurídico acerca de

dichos tribunales, para presentar la perspectiva jurídico-política determinante para el surgimiento de las cortes temporales más importantes de la historia del Derecho Internacional para que pueda ser verificada la compatibilidad de las mismas con la garantía Constitucional brasileña del Juez Natural. El trabajo se desarrollará a partir de los estudios doctrinarios y de la legislación pertinente al tema, adoptando la metodología dialéctica. La base teórica será fundamentada, principalmente, en los posicionamientos de los autores Antonio Augusto Cançado Trindade y Celso Lafer.

Palabras clave: Derecho Internacional, Tribunales *ad-hoc*, Principio del Juez Natural, Juez natural.

Introdução

O presente artigo discutirá a compatibilidade dos Tribunais Internacionais *Ad hoc* com o princípio do Juiz Natural, vigente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A base teórica a partir da qual será feita análise da problemática apresentada será a de diplomas legais e posicionamentos doutrinários, em especial dos doutrinadores Antonio Augusto Cançado Trindade e Celso Lafer.

O primeiro ponto a ser abordado pelo trabalho será a origem histórica dos primeiros Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*. Serão analisados os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, de modo a explicar suas composições, objetivos e legislações pertinentes.

Em segundo lugar, se procederá à análise dos Tribunais *Ad Hoc* recém encerrados, da Ex-Yugoslávia e de Ruanda, para também verificar seu papel na responsabilização de responsáveis por graves crimes contra a humanidade.

Em seguida, será iniciada uma discussão acerca da efetividade dos referidos Tribunais, no âmbito internacional, em se tratando da sua atuação para coibir os crimes contra os Direitos Humanos praticados no contexto de guerras civis, regimes totalitários e outros conflitos armados.

Por fim, analisaremos o princípio do juiz natural sob a ótica da jurisdição brasileira, de modo a verificar se os Tribunais *ad hoc* seriam ou não compatíveis com o que dispõe a Constituição Brasileira e o posicionamento doutrinário dominante no país.

1. Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*

1.1 Os primeiros tribunais penais internacionais: nuremberg e tóquio

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional, sensibilizada pelas inúmeras atrocidades cometidas pelos Estados durante os quatro anos de duração desse conflito armado, decidiu por instituir a denominada Organização das Nações Unidas (ONU). Tal organismo internacional surgiu com o compromisso de manutenção e promoção da paz entre os países, motivado pelo sentimento comum de repulsa às drásticas consequências deixadas pela guerra.³ Assim, pode-se dizer que por meio da criação desse organismo, buscava-se reestabelecer a relação harmônica entre as nações, para que retornassem a um status de convivência pacífica.

Ainda no contexto do pós-guerra, foram criados durante esse período os primeiros Tribunais Penais Internacionais, o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio, cujo objetivo principal era promover a responsabilização política da Alemanha e do Japão, mediante o julgamento destes pelos crimes de guerra cometidos. Àquela, por conta do extermínio em massa promovido por Hitler durante o domínio do nazismo, e este último pelas graves violações cometidas pelos japoneses durante o período do Império Nipônico.

No ano de 1943, os representantes dos países vitoriosos da guerra, estabeleceram, por meio da Declaração de Moscou, duas categorias de criminosos de guerra: pequenos e grandes criminosos. Os primeiros seriam punidos por autoridades nacionais, pelos crimes cometidos em localidades específicas, enquanto os segundos, pelo Tribunal de Nuremberg, por terem cometido crimes em localidades não específicas.⁴ Percebe-se, a partir do trecho apresentado, que a criação dos referidos tribunais se deu por iniciativa das grandes potências mundiais, vencedoras do recente conflito global entre as nações. Fato este a que posteriormente seria levantado questionamento acerca de sua validade.

Vale ressaltar que o fato dos juízes atuantes nos referidos tribunais, bem como os advogados atribuídos aos réus, terem sido escolhidos e impostos pelos países vencedores foi muito questionado, à época, pelos países

³ ONU: A história da organização. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em 08 ago 2018.

⁴ GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70.

perdedores, que não reconheciam a legitimidade desses tribunais para processá-los e julgá-los.

Em primeiro de dezembro de 1946, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução nº 95, em que afirmava os princípios da Carta e as decisões do Tribunal de Nuremberg, e orientou seus estados membros para que codificassem “os crimes contra a paz e a segurança da humanidade” com base nesses princípios.⁵ Por meio dessa resolução foram, então, estipulados os delitos que seriam objeto de julgamento pelo Tribunal de Nuremberg, voltados para a responsabilização dos atos bárbaros praticados no contexto da Segunda Guerra Mundial.

Elitza Bachvarova explica que os processos de Nuremberg salientaram a questão da responsabilização individual na condução da política de estado como condição *sine qua non* para iniciar processos criminais contra atos burocraticamente organizados a mando dos governantes.⁶ Sobre este ponto, é interessante observar que não se buscou uma responsabilização das nações, como sujeitos de Direito Internacional, mas dos próprios indivíduos como responsáveis por seus atos, independentemente de sua nacionalidade, comprovando a intenção de reconciliação nacional entre os diversos países, ao promover o fim da impunidade de seus próprios nacionais.

Os principais pontos abordados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, que vigorou entre 1945 e 1946, foram os seguintes: as violações aos tratados e convenções de guerra e demais crimes de guerra; os crimes contra a humanidade, incluindo o assassinato, tortura, escravidão e extermínio de pessoas em função de raça, cor, política e credo; e a preparação e desencadeamento da guerra de agressão.⁷ Todos os delitos previstos pelo Estatuto foram lá incluídos por terem sido as principais práticas cometidas durante os conflitos armados, contra os quais a humanidade desejava evitar que se repetissem, diante de sua extrema gravidade.

⁵ KELLERMANN, Henry J. **Settling Accounts** — The Nuremberg Trial, Leo Baeck Institute Yearbook, 1997, p. 337.

⁶ Bachvarova, Elitza. **O Tribunal de Nuremberg como um Ícone da Justiça de Transição: Aspectos Históricos da Responsabilização Política e do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/9471/6992>>. Acesso em 08 ago 2018.

⁷ RAMOS, LUIZ FELIPE GONDIN. **TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG ANÁLISE HISTÓRICA E LEGADO JURÍDICO.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/mono_ramos_tribunal_nuremberg_legado.pdf> Acesso em 08 ago 2018.

Sobre o referido estatuto, Joannisval afirma que a Gênese do Novo Sistema Jurídico Internacional tinha naquela Carta um de seus textos basilares. Ali se previa a punição para delitos até então inconcebíveis e, portanto, não tipificados no sistema jurídico anterior à II Guerra Mundial. Além disso, seu texto serviu de base para o Direito Internacional Penal do pós-II Guerra, sobretudo no que concerne a procedimentos para a instauração de tribunais para criminosos de guerra e seus respectivos julgamentos.⁸ Isto pois futuramente, os tribunais temporários levaram à discussão e implementação de enfim um tribunal permanente para processar e julgar os delitos mais graves contra a humanidade.

Nesse sentido, Celso Lafer afirma que a concepção de um Direito Internacional Penal ensejada por Nuremberg parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional e que a violação das regras relativas a tais exigências constitui crimes internacionais.⁹ Tal constatação nos remete ao pensamento de que se percebeu, enfim, a necessidade de estipular um mínimo de ordem e Direitos a serem assegurados e tutelados para uma boa convivência entre as nações.

Por ter sido o primeiro Tribunal Internacional a surgir no mundo contemporâneo, o Tribunal de Nuremberg acabou se consolidando como um marco histórico na defesa do Direitos Humanitário, que tem como objetivo reduzir as consequências dos conflitos armados. Assim, acabou servindo de exemplo e fomento para a criação de outros tribunais semelhantes, e também de novos diplomas legais.

Após o precedente aberto em Nuremberg, foi necessário institucionalizar um código legal, que protegesse os ultrajados Direitos Humanos. Por isso, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, representante de uma “repulsa moral” ao Holocausto, que se tornou o símbolo máximo de proteção aos Direitos Humanos.¹⁰

Ainda, sob o ponto de vista da proteção internacional dos Direitos Humanos, verifica-se que a importância de Nuremberg não reside apenas em ter sido uma resposta às graves violações aos Direitos Humanos cometidas durante a

⁸ GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 74.

⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

¹⁰ LEVI, Daniel. **A institucionalização da moralidade cosmopolita: o Holocausto e os direitos humanos**. História Revista, [S.l.], v. 17, n. 1, dez. 2012. ISSN 1984-4530. Disponível em: http://www.revistas.ufg.br/index.php/historia/art_icle/view/21697/12769. Acesso em 08 ago 2018.

Segunda Guerra Mundial, mas especialmente pela previsão de que o Estatuto poderia sempre ser evocado em conflitos futuros, nos quais fosse possível a verificação de situações semelhantes a por ele já estabelecidas.¹¹ Assim, o objetivo do Estatuto era o de proteger a comunidade mundial da ocorrência de eventos similares, visto que já haviam presenciado as atrocidades que os seres humanos têm o potencial de causar.

Portanto, resta assim demonstrada a efetiva contribuição do referido tribunal para o Direito Internacional. Nesse contexto, Ana Luiza Ferro reafirma que é inegável que o Tribunal de Nuremberg representou a culminação dos esforços por uma Corte de Justiça Internacional Penal, ainda que de caráter temporário, rompendo com a doutrina “da indiferença” do século XIX. Nuremberg então reacendeu a chama do pensamento dos fundadores do Direito Internacional, criando uma ação repressiva com fundamento da noção da guerra injusta.¹² Tanto foi importante tal tribunal que contribuiu também para acabar com o sentimento de impunidade que pairava entre os Estados. Funcionou, desta forma, como um instrumento de reconciliação internacional.

Superada a análise inicial acerca do Tribunal de Nuremberg, sigamos à análise do Tribunal de Tóquio:

Em 1946, durante a Conferência de Cairo, foi criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (TMIEO), baseado nos mesmos princípios do Tribunal de Nuremberg. Estabelecido por meio da Declaração de Potsdam, o tribunal foi criado para julgar os líderes do Império japonês pelos crimes de conspiração conjunta para provocar e fazer a guerra, cometimento de atrocidades e crimes contra a humanidade “convencionais” e planejamento, ordem, autorização, ou não prevenção de tais transgressões, nos níveis mais elevados da estrutura de comando, além de incluir em seus termos a rendição incondicional japonesa.¹³ Fica evidente, aqui, novamente, a preocupação da comunidade internacional em reprimir e repudiar quaisquer atos praticados com o fim de atentar contra os Direitos Humanos.

¹¹ GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 76

¹² FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 56.

¹³ Bachvarova, Elitza. **O Tribunal de Nuremberg como um Ícone da Justiça de Transição: Aspectos Históricos da Responsabilização Política e do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/9471/6992>>. Acesso em 08 ago 2018.

Conforme constante na documentação dos julgamentos, os líderes japoneses foram indiciados por 58 crimes de guerra.¹⁴ Foi por meio da conferência de Moscou que Tóquio foi designada a capital para os julgamentos, conferindo assim, o nome pelo qual tal tribunal é conhecido.

Com relação à sua estrutura, o tribunal foi composto por 11 membros, provenientes das nações aliadas: William Flood Webb (Austrália) na condição de presidente e os demais integrantes E. Stuart McDougall (Canadá), Ju Ao Mei (China), Henry Reimburger (França), Lorde Patrick (Grã-Bretanha), R.B.Pal (Índia), Bernard Victor A. Roeling (Holanda), Harvey Northcroft (Nova Zelândia), Delfin Jaramilla (Filipinas), I. M. Zaryawov (União Soviética) e Myron C. Cramer (Estados Unidos).¹⁵ A partir dessa listagem, se observa o predomínio de poder das nações europeias vitoriosas, bem como suas colônias nos demais continentes, a ponto de designarem como membros do presente tribunal seus próprios integrantes, o que foi motivo de insatisfação das nações cujos indivíduos foram levados a julgamento.

O referido tribunal vigorou por dois anos, de 29 de abril de 1946 a 12 de novembro de 1948. Em contraste com o Tribunal de Nuremberg, que perdurou por menos de um ano, afirma-se que o Tribunal de Tóquio construiu maior precedente para o Direito Internacional do que aquele, apesar de ser relativamente menos estudado, em comparação com o primeiro.¹⁶ Isto pois além do legado moral deixado, contribuiu para o surgimento de jurisprudências de cunho internacional, e também para a criação do Tribunal Penal Internacional, de caráter definitivo.

Por fim, o Estatuto do Tribunal, em seu art. 5º, detalha os delitos considerados de sua competência ao afirmar que

O Tribunal tem o poder de julgar e punir os criminosos de guerra do Extremo Oriente que, individualmente, ou como membros de uma organização, são acusados de crimes compreendendo os crimes contra a paz. Os atos seguintes, ou qualquer um dentre eles, são crimes sob a jurisdição do Tribunal e pelos quais terão responsabilidade individual. *Crimes contra a Paz*: a saber, o planejamento, a preparação, a iniciação ou o empreendimento de uma guerra de agressão declarada ou não declarada, ou de uma guerra em violação ao

¹⁴ TRIAL. **The international military tribunal for the Far East**. Disponível em: <http://www.trial-ch.org/index.php?id=384&L=5&print=1&no_cache=1> Acesso em 08 ago 2018.

¹⁵ RAMELLA, Pablo A. **Crimes contra a humanidade**. Trad. Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 9.

¹⁶ University of Virginia School of Law. **The International Military Tribunal for the Far East**. Digital Collection. Disponível em: <<http://imtfe.law.virginia.edu/>>. Acesso em 13 ago 2018.

direito internacional, tratados, acordos ou compromisso, ou participação em um plano comum ou conspiração para cumprir qualquer dos atos enunciados precedentemente; *Crimes contra as Convenções e leis de guerra*: a saber, as violações às leis ou aos costumes da guerra; *Crimes contra a humanidade*: a saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação ou outros atos desumanos cometidos antes ou durante a guerra, ou perseguições políticas ou raciais, em execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal, seja ou não em violação da lei local ou do lugar onde fossem perpetrados.¹⁷

Conforme tratado na abordagem do Tribunal de Nuremberg, os delitos supracitados previstos no Estatuto como sendo aqueles de objeto de sua atuação, tinham por fim reprimir a ocorrência dos mesmos, haja vista o trauma sofrido pela humanidade em decorrência de suas consequências durante os conflitos mundiais.

1.2 Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia

O Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia (ICTY) foi estabelecido em 1993 para lidar com os crimes de guerra cometidos nos conflitos ocorridos nos Bálcãs, na década de 90, à época composto de seis repúblicas: Bósnia-Herzegovina, Croácia, Sérvia, Eslovênia, Macedônia e Montenegro, que juntas compunham a Iugoslávia.

O tribunal em questão foi uma corte instituída pelo Conselho de Segurança Nações Unidas, por meio da Resolução 827, no intuito de garantir às vítimas uma oportunidade de exteriorizar os horrores testemunhados e vividos naqueles conflitos e também para provar que os suspeitos de terem cometido grandes atrocidades durante os conflitos armados não escapariam de serem responsabilizados.¹⁸ Tal medida fez-se necessária tendo em vista o fato de que a relação internacional entre os países estava extremamente sensibilizada, diante do choque provocado pelas atrocidades provocadas no período dos conflitos armados da região.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia surge, assim, como órgão subsidiário do Conselho de Segurança, informado pelo respeito ao devido processo legal e aos princípios da objetividade e da imparcialidade. O Tribunal recebeu competência para julgar os acusados de infringirem o Direito Internacional Humanitário, em particular, as quatro Convenções de

¹⁷ DE SÁ, Simone. **Jurisdições internacionais antecedentes ao Tribunal Penal Internacional**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=675e652a358f53f8>>. Acesso em 08 ago 2018.

¹⁸ **United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <<http://www.icty.org/>>. Acesso em 13 ago 2018.

Genebra de 1949, a quarta Convenção de Haia de 1907 e seu regulamento anexo, a Convenção sobre Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e os princípios cristalizados nos julgamentos de Nuremberg. O Estatuto previu a supremacia do Tribunal em relação às cortes nacionais e consagrou o princípio do *non bis in idem*.¹⁹ Fica evidente, aqui, a evolução deste tribunal em relação aos primeiros estudados. Tal corte foi fundada com sólido respaldo normativo, sendo utilizados em conjunto diversos regulamentos de Direito Internacional, objetivando cumprir a missão para qual foi fundado, qual seja, a responsabilização dos infratores do Direito Internacional Humanitário.

Essa corte era composta por quatro câmaras, sendo três de primeira instância e uma de recurso. A regra era a seguinte: composição de 16 (dezesesseis) juízes independentes, não podendo ser mais de um nacional do mesmo Estado, distribuídos por três em cada câmara de primeira instância e sete na câmara de recursos. Também composta por um procurador e um secretário, comum às câmaras e ao procurador.²⁰ Tal estrutura demonstra a preocupação de seus fundadores em assegurar o devido processo legal e a imparcialidade, evitando que uma nação se beneficiasse de privilégios em detrimento das demais, no que tange ao julgamento de seus nacionais.

Assim, afirma-se que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, considerou-se o primeiro tribunal internacional verdadeiramente instalado pelas Nações Unidas para determinar a criminalidade penal individual dentro do direito humanitário, enquanto os Tribunais de Tóquio e Nuremberg eram considerados multilaterais em natureza, representando apenas parte da comunidade mundial.²¹ Isto pois a Corte para a ex-Iugoslávia se beneficiou da experiência construída a partir de seus tribunais precedentes, para que pudesse aperfeiçoar o processo e julgamento em prol do Direito Humanitário, conceito até então pouco explorado. Além disso, por ter sido um dos mais recentes a encerrar suas atividades, teve também muita visibilidade, por conta do desenvolvimento dos meios de comunicação.

Esse tribunal foi o responsável pelo primeiro indiciamento de um líder de Estado por um tribunal internacional. Além disso, estabeleceu a escravidão

¹⁹ JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 257.

²⁰ BRAY, Renato Toller. **Aspectos históricos e jurídicos da jurisdição penal internacional**. Disponível em: < <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2324/aspectos-historicos-juridicos-jurisdicao-penal-internacional>>. Acesso em 13 ago 2018.

²¹ LIMA, Renata Mantovani de e; BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35.

sexual (violência muito comum contra mulheres prisioneiras de guerra) como crime contra a humanidade. Também proferiu a primeira condenação por genocídio, contra um oficial do exército sérvio, responsável pelo massacre de 7.500 sérvios judeus. Em 2011, todos os 161 indiciados já haviam sido processados. Por fim, em 21 de dezembro de 2017 foi realizada a cerimônia final de encerramento da atuação do Tribunal.²² Assim, é possível constatar que tal tribunal teve uma atuação brilhante e extremamente efetiva no que tange à responsabilização pelos delitos mais graves praticados contra a humanidade.

1.3 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), também criado pela ONU, surgiu em decorrência dos assassinatos em massa e demais delitos praticados durante a guerra civil ocorrida em Ruanda, envolvendo dois grupos étnicos: os tutsis e os hutus. Após a morte do presidente hutu do país, os membros desse grupo, que eram a maioria étnica acusaram os tutsis, o grupo minoritário, de atentado, deflagrando uma campanha genocida para exterminá-los.

Os conflitos em Ruanda, em 1994, entre as etnias hutu e tutsi, causaram cerca de 500 mil mortos e grande número de refugiados, que procuraram abrigo nos países vizinhos. Preocupado com as atrocidades perpetradas, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda por meio da resolução 955, de 8 de novembro de 1994. Por meio de tais documentos, estabeleceu-se a responsabilidade dos superiores em relação aos atos praticados pelos subordinados quando estes sabiam ou tinham condições de saber que tais atos seriam praticados ou não tomaram as medidas necessárias para evitá-los. A prisão, inclusive a prisão perpétua, é a pena prevista para a punição dos delitos.²³ Mais uma vez, fica evidente a preocupação da ONU em assegurar a promoção dos Direitos Humanos, mediante a responsabilização daqueles que, individualmente ou por trás de instituições políticas promoveram atos de genocídio.

A base da atuação do TPIR está prevista nos artigos 24, 25, 48 e 49 da Carta da ONU, e nos artigos 8º e 28 de seu próprio Estatuto, sendo o TPIR um

²² **United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <<http://www.icty.org/>>. Acesso em 13 ago 2018.

²³ JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 258.

instrumento para garantir a manutenção da paz e segurança nacionais.²⁴ Assim como o tribunal para a ex-Iugoslávia, o Tribunal para a Ruanda se pautou em sólidos instrumentos legais, como aqueles estabelecidos nas Resoluções das Nações Unidas, ou seja, ratificado por todos aqueles Estados-membros.

Para a composição do Tribunal, foi observada a mesma estrutura do Tribunal para a ex-Iugoslávia, 4 câmaras e 16 juízes. Sua sede era localizada em Arusha, na Tanzânia e sua competência abarcava genocídio, crimes contra a humanidade, violação à Convenção de Genebra de 1949, e do seu Segundo Protocolo Adicional.

Desde a sua criação, o tribunal já prolatou 37 (trinta e sete) sentenças, das quais apenas seis foram absolvições. Destaca-se a condenação à prisão perpétua em 2008 dos três principais líderes da etnia hutu. Em dezembro de 2015 o tribunal proferiu seu 45º julgamento e declarou encerradas suas atividades.

Pode-se afirmar que a grande contribuição trazida por este tribunal foi a conceituação de violência sexual como sendo um crime contra a humanidade²⁵, assim como o Tribunal para a ex-Iugoslávia.

2. A eficácia dos tribunais *ad hoc*

A partir da exposição acerca dos quatro tribunais anteriormente apresentados, é possível identificar que todos estão ligados por um elo em comum: são denominados tribunais *ad hoc*. Essa denominação significa, em seu sentido semântico derivado do latim “para essa finalidade”. Ou seja, tais tribunais foram criados especificamente com uma finalidade, qual seja a responsabilização de indivíduos que por motivos políticos, culturais, religiosos ou militares se envolveram, ou foram responsáveis pela deflagração de conflitos armados que tiveram por consequências graves violações de direitos humanos. Após o devido processo e julgamento daqueles indiciados, os tribunais *ad hoc* encerram suas atividades. Por isso assumem a característica de serem Cortes temporárias, pois julgam fatos pretéritos (*ex post facto*).

²⁴ KARIBI-WHYTE. Adolphus. Appeal Procedures and practices. In: MCDONALD. Gabrielle Kirk. SWAAK-GOLDMAN, Olivia. **Substantive and procedural aspects of International Criminal Law: The experience of international and national courts**, v. 1. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 662.

²⁵ BRAY, Renato Toller. **Aspectos históricos e jurídicos da jurisdição penal internacional**. Disponível em: < <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2324/aspectos-historicos-juridicos-jurisdicao-penal-internacional>>. Acesso em 13 ago 2018.

Deste modo, observa-se que os tribunais supracitados tiveram o propósito semelhante de promover uma espécie de reconciliação entre os membros da comunidade internacional, mediante o processo e julgamento dos mais graves crimes cometidos no contexto dos conflitos internacionais, buscando a responsabilização política de indivíduos e Estados, no intuito de promover a paz entre as nações, evitando conflitos futuros.²⁶ Esse objetivo se fundamentou no trauma sofrido pela comunidade internacional durante as guerras e no desejo de nunca mais terem que vivenciar os horrores ocorridos e cometidos pelos indivíduos de algumas das nações.

Ocorre que apesar de toda a justiça promovida pela atuação dos referidos tribunais, suas instituições não foram imunes ao surgimento de opositores. As maiores críticas formuladas ao Tribunal de Nuremberg e ao Tribunal de Tóquio foram de que se trataram, à evidência, de tribunais ad hoc (i.e., ex post facto), que fizeram a ‘justiça dos vencedores sobre os vencidos’, e, ainda, que violaram flagrantemente o princípio da legalidade, em especial na imputação de alguns crimes até então desconhecidos dos costumes e das leis que compunham o Direito Penal Internacional.²⁷ De fato, uma análise pormenorizada dos princípios orientadores do Direito Penal nos levaria a essa conclusão supracitada, uma vez que estaria violando garantias individuais asseguradas sob o título de Direitos Fundamentais.

Os tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia e para Ruanda também não foram isentos de críticas. A primeira delas, é que não obstante a sua instituição ter sido diligenciada pelo Conselho de Segurança da ONU, a criação dos tribunais ad hoc não deixou de ser obra de um grupo seleto de países, e não por tratados deliberados e discutidos por toda a comunidade internacional. (...) em segundo lugar, repetiu-se o erro dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, pois a constituição das Cortes Internacionais em espeque e dos crimes por elas julgados foi superveniente aos fatos a serem apreciados, o que fere o princípio da legalidade do direito penal (...) bem como ao princípio da anterioridade da jurisdição criminal. E por fim, não se pode colocar de lado a sua natureza temporária, porque esses Tribunais deixarão de existir

²⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos:** uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, 2004, ano 3, n. 12, p. 14.

²⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos:** uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, 2004, ano 3, n. 12, p. 14.

quando concluírem os seus trabalhos.²⁸ Assim, a maior preocupação que surgiu em decorrência dos referidos tribunais, foi a de que os países vitoriosos da guerra estivessem impondo o seu estabelecimento como uma forma de vingança privada em face dos países perdedores, utilizando-se de tais julgamentos de maneira desconforme com os princípios do processo penal.

Apesar dos posicionamentos negativos, é inegável a enorme contribuição dos referidos tribunais para o desenvolvimento do Direito Internacional, principalmente pelo fato de terem originado, posteriormente, o Tribunal Penal Internacional, que veio a ser o Tribunal Criminal responsável pelo julgamento de crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e a recém introduzida agressão.

Além disso, esses Tribunais *ad Hoc* contribuíram também para combater o sentimento de impunidade e descontentamento que assolava a comunidade internacional, ao promover o devido processo e julgamento daqueles envolvidos nas maiores violações de Direitos Humanos da História, promovendo uma espécie de reconciliação internacional.

Reafirmando tal constatação, Cançado Trindade afirma que a criação e o funcionamento dos dois Tribunais *ad hoc* vieram, enfim, contribuir à luta contra a impunidade de criminosos de guerra e de responsáveis por atos de genocídio e crimes contra a humanidade, superando assim uma das carências do Direito Internacional clássico. Vieram, ademais, abrir caminho ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente.²⁹

3. O princípio do Juiz Natural à luz do ordenamento jurídico interno brasileiro e os tribunais *ad hoc*

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio do Juiz Natural como uma de suas garantias constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o princípio do juiz natural em seu artigo 5º, nos incisos XXXVII, LIII e LIV, os quais preveem, respectivamente que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, “ninguém será processado nem

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A Importância do Tribunal Penal Internacional para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Revista Jurídica da UNIGRAN, Dourados/MS, v. 6, n. 11, p. 167 – 182, jan./jul. 2004.

²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O Papel dos Tribunais Na Evolução do Direito Internacional Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf> Acesso em 15 ago 2018.

sentenciado senão pela autoridade competente” e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.³⁰

A vertente aqui abordada será a do inciso XXXVII, que proíbe os denominados tribunais de exceção. Tal dispositivo legal tem por finalidade estabelecer que os juízes devem ser designados previamente em relação aos fatos. Ou seja, garante aos indivíduos o direito de serem julgados por uma autoridade pré-existente, de forma a ter assegurada a imparcialidade do julgador.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior afirma que tal princípio significa que 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; e que 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.³¹ Desta forma, é possível constatar que tal princípio objetiva assegurar ao indivíduo o direito de ser julgado por um tribunal pré-existente ao fato, por um juiz também pré-constituído, devendo este guardar o compromisso de imparcialidade, para que seja garantido um julgamento justo.

Complementando o exposto, Carlos Alberto Oliveira defende que a garantia do juiz natural, por sua vez, compõe também importante faceta do formalismo processual, por igualmente circunscrever o exercício arbitrário do poder impedindo a alteração da competência do órgão judicial ou a criação de tribunal especial, após a existência do fato gerador do processo, para colocar em risco os direitos e garantias da parte, tanto no plano processual quanto material.³² Assim, entende-se que um juízo estabelecido após o fato estaria viciado, diante da inobservância da previsão legal do princípio do juiz natural, tendo por consequência a invalidade de seu julgamento.

Analizando os tribunais *ad hoc* apresentados sob essa ótica, é possível perceber que estão em desconformidade com o que propõe a legislação e doutrina brasileira. Isto pois o fato de um indivíduo que pratica determinados atos ser julgado por uma autoridade judiciária estabelecida em momento

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 ago 2018.

³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 28.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

posterior aos fatos, implicaria em ofensa à Constituição Federal, por violar o princípio do juiz natural.

Assim, é possível afirmar que, considerando a orientação atual do ordenamento jurídico brasileiro, não seria possível estabelecer em território nacional um tribunal *ad hoc* (*ex post facto*), ainda que internacional, haja vista que tal previsão entraria em conflito com o direito interno brasileiro.

No entanto, deve-se atentar para as razões pelas quais foram instituídos os tribunais *ad hoc* analisados. Todos eles surgiram diante de situações absolutamente extremas, que exigiam por igual, medidas extremas. As graves violações de Direitos Humanos cometidas por meio das atrocidades praticadas durante regimes totalitários, guerras civis e conflitos armados, sensibilizaram a comunidade internacional de modo a pleitear pela criação de tais tribunais para evitar que essas situações se repetissem no futuro.

Desta forma, apesar desses tribunais, à luz da legislação brasileira, violarem garantias individuais, por lesarem o princípio do juiz natural, sua atuação foi de todo benéfica no cenário global, totalizando um saldo positivo no quesito de tutela dos Direitos Humanos em âmbito internacional, humanização da guerra e reconciliação intencional.

Analisando, de um lado, o direito individual de não ser julgado por um tribunal estabelecido *post factum* e, de outro, o direito de milhares de pessoas à reconciliação entre os países, bem como o direito de ver responsabilizados aqueles que cometeram atrocidades até então imperdoáveis, chega-se à conclusão de que seria possível relativizar tal garantia individual em prol do benefício coletivo.

Considerações finais

O presente trabalho teve por objetivo fazer um panorama dos principais Tribunais Criminais Internacionais *ad hoc*, desde suas históricas criações, até uma análise de sua efetividade, buscando, com isso, debater o seu enquadramento ou não ao princípio do juiz natural, estabelecido como garantia constitucional brasileira.

Inicialmente foram analisadas as primeiras Cortes Penais Internacionais *Ad Hoc* do mundo, o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. O primeiro, destinado a punir e coibir as atrocidades cometidas durante o regime totalitário nazista que vigorou na Alemanha no século XX, e o segundo, criado para, de forma semelhante, punir e responsabilizar militares japoneses por violações a Direitos Humanos cometidos durante o Império. Também foram analisados os Tribunais para a Ex-Iugoslávia e Ruanda, que recentemente declararam encerradas suas atividades.

Em seguida, iniciamos a uma discussão acerca da efetividade dos referidos tribunais, observando os resultados de sua atuação perante o cenário internacional. Observou-se que os julgamentos proferidos pelos mesmos foram bastante efetivos e satisfatórios na responsabilização dos acusados de graves crimes contra a humanidade.

Posteriormente, passou-se a uma breve apresentação do que consiste o princípio do juiz natural, consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma garantia individual, previsto na Constituição de 1988. Após devidamente definido, buscou-se verificar a compatibilidade dos Tribunais *Ad hoc* com o referido princípio.

Por fim, verificou-se que apesar de incompatíveis os Tribunais *Ad hoc* com o princípio do juiz natural, suas atuações promoveram consequências tão positivas e significativas para a comunidade internacional, que seria possível e adequado relativizar essa garantia individual em benefício do interesse coletivo.

Referências

- Bachvarova, Elitza. **O Tribunal de Nuremberg como um Ícone da Justiça de Transição: Aspectos Históricos da Responsabilização Política e do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos.** Disponível em:
<<http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/9471/6992>>. Acesso em 08 ago 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1998. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 ago 2018.
- BRAY, Renato Toller. **Aspectos históricos e jurídicos da jurisdição penal internacional.** Disponível em: <
<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2324/aspectos-historicos-juridicos-jurisdicao-penal-internacional>>. Acesso em 13 ago 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O Papel dos Tribunais Na Evolução do Direito Internacional Contemporâneo.** Disponível em:
<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf> Acesso em 15 ago 2018.
- DE SÁ, Simone. **Jurisdições internacionais antecedentes ao Tribunal Penal Internacional.** Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=675e652a358f53f8>>.
Acesso em 08 ago 2018.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios.** Belo Horizonte: Mandamentos, p. 56.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional.** 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Introdução ao Direito Internacional Público.** São Paulo: Atlas, 2008.

KARIBI-WHYTE, Adolphus. Appeal Procedures and practices. In: MCDONALD, Gabrielle Kirk. SWAAK-GOLDMAN, Olivia. **Substantive and procedural aspects of International Criminal Law: The experience of international and national courts**, v. 1. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

KELLERMANN, Henry J. **Settling Accounts** — The Nuremberg Trial, Leo Baeck Institute Yearbook, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEVI, Daniel. **A institucionalização da moralidade cosmopolita: o Holocausto e os direitos humanos.** História Revista, [S.l.], v. 17, n. 1, dez. 2012. ISSN 1984-4530. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/historia/article/view/21697/12769>. Acesso em 08 ago 2018.

LIMA, Renata Mantovani de e; BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A Importância do Tribunal Penal Internacional para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos.** Revista Jurídica da UNIGRAN, Dourados/MS, v. 6, n. 11, p. 167 – 182, jan./jul. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 7 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 28.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

- ONU: A história da organização. Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em 08 ago 2018.
- RAMELLA, Pablo A. **Crimes contra a humanidade**. Trad. Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 9.
- RAMOS, LUIZ FELIPE GONDIN. **TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG ANÁLISE HISTÓRICA E LEGADO JURÍDICO**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/mono_ramos_tribunal_nuremberg_legado.pdf> Acesso em 08 ago 2018.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, 2004, ano 3, n. 12, p. 14.
- TRIAL. **The international military tribunal for the Far East**. Disponível em: <http://www.trial-ch.org/index.php?id=384&L=5&print=1&no_cache=1> Acesso em 08 ago 2018.
- United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <<http://www.icty.org/>>. Acesso em 13 ago 2018.
- University of Virginia School of Law. **The International Military Tribunal for the Far East**. Digital Collection. Disponível em: <<http://imtfe.law.virginia.edu/>>. Acesso em 13 ago 2018.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Origen del Estado constitucional mexicano (*)

Origin of the Mexican constitutional state

Alejandro de la Fuente Alonso ¹

Sumario: Introducción, Breve panorama histórico del constitucionalismo en México, Clasificación de las constituciones. – Conclusiones. – Referencias.

Resumen: México ha evolucionado en materia constitucional en diversos ámbitos, por lo que se hace necesario para comprender el escenario de futuro del Estado conocer sus antecedentes y la forma en cómo se ha tomado a la Constitución como una herramienta para detentar el poder.

Palabras clave: Constitución, Estado, Evolución constitucional.

Abstract: Mexico has evolved in constitutional matters in various areas, so it is necessary to understand the future scenario of the State to know its background and the way in which the Constitution has been taken as a tool to hold power

Keywords: Constitution, State, Constitutional evolution

(*) Recibido: 14 junio 2019 | Aceptado: 20 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Licenciado en derecho por la Universidad Veracruzana, Maestro en Economía y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Autor de obras individuales y coordinador de obras colectivas en materia jurídica, evaluador de artículos de revistas nacionales e internacionales. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, México.
dralejandrode@hotmail.com

Introducción

El Estado constitucional mexicano ha sufrido con el paso de los años diversas modificaciones plasmando su soberanía en diferente forma, tiempo y objeto; si hablamos de nuestra actual constitución encontraremos dos artículos en el título segundo, capítulo I de la soberanía nacional y de la forma de gobierno como son los artículos 39 y 40.

El artículo 39 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos refiere que: *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”* (CPEUM).

Al respecto, según Ferrajoli, la soberanía es el concepto, al mismo tiempo político y jurídico, en el que confluyen todos los problemas y contradicciones de la teoría positivista del Derecho y del Estado Constitucional Moderno este concepto es muy abstracto y es la causa de la ruptura en términos del pacto; si bien podemos imaginar el panorama internacional no existe la soberanía absoluta con una economía abierta, tratados internacionales, falta de identidad así como todo lo referente a relaciones interacciones sean ambientales, sociales, políticos y económicos a este fenómeno se le conoce como globalización (Cruz, 2010).

Por su parte, Grimm (2006) menciona que Hans Kelsen plantea una pirámide normativa tomada en cuenta en el siglo XX pero obsoleta para el constitucionalista moderno donde la ley absoluta (carta magna) reside en la cúspide, abajo se apoyan las leyes orgánicas, especiales, ordinarias, decretos y leyes por ultimo reglamentos, ordenanzas y sentencias.

Por otro lado, el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa lo siguiente: *“Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”* (CPEUM).

Cabe mencionar que la reforma al artículo 40 constitucional, mediante la cual se estableció que la República mexicana es laica, ha modificado la relación entre política y religión. La laicidad es ahora uno de los rasgos esenciales de nuestro Estado y, por ende, un principio que irradia” al resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, definir el contenido específico y los alcances de esta reforma es una tarea que apenas ha comenzado, más aún, se trata una tarea compleja si tomamos en cuenta tanto la tensa relación que históricamente ha existido entre Estado e Iglesia, como el contexto normativo en el cual se gestó la reforma al artículo 40 constitucional (Prieto Sanchís, 2002).

Es por ello que definir a México como una república laica es una respuesta nacional ante preocupaciones surgidas en el ámbito local, puesto que fueron cambios legislativos a nivel estatal los que crearon el contexto donde surgiría la propuesta de definir a México como una república laica. El más importante de ellos fue, sin duda, la despenalización del aborto realizada en 2007 por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y las acciones de inconstitucionalidad que en su contra presentaron tanto la Procuraduría General de la República como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Pérez Luño, 2009).

Casar, y Marván (2014) considera que lo más sorprende de dichas acciones, es que tanto el procurador como el ombudsman emplearon alegatos claramente metafísicos y religiosos para controvertir las reformas del legislador democrático, y si bien la Suprema Corte de Justicia finalmente concluyó que la despenalización del aborto era constitucional, el criterio de la mayoría de los ministros dejó un amplio margen a los congresos locales para que legislaran en esta materia. La decisión de la Corte desencadenó una oleada de contrarreformas en el ámbito local, de tal suerte que en menos de dos años, 18 estados ya habían realizado reformas para establecer el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Es en ese contexto, en donde las principales amenazas a la laicidad vienen desde lo local, que resurge la propuesta de definir a México como una república laica, y por ello la reforma al artículo 40 constitucional es una respuesta por parte del legislador democrático para limitar el retorno de la religión a la esfera pública, y no es casualidad que haya sido el artículo 40 constitucional el lugar donde se incorporó el principio de la laicidad (Estévez Araujo, 2004).

Cruz Villalón (2004) ha indicado que dicho artículo es una suerte de artículo ancla en la medida en que define principios esenciales que sirven de base o soporte para el resto del ordenamiento jurídico, al establecer que, además de representativa, democrática y federal, la República mexicana es laica, el poder reformador de la Constitución buscó que el federalismo no fuera usado como pretexto para justificar una mayor injerencia de lo religioso en la esfera pública.

Asimismo, casi a la par que se discutía la reforma en materia de laicidad, en la sede legislativa también fue aprobada una modificación por demás relevante al artículo 24 constitucional.

A diferencia de la redacción anterior, el nuevo artículo 24 constitucional establece no sólo la libertad religiosa, sino también las libertades de conciencia y de convicciones éticas; hace explícito que las personas tienen derecho a adoptar, pero también a no adoptar, cualquier tipo de creencias o convicciones; amplía el contenido de dichas libertades al establecer que podrían ejercerse individual o colectivamente, en público o en privado, mediante ceremonias, devociones o actos de culto; y reafirma la idea de que la religión ha de excluirse de la esfera pública al señalar que nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad religiosa con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política (Villoro Toranzo, 2008).

Por esa razón, Diego Valadés (2007) ha precisado que la reforma al artículo 24 es plenamente compatible con la definición de México como una República laica, más aún, al ser la laicidad un principio que irradia al resto del ordenamiento, el ejercicio de las libertades de religión, conciencia y de convicciones éticas ha de interpretarse en clave laica, esto es, partiendo de la base de que el ejercicio de dichas libertades corresponde a la esfera privada y no a la pública, entendida esta última como el espacio donde se toman las decisiones estatales.

El hecho de que México sea una República laica y no sólo un Estado laico tiene consecuencias directas en la manera en que han de actuar las autoridades estatales, la diferencia entre un Estado laico y una República laica se expresa, entre otras cosas, en un entendimiento específico del concepto de neutralidad (Villoro Toranzo, 2008).

Con relación a lo anterior, un estado laico es que el defiende tanto la autonomía de lo público como la autonomía de lo religioso; el que brinda un trato igualitario al no favorecer ni promover opción moral alguna; en cambio, en una República laica, la libertad se concibe no sólo como no interferencia, sino también como autonomía, y por ello se reconoce que un trato igual ante situaciones desiguales puede traducirse en un trato discriminatorio (Prieto Sanchís, 2002).

La neutralidad en una República laica, por tanto, demanda que las autoridades generen las condiciones necesarias para que todas las personas ejerzan a plenitud la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y en ese sentido, la reforma en materia de laicidad se encuentra en sintonía con el párrafo tercero del artículo primero constitucional, el cual exige una actitud proactiva por parte de los entes públicos al establecer la

obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Breve panorama histórico del constitucionalismo en México

La teoría constitucional asigna dos funciones a la figura de la reforma constitucional, la de proteger la Constitución de reformas carentes de justificación sólida, garantizando la permanencia de ésta y al mismo tiempo, la de permitir oportunas adecuaciones de sus contenidos a los cambios propios de las sociedades, esto es, la institución debe operar para lograr un adecuado equilibrio entre permanencia y adaptación de las disposiciones constitucionales (Cruz Villalón, 2004).

Por otra parte, el análisis de la institución de reforma a la Constitución puede realizarse privilegiando una visión formalista, esto es, mediante la revisión de los contenidos normativos que la regulan, pero también, desde una posición funcionalista, puede prestarse atención a los hechos que ocurrieron y que permiten conocer la eficacia de esas disposiciones normativas.

En cambio, Orozco Henríquez (1993) afirma que desde la perspectiva formalista parece correcto afirmar que el estudio de la evolución histórica en México de la reforma de la Constitución permite apreciar un cambio de función de esta institución, que operó en la segunda mitad del siglo XIX, específicamente a partir de 1857, y en efecto, las primeras Constituciones en México privilegiaron la función de protección o permanencia de la carta magna al establecer reglas de difícil cumplimiento y otras plenamente prohibitivas, por el órgano competente, para realizar reformas a las respectivas Constituciones, frente a la función de actualización o adaptación constitucional ante los posibles cambios de las sociedades de la época.

Esta visión proteccionista sufrió un cambio profundo en el constituyente de 1857 al permitir un procedimiento más sencillo para reformar la Constitución, de manera que el efecto de permanencia fue sustituido por el efecto de adaptación de la Constitución a los cambios sociales (Ruiz, 2004).

Sin embargo, desde una visión funcionalista es posible afirmar que 1857 no es el año adecuado para explicar el cambio de significado de la función de la reforma constitucional, desde la posición proteccionista hasta la adaptadora, ya que si bien es cierto que la regulación de esta institución es modificada en 1857, las correspondientes reglas no fueron en realidad aplicadas, porque la misma Constitución de 1857 no fue admitida y no logró el acuerdo básico que toda Constitución exige, pues lo que siguió fueron dos guerras civiles sangrientas entre 1857 y 1867 (Fuentes Mares, et al, 2007).

La derrota del bando conservador en 1867 significó no sólo el triunfo liberal, sino también un cambio de entendimiento de la Constitución, que a partir de

entonces contaría con una eficacia normativa y permitiría, en consecuencia, la aplicación de la institución de reforma constitucional, que diez años antes había mudado, formalmente hacia la función de adecuación constitucional.

Fue entonces que Estévez Araujo (2004) menciona que a partir de 1867, los actores políticos han hecho un intenso uso de la técnica de reforma de la Constitución como el mecanismo jurídico apropiado para modernizar la base del sistema jurídico. Puede entenderse que la función de adaptación ha sido la guía fundamental de las acciones del órgano encargado de las reformas constitucionales hasta la fecha.

En la experiencia mexicana puede entenderse que los desacuerdos esenciales entre las diversas corrientes y grupos fueron resultado del sustrato que abrigaban los fundadores de la patria, pues todos querían un código político sustentado en la razón, no un producto de un devenir histórico, que más bien se quería superar por siempre y sustituir por los nuevos aires que inspiraban la organización de la sociedad y las formas políticas: nuevas ideas, principios, instituciones y actitudes que habrían de encontrar acomodo en un texto normativo único, un nuevo código, revolucionario en tanto que no había otro propio al cual sustituía, pero con la pretensión de constituirse en el ordenamiento que diera forma definitiva a la sociedad de la cual emanaba (Clauss, 2008).

El mismo Estévez Araujo (2004) sostiene que la aspiración de definitividad que cada experiencia emisora de cartas constitucionales suponía era la base de los artículos reguladores de la reforma a la Constitución, que particularmente en las Constituciones primeras contenían disposiciones orientadas a impedir la reforma a la Constitución que se emitía, de esa manera, ya la Constitución de Cádiz dedicó su título X a la observancia de la Constitución y al modo de proceder para hacer variaciones en ella, pues contiene disposiciones para reformar a la Constitución.

La exposición de motivos de la Constitución mexicana de 1824 evidencia el sentido creador del trabajo del constituyente cuando califica su tarea como la obra más ardua, el Código fundamental que fija la suerte de la nación y sirve de base indestructible al grandioso edificio de la sociedad, pero, en cambio, la función de reforma constitucional no es un tema mencionado en este texto precursor de las normas, más bien convoca al cumplimiento de la Constitución para alcanzar la verdadera libertad (Ruiz, 2004).

Fue por esa razón que no es extraño que la primera Constitución vigente en el México independiente si bien establece cláusulas de reforma, lo hace con importantes limitaciones; ya que:

unas las fijó en el tiempo, en tanto que el artículo 166 estableció una facultad para las legislaturas de los estados para formular observaciones a la Constitución y al Acta Constitutiva, pero prohibió al Congreso General tomarlas en cuenta antes de 1830. Otras restricciones consistieron en la incorporación de contenidos normativos a los que la doctrina denomina cláusulas intangibles o cláusulas pétreas; es decir, contenidos constitucionales de imposible reforma, en los siguientes términos en su artículo 171: “jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y de la Acta Constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados (González Oropeza, 2008, p. 147).

La segunda Constitución con vigencia en México, denominada Constitución de las Siete Leyes de 1836, aunque la primera ley constitucional fue promulgada el 15 de diciembre de 1835, contiene también una natural pretensión de permanencia, puesto que incorporó la misma técnica de irreformabilidad parcial de su texto, como su predecesora de 1824, pero ahora referida sólo a una cuestión de temporalidad, sin incorporar cláusulas pétreas. Es así que la ley constitucional séptima, con seis artículos, estableció una importante prohibición al señalar que no podría reformarse dicha Constitución, sino hasta pasados seis años de su publicación, es decir, no antes de 1842 (Valadés, 2007).

Además, el artículo 2º de esa Ley fijó remisiones a otros artículos constitucionales que fijaban algunas importantes reglas de procedimiento, sin embargo, como resultado de alzamientos militares de los generales Paredes y Arrillaga, Santa Anna y Valencia, esta Constitución perdió vigencia, sin haber sido reformada, en octubre de 1841 (Ruiz, 2004).

Diego Valadés (2007) dice que más tarde, la nueva Constitución de corte centralista, publicada en junio de 1843 bajo la denominación de Bases Orgánicas de la República Mexicana, incorporó un inusual sistema de reforma. Lo novedoso fue que la única disposición sobre el particular hacía prácticamente equiparables el procedimiento legislativo de reforma a la Constitución con el procedimiento legislativo ordinario, salvo la votación, que señalaba la curiosa regla de que no se han de requerir ni más ni menos de dos terceras partes de votos de las dos Cámaras, es decir, habría de ser un número fijo de votos.

El documento constitucional que logró vigencia después de las Bases de 1843 fue la importante Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, que fue propiamente el resultado del genio de uno de los juristas de mayor altura del siglo XIX, como lo son Don Mariano Otero, integrante de la Comisión de la Constitución del nuevo Congreso Constituyente, éste convocado a raíz de un

nuevo alzamiento armado conocido como la rebelión de los polkos (González, 1998).

Por su parte, González Oropeza (2008) manifiesta que ese nuevo Constituyente había decretado en el único artículo del dictamen de Constitución, emitido el 5 de abril de 1847, un regreso liso y llano a la Constitución de 1824 mientras no se publiquen todas las reformas que determine hacerle el presente Congreso; Pero el jurista Otero logró convencer a los constituyentes de que no era conveniente únicamente reinstaurar la vigencia de la Constitución de 1824, y defendió la oportunidad de incorporar reformas a dicha carta, las cuales las propuso en un voto particular.

Al respecto, ha sido muy estudiado el importante texto de Otero, en el cual justifica los contenidos de las reformas propuestas por él en su voto, todas por demás interesantes y algunas de ellas de enorme efecto posterior en nuestro constitucionalismo, como el juicio de amparo (Hale, 1988). El Acta de Reformas fue un documento que incorporaba algunos contenidos diferentes a la Constitución de 1824, que ya había sido declarada vigente nuevamente por el Congreso Constituyente, es decir, formalmente la carta de 1824 fue reformada con el Acta, sin embargo, no pudo tampoco constituirse en un ejercicio de aplicación del procedimiento de reforma a la Constitución, por las circunstancias en que fue emitida y aprobada, esto es, un Congreso Constituyente constituido ad hoc (Grimm, 2006).

El siguiente documento constitucional que tiene interés es la Constitución de 1857, el cual fue un texto regulador de la reforma a la Constitución que logró eficacia en 1867, sin embargo, la historia parlamentaria del texto es importante, ya que el dictamen que la Comisión de la Constitución acompañó al proyecto de ésta no contiene referencia alguna al tema de la reforma constitucional, lo que puede significar que para este órgano constituyente no fue uno de los temas de mayor importancia, quizá por la propuesta que ofreció (González, 1998).

Es importante referir que, en el procedimiento parlamentario de la Constitución de 1857, la Comisión de Constitución presentó un texto original que proponía un mecanismo de reforma, según varios diputados constituyentes, era muy lento, ya que establecía varios pasos para la reforma.

Fue así que el primer paso era la aprobación de los textos que habrían de reformarse por una mayoría de dos tercios de los diputados del Congreso; un segundo paso lo constituía la publicación de dichos textos aprobados en todos los periódicos del país tres meses antes de la elección del Congreso siguiente; el tercer paso consistía en que en la elección del nuevo Congreso,

los electores se pronunciaran sobre esas reformas, y en caso de que las aprobaban, el cuarto paso establecía que el nuevo Congreso elaboraría las reformas y éstas serían votadas en las siguientes elecciones del Congreso de la Unión, y si las aprobaba la mayoría absoluta de electores, y el último paso consistía en la sanción del Ejecutivo como parte de la Constitución (Fuentes Mares, et al, 2007).

Por esa razón, la propuesta de regulación de la reforma constitucional conservó el espíritu protector de los textos constitucionales que había caracterizado a los anteriores textos constitucionales, dificultando el procedimiento de reforma.

Luis Prieto Sanchís (2002) menciona que ante las críticas por las dificultades del procedimiento propuesto en el proyecto de Constitución, la Comisión de Constitución lo retiró y presentó uno nuevo, mucho más simple, consistente en dos etapas: en la primera se exigía la aprobación del proyecto de reforma por dos tercios de los miembros del Congreso, y en la segunda, la aprobación por la mayoría de los electores en el momento de la elección al siguiente Congreso, que declarararía reformada la Constitución, en su caso. Al respecto, se considera que:

A pesar de la notable simplificación del procedimiento, tampoco éste fue aprobado por el Constituyente, en una memorable sesión del 26 de noviembre de 1856, la segunda en que el punto era discutido con oradores en pro y en contra del nuevo proyecto, la vigorosa crítica de Guillermo Prieto, diputado por Jalisco, apuntó que darle participación a los electores ofrecía gravísimos inconvenientes, pues ellos no estaban preparados para ejercer esta función en materia tan delicada como la constitucional, y propuso una solución diversa, en los siguientes términos: *“si no se quiere seguir el antiguo sistema, sométase la reforma al examen y voto de las legislaturas, verdaderos representantes de los Estados, y así se seguirá el principio federal”*, con lo cual pretendía que se sustituyera la intervención del electorado, pero que al mismo tiempo se salvara su participación, aunque a través de sus legítimos representantes integrantes de los congresos de los estados (González, 1998, p. 98).

Por tanto, el Constituyente de 1857 aprobó un método de reforma mucho más sencillo que los que habían estado previamente en vigor, con excepción de las Bases Orgánicas de 1843, asimismo, desaparecieron las cláusulas de intangibilidad, así como la participación de sucesivos Congresos o la invocación directa al electorado (Lucas Verdú, 1994). Este nuevo texto es el antecedente jurídico más inmediato de la gran mutación constitucional de 1867, ya que la expresión formal del texto constitucional alcanzada en 1857 no logró modificar algo más importante, como es la actitud constitucional de los actores políticos ante la norma fundamental (Fuentes Mares, et al, 2007).

Con relación a ello, Zagrebelsky refiere que lo que más importa no es el texto escrito sino lo que está supuesto, lo no escrito, es decir lo que se entiende por constitución porque esto último no logró modificarlo el texto aprobado en 1857, esto es, no se alcanzó el acuerdo que está en la base de cualquier Constitución (2000). De hecho, fueron las armas las que consiguieron el forzado acuerdo, en 1867, de una forma diferente de vivir la Constitución.

El triunfo de los liberales en 1867 trajo consigo la ejecución del programa liberal, el cual, tuvo como primero y principal propósito aplicar la Constitución, y este principio de acción incorpora la aplicación del método de reforma expresa a la Constitución y el consecuente abandono del ciclo perverso que había estado conformado por la emisión de una Constitución que incluía un texto expreso para lograr sus reformas, un levantamiento armado en contra de ella, el alzamiento armado traía aparejada la convocatoria a un nuevo congreso constituyente y de su trabajo surgía la emisión de una nueva Constitución, pero que volvía más tarde a ser desconocida, como había sido la historia constitucional hasta 1867, historia que será modificada con el triunfo liberal de ese año (Schmill Ordóñez, 2001).

A poco de haber reasumido la presidencia de la República, Benito Juárez, en julio de 1857, convoca a elecciones el 14 de agosto siguiente y somete a la consideración de la ciudadanía una propuesta de reforma constitucional, que proponía modificaciones al texto magno de 1857. Fue así que no puede obviarse el hecho de que, el presidente Juárez, al tiempo en que invoca el derecho del pueblo, contenido en la propia Constitución, de adicionarla o modificarla, a través de sus representantes, acuda al expediente de intentar obviar este procedimiento al preguntarle al pueblo si le autoriza el llevar a cabo esas modificaciones a la carta magna sin necesidad de aplicar el artículo 127 de ella (Peña, 2002).

Esta petición levantó muchas críticas, y careció de éxito, lo que le impidió debilitar al Congreso de la Unión y, consecuentemente, fortalecer al Ejecutivo, a través de la reinstauración del Senado, y a pesar de esa derrota política, Juárez logró incorporar seis reformas a la Constitución, y en cuatro de ellas echó mano de la técnica de las facultades extraordinarias, y sólo en dos más aplicó el procedimiento regulado por la ley fundamental.

Es importante resaltar que en 1867 hubo un cambio fundamental de actitud constitucional, en donde se expresa lo que se puede denominar la primera gran mutación constitucional, pues a partir de este momento el mecanismo de reforma a la Constitución se va a constituir en el instrumento fundamental de adaptación entre la norma y la realidad, entre la Constitución y la sociedad, pues posteriormente, las modificaciones a la carta magna fueron

realizadas con la intervención del órgano competente para reformar este texto (Valadés, 2007).

Durante el gobierno de Benito Juárez pueden señalarse dos tipos de reforma, una por la vía constitucional, es decir, aplicando el instrumento creado en el artículo 127 de esa carta constitucional, y el otro por la vía de poderes extraordinarios. Valadés (2007) considera tres reformas constitucionales previas a 1867, realizadas fuera de procedimiento, y una más, de noviembre de 1868, también fuera de procedimiento, as restantes dos reformas del periodo juarista siguieron el procedimiento de reforma constitucional y son posteriores a 1867.

Más adelante, durante la presidencia de Sebastián Lerdo de Tejada se emitieron dos grandes reformas, con la primera se incorporaron al texto constitucional los contenidos de las leyes de reforma y es de llamar la atención al mecanismo de reforma seguido en esta ocasión, pues el decreto de reformas del 25 de septiembre de 1873 con el cual fueron incorporados a la carta de 1857 los grandes principios jurídicos para regular la relación Iglesia y el Estado, no incorporó el señalamiento de los artículos modificados, sino que declaró que se adicionaban y reformaban cinco artículos a la Constitución, pero sin mencionar cuáles (Schmill Ordóñez, 2001).

La segunda gran reforma durante la presidencia de Lerdo fue del 13 de noviembre de 1874, que materializó la aspiración fundamental de Benito Juárez, restableciendo al Senado e incorporando la correspondiente regulación de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (Prieto Sanchís, 2002).

La aceptación plena de un órgano competente para reformar la Constitución, lograda en 1867, llevó a reconocerlo como el mejor y auténtico intérprete social, y se convirtió en el gran emisor de contenidos constitucionales, que incorporaba a la carta constitucional sus interpretaciones de la cambiante realidad, sus proyectos y afanes que, en su opinión, ameritaban elevarse al rango constitucional.

La Revolución mexicana daría un vuelco a la historia constitucional mexicana, pero después de ella, a la perspectiva, es decir, la actitud constitucional que surgió con la carta magna de 1917, consolidó el entendimiento del órgano revisor de la carta magna como el intérprete social privilegiado en que se había constituido desde 1867, y que se fortalecerá al paso de los años, como será claro por el número de las reformas realizadas por ese órgano, además, dicho entendimiento no será puesto en duda sino

hasta fines del siglo XX, y provocará un intenso debate en círculos académicos, en el foro y en los tribunales (Casar, y Marván, 2014).

La primera etapa de la Revolución mexicana, que llevó al derrocamiento del dictador Porfirio Díaz el 25 de mayo de 1911, fecha de la aceptación en la Cámara de Diputados de las renuncias del presidente Díaz y del vicepresidente Corral, tenía el objetivo precisamente de restaurar el orden constitucional creado por la Constitución de 1857 (Fuentes Mares, et al, 2007).

Fernando Tena Ramírez (1999) sostiene que esta temprana etapa tuvo una primera reforma constitucional, promovida por el presidente Madero, que consistió en la incorporación a la carta magna del objetivo fundamental que originó al movimiento revolucionario; esto es, la prohibición de reelección del presidente de la República, de los cargos de vicepresidente de la República y del gobernador y de los sustitutos de éstos.

La reforma fue promulgada el 28 de noviembre de 1911, tres semanas después de que Madero protestó como presidente constitucional, y existe noticia de otra reforma, en la misma época maderista, del 26 de abril de 1912, para establecer la elección directa de los cargos de presidente de la República, diputados y senadores al Congreso de la Unión, y se sabe que después de las dos reformas mencionadas no volverá a aparecer en escena el órgano reformador de carta sino hasta 1921 (Valadés, 2007).

Posteriormente, Venustiano Carranza pretendió que la ley fundamental fuera entendida como un conjunto de reformas a su predecesora y, en consecuencia, su iniciativa tiene el título de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma a la del 5 de febrero de 1857, y así fue publicada.

Sin embargo, Schmill Ordóñez (2001) afirma que es imposible admitir que la carta magna de 1917 es una continuación de la de 1857, toda vez que en 1916 ésta ya no existía, ni el órgano reformador creado por su artículo 127 constitucional ni tampoco el procedimiento para reformar la carta, es por ello que un tema diferente es el relativo a sus contenidos, puesto que es verdad que existen notorias y abundantes semejanzas de contenidos entre ambos textos, pero también es verdad que sus contenidos sociales, especialmente en las materias agraria, laboral y educativa, le imprimieron un sello profundamente social, del cual carecía la Constitución liberal de mediados del siglo XIX.

El Congreso Constituyente de 1916-1917 aprobó por unanimidad con 154 votos, y sin modificaciones, el texto del artículo 135 del dictamen de la correspondiente comisión de Constitución, creador del órgano revisor de

ésta, y cabe precisar que este texto fue idéntico al del artículo 127 de su predecesora, la de 1857, incluso podría suponerse que la aceptación de la privilegiada posición constitucional de este órgano, así como de las escasas reglas aplicables desde 1857 eran cuestiones que no generaron discrepancias entre los diputados constituyentes (Fuentes Mares, et al, 2007).

Los constituyentes de 1917 admitieron una posición de intérprete social privilegiado al órgano reformador, pero es notable que la ley que constituye el referente jurídico fundamental de la sociedad, se haya convertido en el ordenamiento con más alteraciones que cualquiera otra ley del orden jurídico federal mexicano, de tal manera que los números que muestran el activismo del órgano reformador de la Constitución son impresionantes, pues alcanzan más de 690 reformas a la carta fundamental, por esa razón como ejemplo se puede citar que de febrero de 1917 hasta enero de 2016 ha habido un total de 697 reformas al texto constitucional (Casar, y Marván, 2014).

Clasificación de las constituciones

Como resultado del estudio de las constituciones que han existido en diferentes lugares y épocas, se han clasificado en razón de la forma en que nacen, los procedimientos para modificarlas y la forma jurídica que presentan. Por lo que esa clasificación es analizada desde diversos puntos de vista como son: según su forma jurídica; según su reformabilidad y; según su nacimiento, aunque se sabe que existen Constituciones escritas y no escritas o consuetudinarias, las primeras se encuentran en un texto normativo, en forma de articulado, mientras que las segundas implican una serie de prácticas jurídicas y sociales de constante realización.

En ese sentido, según su forma jurídica, se resalta el hecho de que se clasifican así, de acuerdo a como está integrado el cuerpo jurídico normativo que se traduce en la autolimitación de su soberanía, y se clasifican a su vez en Codificadas como aquellas que se encuentran establecidas en un solo documento, o en su caso Dispersas, como aquellas que se encuentran contenidas en diversos textos legales (Zagrebley, 2000).

Por otro lado, con respecto a la reformabilidad, ésta se debe entender como la modificación de sus conceptos normativos, y precisamente ésta por consecuente no puede quedar en la facultad de aceptar una resolución irrestricta de los componentes del Estado, y por consecuencia esta obligación tiene que estar dirigida a los factores de diferentes tipos que los justifiquen, por lo tanto sus formas para reformarlas se dividen en:

- a) Rígidas, que son aquellas que para ser modificadas requieren de un complicado proceso, pero además requiere de la intervención del Congreso de la Unión o los Congresos Locales de las entidades federativas. Asimismo,

se encuentran las de tipo b) Flexibles, mismas que son las que para ser modificadas solo requieren de un proceso simple y ordinario, que es el mismo que está establecido para la creación de las leyes ordinarias (Valadés, 2007, p. 92).

La clasificación respecto a su nacimiento, se refiere a la forma en que fueron creadas, por lo que se dividen en: a) Otorgadas que son aquellas que se dan por voluntad de un sujeto, y dicho de otro modo nacen por la decisión de un poder supremo que da a los gobernados ese ordenamiento fundamental (Zagreblesky, 2000).

En cambio, b) las Pactadas son aquellas que se establecen por acuerdo entre los gobernantes y un grupo de individuos con influencia jurídica o política, son producto del acuerdo entre los diferentes grupos de poder de un Estado.

Por su parte, Villoro (2008) indica que las Impuestas, son aquellas en que un grupo de sujetos imponen al gobernante, se pueden entender que son establecidas por la voluntad del pueblo sin tomar en cuenta la voluntad del gobernante; por su parte, la que son por acto de soberanía popular, son aquellas que surgen de la voluntad de un pueblo, a través de sus representantes como el Congreso Constituyente, y finalmente, atendiendo a dichos criterios de clasificación, podemos concluir que; nuestra Constitución Política es Codificada, Rígida y Otorgada.

Ahora bien, respecto de las Constituciones que ha tenido México, se puede mencionar como antecedente al Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o mejor conocida como Constitución de Apatzingán de 1814.

El congreso de 1813, partiendo de los Sentimientos de la Nación, de Don José Ma. Morelos, proclamó la primera Constitución mexicana, o Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, conocida también como Constitución de Apatzingán, ya que se promulgó en ese lugar el 22 de octubre de 1814, y se destaca que esa Constitución, la cual era un documento con importantes principios políticos que reflejaban la necesidad de lograr una organización propia y autónoma, estaba conformada por 22 capítulos, integrados por 242 artículos, en los que se exponía, entre otros puntos, que América es libre e independiente de España y de cualquier otra nación, gobierno o monarquía, y que la soberanía dimana esencialmente del pueblo (Clauss, 2008).

García de Enterría (2005) indica que la Constitución de Apatzingán, que además de tener como antecedentes las Constituciones de Massachusset de 1780, de Estados Unidos de América de 1787 y de Pensilvania, también tomó inspiración de los textos de Ignacio López Rayón para establecer los derechos del hombre, la soberanía popular en su artículo 5º, entendida como

la facultad de dictar leyes y de establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad, estableciendo con lo anterior que la Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común y debe ser igual para todos; y la división de poderes contenida ya en su antecesora Constitución de Cádiz, gracias a las ideas de Locke y Montesquieu, conformada por el Supremo Congreso Mexicano, el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.

De esta manera, la Constitución de Apatzingán establecía los derechos humanos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, la religión católica como la única reconocida en el país, así como la ya mencionada división de poderes, además, para fines del sufragio instituía juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia.

Cabe destacar que, a pesar de ser una Constitución tan progresista y acabada para su tiempo, no llegó a regir un solo día. Como ya quedó establecido, la Constitución del 14 fue producto del movimiento insurgente, y su realización vino a terminar con lo comenzado en la independencia, esto es, afianzar la prosperidad del país (Pérez Luño, 2009).

Posteriormente se tuvo la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de Octubre de 1824. Sobre esta es importante mencionar que el texto Constitucional consta de 171 artículos distribuidos en VIII títulos.

El mismo Villoro (2008) menciona que en él se adopta, gracias al Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, el gobierno republicano federal, en analogía a lo establecido en la Constitución de Estados Unidos de América, dividiéndose la república en 19 estados, soberanos e independientes en cuanto a su régimen interior, y 4 territorios dependientes del gobierno del centro.

El poder supremo de la federación, que se consideraba emanado del pueblo, se dividía en ejecutivo, legislativo y judicial, además, el ejecutivo estaba a cargo de un presidente y un vicepresidente, que duraba en su ejercicio 4 años; el legislativo se depositaba en dos cámaras, de diputados y senadores, renovables cada dos años, y el judicial se confiaba a una Suprema Corte de Justicia, a los tribunales del circuito y a los jueces de distrito (González, 1998).

En la constitución se señalaba a la religión católica como oficial, conservándose igualmente los privilegios del clero y del ejército, que tanto mal acarrearían más tarde a la nación mexicana. Se estableció la libertad de imprenta, y se creó un Consejo de Gobierno, formado por la mitad de los senadores, uno por cada estado, presididos por el vicepresidente. Este

Consejo estaba encargado, entre otras cosas, de velar sobre la observancia de la Constitución, del Acta Constitutiva y leyes generales (Villoro, 2008).

Asimismo, se encargaba de hacer las observaciones que considerase convenientes al presidente de la República para el mejor cumplimiento de la Constitución y de las leyes de la Unión; otorgar su consentimiento para el uso de la milicia; nombrar dos individuos para que junto con el presidente de la Suprema Corte ejercieran provisionalmente el poder ejecutivo en el caso de producirse un impedimento temporal del presidente y vicepresidente cuando el Congreso no se encontrara reunido; y recibir el juramento por parte del presidente y vicepresidente sobre el debido cumplimiento de sus deberes al inicio de su encargo (Häberle, 2001).

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 24, representaba el antagonismo del centralismo virreinal, garantizaba la división de poderes dentro del gobierno nacional así como también dentro de la organización política social, de esta manera, la Constitución del 24 aseguraba la forma republicana representativa y popular de gobierno para cada estado de la federación (Villoro, 2008).

Uno de los principales problemas de la Constitución de 1824 fue el sistema de elección del presidente y vicepresidente, los cuales eran electos por votación de las legislaturas, y de los cuales ganaba la presidencia quien reuniera la mayoría absoluta de los sufragios; y aquél que le siguiera en votos, obtendría la vicepresidencia.

González (1998) indica que el hecho de que la vicepresidencia fuera para el vencido de la votación en la que resultó electo el presidente, trajo como consecuencia que las divisiones ideológicas y políticas surgieran inmediatamente, sucediéndose pronunciamientos y desórdenes que desencadenaron luchas fratricidas.

Más tarde se dieron las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1835. En este sentido, los conservadores libremente se dedicaron a hacer propaganda a favor del centralismo, con la complacencia de Santa Anna.

Cabe resaltar que en varios estados hubo pronunciamientos a favor de tal sistema, y en la misma ciudad de México el populacho recorrió las calles aclamando este sistema de gobierno hasta que por fin el 23 de octubre de 1835 el Congreso se declaró constituyente y adoptó las bases de una Constitución centralista mejor conocida como las 7 Leyes (González, 1998).

Entre los disturbios domésticos y la guerra de Texas, el Congreso prosiguió su misión constituyente. La nueva ley fundamental se dividió en siete

estatutos, razón por la cual a la Constitución centralista de que se trata se le conoce también como la Constitución de las Siete leyes (Villoro, 2008).

Según esa Constitución todos los gobernantes estarían sujetos al gobierno central, se suprimían las legislaturas de los estados para convertirlos en departamentos gobernados por juntas departamentales de 5 individuos que aconsejaban al gobernante; las rentas públicas de los departamentos quedaban a disposición del gobierno central; además se prorrogaba el periodo presidencial a 8 años y se creaba el cuarto poder: el Supremo Poder Conservador, encargado, entre otras cosas, de vigilar el cumplimiento de la Constitución (González, 1998).

Häberle (2001) afirma que las Siete Leyes entran en vigor en 1837 y, entre otras cosas, establecían la intolerancia religiosa a favor de la iglesia católica; se mantuvo el bicameralismo; el poder ejecutivo se cambió a 8 años; y el Consejo de gobierno quedó establecido por dos eclesiásticos, dos militares y nueve miembros de las clases sociales.

Se precisó la exclusividad del Congreso para resolver dudas sobre los artículos Constitucionales; y se impuso el voto censatario como requisito para ocupar los cargos de elección ciudadana; esto es, el presidente y el vicepresidente eran electos por los Congresos estatales, correspondiendo al de la Unión verificar el resultado de las elecciones.

En cuanto a la organización del Supremo Poder Conservador, ésta se encontraba detallada en 23 artículos contenidos en la segunda parte de las Bases Constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente del 15 de diciembre de 1835 (Häberle, 2001).

El Supremo Poder Conservador, conformado por 5 individuos (que podían ser reelectos), los cuales se renovaban cada dos años y que gozaban de facultades para declarar la nulidad de las leyes y decretos y los actos del poder Ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia, fue el primer tribunal creado ex profeso para juzgar exclusivamente los actos de autoridad emanados de los tres poderes generales y cuyas sentencias implicarían la nulidad general del acto impugnado (Villoro, 2008).

Además, González Oropeza (2008) menciona que las resoluciones del Supremo Poder Conservador requerían indispensablemente la absoluta conformidad de tres de sus miembros por lo menos, toda declaración y disposición tomada por el mismo y dada con arreglo a las disposiciones fijadas en la Segunda Ley Constitucional, y debe ser obedecida al momento y sin réplica por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución.

Asimismo, la formal desobediencia se tendría por crimen de alta traición. Como es evidente, muchos juristas sostenían que el Supremo Poder Conservador era un Tribunal de superhombres, impecables, desapasionados y de sabiduría absoluta, los cuales podían deponer presidentes, suspender Congresos, anular leyes, y destruir sentencias (García de Enterría, 2005).

Posteriormente se emitieron las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, por lo que se puede afirmar que en abril de 1842 el Congreso formuló un proyecto para una nueva Constitución, en el cual el diputado Mariano Otero propuso un gobierno republicano, representativo, popular y federal, así como un sistema de representación de las minorías, lo que ocasionó gran descontento de la fracción conservadora que derivó en diversos enfrentamientos, por lo que el Congreso fue disuelto. Sólo hasta junio de 1843 se sancionó una nueva Carta Magna, llamada Bases Orgánicas de la República Mexicana (González Oropeza, 2008).

Se debe resaltar que estas Bases, que solo estuvieron en vigor tres años, reiteraron la independencia del país, la organización política en República Centralista, y suprimieron al Supremo Poder Conservador que encabezaba el propio Santa Anna. Se instauró la pena de muerte y se restringió la libertad de imprenta, ratificando que el país protegía y profesaba la religión católica (González, 1998).

La elección de los representantes era indirecta, esto es, se dividió a la población en secciones de 500 habitantes, mismos que elegirán un elector primario; éste nombraba los electores secundarios, los cuales formaban el Colegio Electoral que a su vez elegía a los diputados al Congreso, y se destaca que el ejecutivo tenía un demostrado derecho de veto de leyes (Schmill Ordóñez, 2001).

Por otro lado, Valadés (2007) sostiene que con lo que respecta al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, se puede señalar que era la Constitución de 1824, pero reformada, puesto que se había intentado copiar el modelo de Constitución de Yucatán; y estas reformas mantenían la República federal; la división tripartita; el sistema legislativo bicameral; prevalecía la Suprema Corte; y el legislativo de ahora en adelante no conocería de vicepresidente.

Esta Constitución duró hasta 1849, cuando Santa Anna se auto proclamó dictador perpetuo. Cabe destacar que, en esta Constitución, junto con la de Yucatán, se establecieron los principios de los derechos de amparo, lo cual es considerado como una de las aportaciones jurídicas más importantes de México al mundo en esta materia.

En cambio, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857, fue considerada doctrinariamente avanzada, pero no

correspondía aun al desarrollo de México, porque, en el afán de imitar los principios individualistas del código francés, no se tomó en cuenta suficientemente la realidad de la vida del pueblo mexicano (Tena Ramírez, 1999).

Además, aunque contenía una tendencia liberal, todavía no se establecía una completa separación entre el gobierno y el estado, y en lo que respecta al gobierno agrario de México:

se cometieron errores de grandes consecuencias, pues por una parte se pretendía convertir al campesino mexicano en propietario individual, cosa que estaba en pugna con las costumbres comunales de nuestro pueblo; y por otra, al establecerse la desamortización de bienes de comunidades en general, no solamente de las religiosas, sino también de las civiles, los bienes de las comunidades rurales como los ejidos, montes, aguas, fueron repartidos y esto provocó el despojo de las tierras de muchos pueblos, pues los campesinos, ignorantes, vendieron los títulos que les entregaban a los hacendados, incrementándose el desarrollo del latifundismo (González Oropeza, 2008, 176).

Es importante resaltar que el estatuto en que se basó la Constitución del 57 está dividido en nueve secciones y 125 artículos; inspirado en la Constitución de 1824 y en las Bases Orgánicas de 1843, ratificaba la independencia nacional, indicaba las obligaciones de los habitantes de la República, señalaba quiénes tenían el carácter de mexicanos, de ciudadanos y contenía una sección dedicada a las garantías individuales de libertad, seguridad, propiedad e igualdad, aunque no hacía señalamiento alguno en cuanto a la forma de gobierno, hasta que se estableció la Constitución, en sus títulos segundo y tercero (Peña, 2002).

Por su parte, Fernando Tena Ramírez (1999) ha dicho que la Constitución de 1857 estaba formada por ocho títulos y 128 artículos, más uno transitorio, entre otras cosas señalaba, en su artículo primero, los derechos del hombre, los mexicanos, los extranjeros y los ciudadanos mexicanos, y en 29 artículos destaca el reconocimiento de los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales.

Esta Constitución, de tipo federalista, ya señalaba las libertades de petición, de expresión y de imprenta; la soberanía nacional, en el artículo 39, donde estipula que ésta reside esencial y originariamente en el pueblo, ejercida mediante los Poderes de la Unión, así como el que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio, el cual cuenta con el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Las leyes de reforma, afirma Diego Valadés (2007), concretaron la separación iglesia-estado, y cabe mencionar que esta separación religiosa

que llevó a cabo Juárez fue posible, entre otras cosas, por la educación, pues antes de esto la impartía el clero, ahora el estado, de esta manera se creó un adoctrinamiento desde las escuelas para educar a las generaciones venideras con estas nuevas ideas, para así el estado conservar el poder. Además, se crearon ritualidades en materia civil para reemplazar las utilizadas por la iglesia, y así evitar que la gente sintiera una “desvalorización” de sus actos sociales.

Por último, es necesario enfatizar como lo sostiene Casar, y Marván (2014) que a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, e indicar que en 1910 se inicia el movimiento armado de la Revolución Mexicana, a causa de las condiciones sociales, económicas y políticas generadas por la permanencia de Porfirio Díaz en el poder por más de 30 años, este movimiento es justamente el contexto en el que se promulga la Constitución de 1917 que rige en México hasta la fecha.

Venustiano Carranza, en su carácter de primer jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, convocó en diciembre de 1916 al Congreso para presentar un proyecto de reformas a la Constitución de 1857 (Hale, 1988).

El documento sufrió numerosas modificaciones y adiciones para ajustarse a la nueva realidad social del país. Así, se promulgó el 5 de febrero de 1917 la Carta Magna vigente, en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro, que conjuntó los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, y que por su contenido social, ha sido definida como la primera Constitución de corte social del siglo XX en el mundo (Schmill Ordóñez, 2001).

La nueva Constitución incluía una gran parte de los ordenamientos de la de 1857, especialmente lo referente a los Derechos Humanos, a la letra como Garantías Individuales. La forma de gobierno siguió siendo republicana, representativa, demócrata y federal; se refrendó la división de poderes en Ejecutivo, Judicial y Legislativo, si bien este último dejó de ser unicameral para dividirse en cámaras de Diputados y Senadores (Peces-Barba, 2002).

Se ratificó el sistema de elecciones directas y se decretó la no reelección, suprimiendo la vicepresidencia y dando mayor autonomía al Poder Judicial y más soberanía a los estados, y en este marco se creó el municipio libre, y se estableció un ordenamiento agrario en el país relativo a la propiedad de la tierra.

Al respecto, Lucas Verdú (1994) manifiesta que la Constitución vigente determina la libertad de culto, la enseñanza laica y gratuita y la jornada de trabajo máxima de 8 horas, y reconoce como libertades de expresión y asociación de los trabajadores. Esta Constitución ha experimentado

múltiples modificaciones a fin de responder a los cambios políticos y sociales de nuestro país; entre ellas son particularmente importantes las referidas a la organización electoral, ya que permiten un mejor ejercicio del sistema democrático que la propia ley fundamental consagra.

En ese ámbito son significativas las reformas de 1953, en que se otorgó derecho de voto a las mujeres, y de 1969, en que se concedió la ciudadanía a todos los mexicanos mayores de 18 años, así como las sucesivas reformas electorales de 1977, 1986, 1989, 1990, 1993, 1994, y 1996 destinadas a garantizar elecciones plenamente legales, limpias, imparciales y respetuosas de la voluntad popular (Peña, 2002). En la actualidad, por mandato constitucional, el voto es universal, libre, directo y secreto para los cargos de elección popular, y los partidos son entidades de interés público.

Conclusiones.

Las Constituciones mexicanas han sido un reflejo de la realidad material prevaleciente de la nación en un momento determinado de su historia, ya que en ellas se descubren los anhelos más profundos de sus creadores, quienes en sus promulgaciones manifiestan el sentir de la mayoría de la ciudadanía, e intentan con la elaboración de nuevas leyes proporcionarle al pueblo una certeza jurídica, que genere una estabilidad político-económica, y que signifique una seguridad social para todos los habitantes de un mismo territorio.

Sin embargo, como el proceso no siempre fue de esta manera, y es que la historia de las Constituciones en México es relativamente corta; en muchas ocasiones este escaparate de doctrinas, que es la Constitución, ha sido utilizado por algunos cuantos como un medio para alcanzar, justificar o retener el poder.

Esto es debido a la incipiente experiencia que se ha tenido y se tiene en la materia; la nación se ha visto obligada a llevar a cabo un método de *prueba y error* en los ámbitos de organización y distribución del gobierno y sus organismos jurisdiccionales.

Así pues, a lo largo del tiempo el país ha sufrido muchos cambios estructurales internos, propuestos algunas veces a la fuerza por líderes revolucionarios que en su mayoría sólo han querido usurpar y vivir del poder. No obstante de que como nación hemos vivido una especie de siglo de caudillos, todos y cada uno de los cambios en el país han sido significativos.

El progreso de México y la evolución de sus organismos institucionales han costado mucho dinero, vidas y tiempo, pues la sangre derramada por aquellos

revolucionarios es lo que ha permitido que la semilla de la democracia y del buen gobierno siga germinándose, aunque lento, en el suelo mexicano.

Desde luego, el estudio de la historia de las Constituciones debe hacerse atendiendo a un determinado marco de referencia temporal, ya que la ideología de los personajes ilustres que han dado luz a las leyes mexicanas desde antaño, si acaso funcionaron, es porque fueron realizadas en una realidad social material que demandaba aquellos ordenamientos, con esos señalamientos específicos que respondían a las necesidades contemporáneas de un tiempo determinado.

Referencias

- Casar, M. y Marván, I. (2014). Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2012. México: Taurus.
- Clauss O. (2008). Partidos políticos y nuevos movimientos sociales. Madrid: Sistema.
- Cruz Villalón, P. (2004). La Constitución inédita. Madrid: Trotta.
- Estévez Araujo, J. (2004). La constitución como proceso y la desobediencia civil. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid: Trotta.
- Fuentes Mares, J. Et Al. (2007). Las Constituciones de México: 1857 y 1917. México: Centro de Estudios Históricos del Colegio de México.
- García De Enterría, L. (2005). La constitución como norma y Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.
- González Oropeza, M. (2008). Los congresos constituyentes durante los últimos 150 años de México. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- González, M. (1998). Historia del derecho mexicano. México: UNAM-Mc-Graw-Hill.
- Grimm, D. (2006). Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2001). El Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hale, C. (1988). La tradición del derecho continental europeo y el constitucionalismo en el México del siglo XX: el legado de Emilio Rabasa. México: FCE.
- Lucas Verdú, P. (1994). Curso de Derecho político. Madrid, Trotta.

- Orozco Henríquez, J. (1993). El derecho constitucional consuetudinario: México: UNAM.
- Peces-Barba, G. (2002). El fundamento de los derechos humanos. Madrid: Debate
- Peña, J. (2002). La formación histórica de la idea moderna de ciudadanía. Madrid: Debate.
- Pérez Luño, E. (2009). Derechos humanos. Estado de derecho. Constitución. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (2002). Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra.
- Ruiz M, A. (2004). Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta.
- Schmill Ordóñez, U. (2001). El sistema de la Constitución mexicana, 2a. ed., México: Porrúa,
- Tena Ramírez, F. (1999). Leyes fundamentales de México de 1808-1973, 5a. ed. México: Porrúa.
- Toqueville, A. (1995). La democracia en América, Madrid, Aguilar.
- Valadés, D. (2007). Las funciones de la reforma constitucional. México: UNAM.
- Villoro, L. (2008). Estado plural. Diversidad de culturas. México: Paidós.
- Zagrebesky, G. (2000). El derecho dúctil. Madrid: Trotta.

O direito à educação em cenários de crise ^(*)

The right to education in crisis situations

El derecho a la educación en escenarios de crisis

Gisele Aparecida Martins Moreira¹

Maria Gabriela Navarro de Andrade Rezende²

Tauã Lima Verdán Rangel³

Sumário: Introdução. **1.** Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **2.** A natureza programática dos direitos

(*) Recibido: 01 abril 2019 | Aceptado: 12 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. giselemartins0311@gmail.com

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. navarrogabi98@icloud.com

³ Professor Orientador. Pós-Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense “Darcy Ribeiro”. Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campus Bom Jesus do Itabapoana-RJ e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (IESES) – Unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. taua_verdan2@hotmail.com

sociais. **3.** O direito à educação à luz do ordenamento brasileiro.
– Conclusão. – Referências.

Resumo: O objetivo do presente é analisar o direito à educação à luz de cenários de crise. Como é cediço, o Texto Constitucional de 1988 foi responsável, dentro do contexto jurídico brasileiro, de efetuar uma ampliação significativa e densa no rol dos direitos fundamentais. Neste sentido, o artigo 6º reconheceu, de maneira expressa, o direito à educação como direito social, ou seja, direitos de prestação positiva e que reclamam uma atuação positiva por parte do Estado. In casu, o rol do artigo 6º, além de consagrar direitos vinculados ao ideário de mínimo existencial social e à promoção da dignidade da pessoa humana, traduz-se como locus em que o Estado deve propiciar, por meio de políticas públicas direcionadas, a efetivação dos direitos supramencionados. Ademais, ao se analisar especificamente o direito à educação, é perceptível que a concretização implica diretamente no processo de formação do cidadão, por meio do contato com a informação e construção do senso crítico acerca da realidade estabelecida. A metodologia empregada parte do método historiográfico e do método dedutivo, auxiliado de revisão de literatura, sob o formato sistemático, como técnica de pesquisa. Como base teórica, o presente empregou a construção teórica de Flávia Piovesan para o debate proposto.

Palavras-chave: direitos sociais, direitos fundamentais, direitos programáticos, direito à educação.

Abstract: The purpose of the present is to analyze the right to education in the light of crisis scenarios. As it is, the 1988 Constitutional Text was responsible, within the Brazilian legal context, for a significant and dense expansion in the role of fundamental rights. In this sense, Article 6 has expressly recognized the right to education as a social right, that is, rights of positive benefit and that demand a positive performance by the State. In casu, the role of article 6, as well as consecrating rights linked to the ideals of social minimum existential and promoting the dignity of the human person, translates as locus in which the State must provide, through directed public policies, the effective of the abovementioned rights. Moreover, in analyzing specifically the right to education, it is perceptible that concretization directly implies the process of citizen formation, through contact with information and construction of critical sense about established reality. The methodology used is part of the historiographic method and the deductive method, aided by literature review, under the systematic format, as a research technique. As a

theoretical basis, the present employed the theoretical construction of Flávia Piovesan for the proposed debate.

Keywords: social rights, fundamental rights, programmatic rights, right to education.

Resumen: El objetivo del presente es analizar el derecho a la educación a la luz de escenarios de crisis. Como es sabido, el Texto Constitucional de 1988 fue responsable, dentro del contexto jurídico brasileño, de efectuar una ampliación significativa y densa en el rol de los derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 6 reconoció de manera expresa el derecho a la educación como derecho social, es decir, derechos de prestación positiva y que reclaman una actuación positiva por parte del Estado. En el caso de las mujeres, el número de mujeres en edad fértil es mayor que el de las mujeres en general, respecto de los derechos antes mencionados. Además, al analizar específicamente el derecho a la educación, es perceptible que la concreción implica directamente en el proceso de formación del ciudadano, por medio del contacto con la información y construcción del sentido crítico acerca de la realidad establecida. La metodología empleada parte del método historiográfico y del método deductivo, auxiliado de revisión de literatura, bajo el formato sistemático, como técnica de investigación. Como base teórica, el presente empleó la construcción teórica de Flávia Piovesan para el debate propuesto.

Palabras clave: derechos sociales, derechos fundamentales, derechos programáticos, derecho a la educación.

Introdução

O presente artigo analisa o direito à educação e como é assegurada no ordenamento jurídico. Aborda os princípios que são necessários para o exercício pleno desse direito, que além de contextualizar, são base para o desenvolvimento educacional, como: o princípio da dignidade humana, os direitos fundamentais, os direitos sociais e o próprio direito a educação, sendo todos assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Como o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais, são caracterizados os direitos mais básicos do indivíduo, como sua própria dignidade por ser uma pessoa e a proteção ao mesmo. Os direitos

fundamentais terão a função de assegurar esses direitos, de forma que a relação entre Estado indivíduo e texto normativo converse entre si e os cidadãos.

Ainda, através dos direitos sociais são tratados os direitos que o Estado deve fornecer ao indivíduo, buscando e proporcionando a qualidade de vida. Além, de ser uma inovação na própria Constituição, dado ser a primeira abordar de forma própria, traz como um de seus direitos assegurados o direito à educação.

Assim, analisando todo o contexto que foi formado para se chegar até a educação como direito, é analisada a forma como os direitos à educação são assegurados, como era introduzido em outras constituições e como expandiu a garantia desse direito, através da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

A metodologia empregada parte do método historiográfico e do método dedutivo. No que concerne ao método historiográfico, o artigo proposto analisa a construção e o reconhecimento histórico do direito à educação e sua vinculação com o processo de resistência e reivindicação social. No que atina ao método dedutivo, emprega-se o recorte microcomparativo legislativo, analisando o tratamento constitucional sobre o tema proposto. Como técnicas de pesquisa, utilizou-se a revisão de literatura sob o formato sistemático.

1. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, da etimologia latim “dignus”, refere-se a todo indivíduo que mereça honra, como um valor importante de seu meio. (FREITAS; GOMES, 2010, s.p). Assim, a dignidade se torna um requisito para o exercício do respeito e proteção ao ser humano, que através deste, é merecedor independente de sua raça, sexo ou situação econômica. (MOTTA, 2013, s.p)

Sendo assim, o ser humano não poderá jamais ser considerado como um objeto. Negando qualquer forma de tratar o indivíduo excluindo sua importância. A necessidade de tratar essa questão surgiu após a Segunda Guerra Mundial, em que pessoas foram vítimas de atrocidades, ferindo os seus direitos mais básicos. Desta forma, positivizar a dignidade humana na Constituição foi uma resposta prática a tais barbaridades cometidas pelo nazi-fascismo. (FREITAS; GOMES, 2010, s.p)

Após 20 anos do regime civil-militar no território nacional, o sistema normativo brasileiro, destacou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Para tanto, reconheceu a concepção de dignidade da pessoa humana vinculada à promoção do respeito e da segurança dos direitos

básicos, transformando-a, para tanto em base para se ter ordenamento jurídico mais justo e democrático. (FREITAS, GOMES, 2010, s.p)

A Constituição Federal de 1988 expõe no art. 1º, no inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República Brasileira. Desta feita, não se trata de disposição meramente inspiradora, mas sim disposição de cunho orientador e vinculador de todo o ordenamento jurídico, construindo o Estado Democrático de Direito, com o propósito de aplicação e interpretação a respeito das atividades jurídicas. (MOTTA, 2013, s.p).

Característico do jusnaturalismo, a dignidade humana é vista como algo próprio do ser humano, possuindo atributos inatos ao indivíduo. (BERNADES; CALCAGNO, s.d, s.p). É um fundamento do Estado Democrático de Direito, que se constitui do valor superior na democracia que irá fundamentar todo o ordenamento jurídico (BLUBLITZ, PEZZELLA, 2014, p. 250). Ainda neste contexto, Bublitz e Pezzella sustentam que:

A dignidade da pessoa humana, em breves linhas, portanto, deve ser vista como o direito individual protetivo de receber tratamento igualitário, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, suprindo as carências físicas, intelectuais, econômicas ou sociais. (BUBLITZ; PEZZELLA, 2014, p.253)

Ainda em exame, a dignidade da pessoa humana é considerada fundamental para a formação do ser humano. Desta feita, não é permitida a supressão da dignidade do indivíduo, mesmo quando o próprio prover ações contra sua própria dignidade ou a do próximo (RIBEIRO, SIQUEIRA, s.d, s.p). A dignidade é reconhecida a todos os indivíduos.

Além disso, não é porque a dignidade tem um caráter absoluto, ou seja, o fato dela não possuir gradações no objetivo de existirem pessoas com maior ou menor dignidade, quer dizer que a dignidade humana, de acordo com os entendimentos, seja um princípio absoluto. Visto que, por mais que tenha uma força elevada na ponderação, o seu desempenho, bem como os dos demais princípios, acontece em graus distintos, conforme as possibilidades fáticas e jurídicos presentes. (ROSÁRIO, 2017, s.p)

A norma jurídica reconhece seu próprio significado no valor da dignidade da pessoa humana, tornando-se seu próprio início e o final no encargo de interpretação normativa. Desta forma, emprega-se a dignidade da pessoa humana como o verdadeiro princípio a direcionar o Direito Internacional e o Interno. (PIOVESAN, 2011 *apud* ROSÁRIO, 2017, s.p). Nesse sentido, Flávia Piovesan:

A dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 2011 *apud*. ROSÁRIO, 2017, s.p).

Assim, a dignidade humana exerce um papel unificador em relação aos direitos fundamentais. Este, por sua vez, funciona como uma extensão deste princípio. Exigir proteção através da dignidade da pessoa humana, é exercer também os direitos fundamentais. Mantendo-se por meio da dialética, aspectos da dimensão individual, como também social. (FALCÃO, 2013, p.233)

De acordo com Dimoulis e Martins (2007 *apud* GOMES; FREITAS, 2010, s.p), é compreendido que, para que haja alguma pronúncia sobre direitos fundamentais, é necessário ter presente três fundamentos: Estado; indivíduo; texto normativo regulador da conexão existente entre o Estado e os indivíduos. Desta forma, essas situações se mostraram reunidas apenas na segunda metade do século XVII. Até então é assegurado que sem a vivência do Estado, tais direitos não conseguiriam ser firmes e realizados.

Dimoulis e Martins (2007 *apud* GOMES; FREITAS, 2010, s.p), também, destacam que antigamente, a população era vista como integrantes de grandes ou pequenos grupos (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo empregadas a tais grupos e privadas de direitos próprios. Adiante, nas constituições presentes, o sujeito passou a ser classificado como um ser moral, livre e autossuficiente, proporcionando a si a certificação de direitos individuais, como a autonomia, a igualdade e o domínio. Sandoval Alves da Silva salienta que:

Os conceitos dos direitos fundamentais foram desenvolvidos com a união da organização do Estado em cada período histórico, tratando-se da ligação entre o Estado e os submissos, visto que diante esse vínculo, são definidos os direitos, garantias e as liberdades dos cidadãos. (SILVA, 2007, p.22 *apud* GOMES; FREITAS, 2010, s.p).

No título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontram-se os direitos e garantias fundamentais, sendo dividido em cinco partes, tais como: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Tendo assim:

a) Direitos individuais e coletivos: sendo os direitos referentes a concepção a pessoa humana e o seu caráter, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esses direitos são encontrados no artigo 5º da CF;

b) **Direitos sociais:** esses direitos são associados aquilo que o Estado deve fornecer, tais como a educação, alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. Esses direitos são encontrados a partir do artigo 6º da CF;

c) **Direitos de nacionalidade:** são aqueles que possuem elo jurídico-político entre cidadão e certo Estado, desta forma, o cidadão passa a integrar o Estado. Esses direitos são encontrados no artigo 12º da CF;

d) **Direitos políticos:** é permitido que o cidadão exerça a sua cidadania, contribuindo de maneira positiva nos acordos do Estado. Esses direitos são encontrados no artigo 14º da CF;

e) **Direitos relacionados à existência, organização, e a participação em partidos políticos:** garante a soberania e a liberdade total dos partidos políticos para conservar e fornecer proteção ao Estado Democrático de Direito. Esses direitos são encontrados no artigo 17º da CF.

Segundo Benvenuto (2001), conforme citado por Iurconvite (2007, s.p) a Constituição Brasileira de 1988 é inovadora, pois, é a que melhor compreende os Direitos Humanos em geral. Sendo em marcos da qualidade dos direitos relacionados, como da visão encravada na obra constitucional. Ora, o Texto de 1988, ao afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, alça, por via de consequência axiológica, o reconhecimento dos direitos fundamentais como instrumentos indissociáveis e inerentes ao indivíduo no que concerne ao seu desenvolvimento, bem como ao estabelecimento de um patamar mínimo imprescindível.

2. A natureza programática dos direitos sociais

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 expõe, numa versão recente, através do seu caráter universal e indivisível a nova concepção desses direitos. Assim, através da consagração dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, este documento mescla a pauta liberal e social do ser humano como cidadão que passa conciliar os valores de liberdade e igualdade. Ao conjugar estes valores, a declaração define os direitos humanos como indivisível e interdependente. (PIOVESAN, s.d, p.90-91). Ainda, cabe destacar, que a declaração é constituída como parâmetro e regra para o mundo todo, e que sem dúvida, é uma de suas maiores qualidades. (PIOVESAN, s.d, p.93)

Para tratar da progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais foram determinadas obrigações ao Estado que visavam o cumprimento destes direitos. Assim, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais de 1966, em documento, impôs aos Estados, a tarefa de se mover em direção aquele fim. (DUARTE, 2007, p. 699), de forma a ampliar os direitos políticos e civis que compõem a Declaração dos Direitos Humanos, o pacto preserva os princípios básicos para o indivíduo como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e autodeterminação dos povos, reconhecendo também a universalidade destes direitos. (LAMOUNIER, MAGALHÃES, 2008, s.p)

Em 1969, após os movimentos em relação aos direitos do cidadão, de 1948 e 1996, surge O Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos que ficou conhecido por fixar um acordo internacional para a proteção de Direitos Humanos em países do seu continente. Partindo fundamentalmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que se é proposto a garantia aos direitos básicos. (ÁVILA; HOLANDA, 2017, p.76). Deste modo, esta convenção visou assegurar no continente americano os direitos essenciais para o indivíduo, como direito à vida, além de garantir direitos como liberdade religiosa, de ideias, pensamentos e da própria consciência (ÁVILA; HOLANDA, 2017, p.78).

Outro documento de importância histórica para os direitos sociais é a Constituição Federal de 1988, que possibilita a legislação das garantias e consequentemente dos direitos fundamentais de forma sólida, constituindo um regime democrático brasileiro. (MARCHINI NETO, 2012, p.82). Ganha-se importância também de uma forma nunca vista antes, a proteção dos direitos políticos, civis e sociais, transformando assim, a atual Constituição muito avançada. Nesse sentido, Jorge Miranda sustenta que:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. (MIRANDA, 1988 *apud* MARCHINI NETO, 2012, p.82).

Ainda, a Carta Magna de 1988, além de promover a dignidade humana como sua essencialidade, ainda inova ao inserir os direitos sociais, contidos no Capítulo II, Título II da Constituição. Expandindo os conceitos de direitos e garantias, que antes era abordado de forma espalhada nos assuntos de ordem social e econômica, passando agora a possuir título próprio para abordagem dos seus direitos. Além, de acolher a premissa que os direitos a liberdade e a igualdade não podem ser separados. (MARCHINI NETO, 2012, p.85)

Dessa forma, os direitos sociais objetivam assegurar aos indivíduos condições para a garantia da utilização de seus direitos, através da intervenção do Estado. Trata-se, pois, da exigência de uma postura positiva do Estado no que concerne à promoção e efetivação de direitos que reclamam

dadas à sua natureza constitutiva, instrumentos, políticas e esforços para a concretização. Propondo na ordem social que seus direitos referidos a alimentação, a moradia, a educação, o trabalho como seus direitos básicos, deve ser garantida pelo Estado. (PESSOA, 2011, s.p)

Assim, tais direitos, emergiram no século XIX, através da Revolução Industrial. Como resposta ao grande excedente de mão-de-obra, o desemprego ter se elevado e o grande aumento da miséria, como consequência da substituição do homem pela máquina, que naquele contexto, cominou na desigualdade social e notoriamente a intervenção do Estado para assegurar estes direitos para a população. (PESSOA, 2011, s.p)

Contudo, estes direitos foram chegar em sua máxima importância no século XX, surgindo de uma nova visão sobre a repartição de capital e trabalho, através do socialismo e marxismo, implantando os direitos sociais na esfera jurídica, sendo tratados por assuntos políticos, visando a queda do capitalismo. (PESSOA, 2011, s.p). Deste modo, é exposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Estes direitos objetivam buscar a qualidade de vida. Assegurados através de normas positivas pelo Estado, de forma direta ou indireta, proporcionar circunstâncias melhores no padrão de qualidade de vida, equalizar as desigualdades sociais e garantir o direito a igualdade. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de aparatos ao cidadão brasileiro, garantindo sua dignidade e condições de trabalho e seus ideais, expondo uma grande preocupação em relação aos direitos sociais brasileiros. Assim, para estabelecer um bem-estar social no Brasil, estão inseridas na Constituição. (PESSOA, 2011, s.p.).

Os direitos sociais, ainda, influenciam muitas questões doutrinárias, essencialmente quando se trata da sua efetividade e a existência de aparelhos jurídicos para assegurar a sua concretização. Ainda assim, os direitos sociais se tornaram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como citado no art. 22:

Art. 22 Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento de sua personalidade. (ONU, 1948, p.13)

É normal se deparar com ideias no sentido de negação do valor jurídico dos direitos sociais, rotulando-os como declarações de boas intenções, puro comprometimento jurídico. Desta forma, os registros que consagram os direitos sociais são classificados registros de caráter político, impossibilitado de exigir prestações estatais. (ABRAMOVICH, 2011 *apud*. FREITAS, 2016, s.p).

A efetividade dos direitos sociais é compreendida como a realização de aplicações jurídicas no âmbito dos fatos, melhor dizendo, ela estabelece a concretização do Direito. A efetividade transparece uma proximidade íntima entre o ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1996, p. 83 *apud* MORAES, 2010, s.p).

Essa interpretação é confundida com a noção de eficácia social oferecida por José Afonso da Silva, que diferencia a eficácia em eficácia jurídica e eficácia social.

A eficácia é a técnica de alcançar objetivos pré-fixados como meta. Referindo-se a normas jurídicas, a eficácia constitui-se da prática de alcançar os propósitos nela representada, que em uma última análise, ela tende a efetuar os princípios jurídicos atingidos pelo legislador. Uma norma não precisa necessariamente ser socialmente eficaz para que tenha uma eficácia jurídica, ou seja, ela pode produzir efeitos jurídicos, tendo como exemplo, o de anular normas antecedentes, e não ser efetivamente realizada no plano social. (SILVA, 1998 *apud*. MORAES, 2010, s.p).

As definições de efetividade e eficácia familiarizam-se até então com o de aplicabilidade, segundo elucida Ingo Sarlet, que retorna mais uma vez ao conteúdo de José Afonso da Silva para registrar que eficácia e aplicabilidade são fatos ligados, visto que a eficácia é apontada como potencialidade (a oportunidade de conceber impactos jurídicos) e a aplicabilidade, vista como o motivo pelo qual eficácia e aplicabilidade podem ser encaradas como os dois lados da mesma moeda, de modo em que somente a norma vigente se torne eficaz (no sentido jurídico) por ser cabível e na proporção de sua aplicabilidade. (SARLET, 2001 *apud* MORAES, 2010, s.p).

3. O direito à educação à luz do ordenamento brasileiro

É evidente que o direito a Educação, como direito social é significativo para a construção da cidadania, democracia brasileira e de patamar pequeno de dignidade das pessoas. Basta observar o artigo 205, da Carta Magna que dispõe a educação como direito de todos e dever do Estado, pertencente à condição do cidadão e sua competência para o mercado de trabalho. À vista disso, um conjunto educativo de qualidade está inteiramente conectado com o desempenho político. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

Nessa continuação, é importante destacar-se o papel representado por uma educação considerada de qualificação no que se diz respeito à eficácia dos benefícios políticos da população, essencialmente quando se é referida aos mecanismos de atuação direta, como o referendo e o plebiscito. Isto dado que as imperfeições na construção intelectual dos cidadãos atrapalham sua atuação no processo político e impossibilitam o aperfeiçoamento da democracia. (MENDES, 2014, p.675 *apud* BARBOSA, s.d, p.2).

A educação é reconhecida não só com a ideia dos direitos fundamentais, mas também se relaciona com a dignidade humana. Segundo Cezne (2006, p. 128 *apud* CESAR; VIANA, s.d, p.4), tais direitos são conceituados pela posituação deles pela regra constitucional, de modo que seja imposto judicialmente. Na exposição de Garcia (2006, p.84 *apud* CESAR; VIANA, s.d, p.4), os direitos referentes à pessoa humana são pensados como fundamentais, levando em sua companhia as características da tendência, da imprescritibilidade e da inalienabilidade.

Ainda que a Constituição de 1934 tenha vigorado por três anos, ela encaminhou um capítulo inteiro dedicado à educação; tendo a sua definição como direito de todos, dever da família e do Estado. O Conselho Nacional de Educação, com o intuito de produzir o plano nacional de educação, com a definição de recursos para o ensino e assegurar isenção de impostos para institutos particulares de ensino, assistência aos alunos carentes, ingresso ao magistério através de concurso. (ALVES, 2015, s.p).

O artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil deixa claro que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. Essa declaração é fortalecida no artigo 6º da CF, sendo o primeiro dos direitos sociais. (BRASIL, 1988)

As obrigações nascem do dever de Estado, que tem de ser respeitadas não só do lado daqueles que possuem o dever de efetivá-las, como os poderes formados, mas também da cooperação recebida pela parte dos demais indivíduos envolvidos nessas obrigações. (CURY, 2002, s.p).

Ocorreu no Brasil em 1946, um processo de redemocratização, com o afastamento do poder de Getúlio Vargas. A constituição proclamada determinava a gratuidade do ensino primário, o qual deveria ser praticado na escola e no lar, deixando de estabelecer a determinação do Estado em fornecê-lo. No entanto, a Carta foi essencial para o direito à educação brasileira, visto que, no decorrer da sua vigência em 1961, foi dada a promulgação da LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). (ALVES, 2015, s.p).

A publicação do primeiro projeto de LDB, mostrado à Câmara dos Deputados em dezembro de 1988, já falava sobre a recente concepção: Art. 16, a educação primordial engloba o período proporcional à faixa etária do zero aos dezessete anos, tendo como seu propósito a evolução omnilateral dos aprendizes de forma a fazê-los capacitados a se envolver dinamicamente da sociedade. Art. 17, a educação primordial contém três fases: “educação anterior ao primeiro grau, de zero a seis anos; educação de primeiro grau, dos sete aos catorze anos; e educação de segundo grau, dos quinze aos dezessete anos” (CURY, 2008, s.p).

É estabelecido no art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal que as diretrizes e bases da educação nacional competem no que cabe a legislação, a União. Dispondo que os Estados, Municípios e Distrito Federal não podem legislar sobre as mesmas, permitindo somente preencher a brecha constitucional, podendo sofrer pena de inconstitucionalidade. Cabe a estes a atuação complementar, através da criação de normas características que atenda as necessidades específicas de cada região, criando normas características para aquele lugar, por meio da competência suplementar. (ALVES, 2015, s.p).

Segundo Cury (2014, p. 1059) a educação, direito protegido no ordenamento jurídico, através do art. 212, há de dispor um vínculo, em que o Estado deve garantir a qualidade do ensino, investindo devidamente na educação. Assim, tornando-se princípio, a qualidade a partir do art. 206, inciso VII, garante o padrão de qualidade do ensino. Princípio que é recuperado na lei de diretrizes e bases da educação nacional, no art. 3o, inciso IX e especificamente no art. 4o, inciso IX em que assegura que:

Padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidades mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem (BRASIL, 1996).

Na Carta Magna de 1988, o tratamento que se dá ao direito à educação, o transforma em direito subjetivo do ser humano em que se espera sua ampla efetividade. Impondo ao Estado uma ação de efetivação em relação a esse direito. (GARCIA, 2008, p.96 *apud* CÉSAR; VIANA, s.p, s.d). Assim, o direito à educação é definido na Constituição como dever do Estado. Assumindo a ideia de que esse direito deve-se relacionar com a obrigatoriedade de educar. (LINHARES, 2005, p.5 *apud*. CÉSAR; VIANA, s.d, s.p). Ainda, cabe ressaltar, que as circunstâncias necessárias para o acesso à educação é obrigação do Estado, além da permanência no ambiente escolar. Livre de qualquer discriminação seja por cor, raça, sexo, idade ou por questões religiosas. (ALVES, 2015, s.p).

Os níveis funcionais no âmbito educacional são encontrados no próprio texto da Constituição que ao dividir os entes Municipal, Estadual e União, podem delimitar o acesso como todo. Dado que o Município tem a função de lidar com questões do ensino fundamental, o Estado ao Ensino Médio e a União ao superior, se um destes não conceberem presentes em algum deles, não será dado acesso à continuidade da educação para o cidadão. (ALVES, 2015, s.p).

A qualidade de ensino é que assegura que as metas para a educação sejam atingidas. Dessa forma, de nada adianta definir a educação como um direito de todos se não conseguir assegurar um padrão de qualidade. Pois ao conceder uma educação digna, com qualidade, o Estado estará cumprindo o preceito descrito no art. 3º da Constituição Federal em que é proposta a promoção do bem de todos, sem discriminação, a construção de uma sociedade livre e justa, a erradicação da pobreza e a garantia do desenvolvimento nacional. (ALVES, 2015, s.p).

Conclusão

De acordo com a Constituição Federal, a educação é vista como um direito fundamental social; direito público subjetivo e direito da personalidade, por impulso do princípio da dignidade da pessoa humana. Durante o processo, foram citados os princípios primordiais para a efetivação de um direito absoluto, pleno, que são encontrados na Constituição, tais como: o princípio da dignidade, direitos fundamentais, direitos sociais e o direito à educação.

Visando os princípios, sendo o da dignidade da pessoa humana como princípio essencial para a formação da pessoa; os direitos fundamentais que são ligados ao Estado, diante dessa ligação sendo definidos os direitos, garantias e liberdade do cidadão; os direitos sociais que são fornecidos ao indivíduo através do Estado, que busca proporcionar a melhoria de vida do cidadão.

A educação básica é competente para formar a estrutura indispensável para que o indivíduo se constitua a sociedade, sendo também o instrumento primordial para que suas competências e recursos se desenvolvam. Sendo assim, a educação é fundamental, ainda mais quando se trata da base da educação, vista desde a pré-escola até o ensino médio, sua formação. Essa efetividade nos primeiros anos de vida do indivíduo é fundamental para o seu crescimento individual e social.

E, por fim, falar sobre a importância da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que foi citada pela primeira vez na Constituição de 1934, onde é

definida e regularizada a educação brasileira com nos princípios presentes na Constituição.

Referências

- ALVES, Vilma José de Souza. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 18, n. 142, nov. 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15775>. Acesso em: 17 mar. 2019.
- ÁVILA, Flávia de; HOLANDA, Gabriela Ferreira Pinto de. A importância do Pacto San José da Costa Rica para a proteção das famílias brasileiras. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 74-90, jan.-jun. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/2169/pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019
- BARBOSA, Lucas Araújo da Silva. **Efetividade dos direitos sociais: Direito à educação e o ensino fundamental brasileiro**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/Pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Lucas_Ara%C3%BAjo.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019
- BERNADES, Camila Fernandes Santos; CALCAGNO, Matheus Braga. **A dignidade da pessoa humana como norma princípio e seus reflexos frente a concretização dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c929f2210333206f>>. Acesso em: 24 fev. 2019
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019
- BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019
- BUBLITZ, Michelle Dias; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo. *In: Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 239-260, jun. 2014.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/11.pdf>>.

Acesso em: 24 fev.2019

CESAR, Raquel Coelho Lenz; VIANA, Mateus Gomes. **Direito à educação no Brasil:** exigibilidade constitucional. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-educ%C3%A7%C3%A3o-no-brasil-exigibilidade-constitucional-0>>. Acesso em: 19 mar. 2019

CURY, Carlos Roberto Jamil. A qualidade da educação brasileira como direito. In: **Educ. Soc.**, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1.053-1.066, out.-dez., 2014 Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/es/v35n129/0101-7330-es-35-129-01053.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica como direito. In: **Cadernos de Pesquisa**, v. 38, n. 134, mai.-ago. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v38n134/a0238134.pdf>>.

Acesso em: 20 mar. 2019

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. In: **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100>>. Acesso em 01 mar. 2019

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013. Disponível em:

<<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrij/arquivo/465-2049-2-pb.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019

FREITAS, Arthur Meireles. Uma possível fundamentação dos Direitos Sociais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 11 ago. 2016.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-possivel-fundamentacao-dos-direitos-sociais,56551.html>>.

Acesso em: 16 mar. 2019

FREITAS, Frederico Oliveira; GOMES, Magno Federici. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 82, out 2010. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404>. Acesso em 24 fev. 2019

IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 10, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em mar 2019.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel; DE MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A internacionalização dos direitos humanos. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 11, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4614>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MARCHINI NETO, Dirceu. A Constituição Brasileira de 1988 e os direitos humanos: garantias fundamentais e políticas de memória. *In: Revista Científica FacMais*, v. 2, n. 1, 2 sem. 2012. Disponível em: <<http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2012/10/6.A-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Brasileira-de-1988-e-os-Direitos-Humanos-Dirceu-Marchini1.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019

MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 76, mai. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 01 mar 2019.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054>. Acesso em: 24 fev. 2019.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 01 mar. 2019

PESSOA, Eudes Andre. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 14, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acesso em mar 2019.

- PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: Jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2019
- RIBEIRO, Menengoti Daniela; SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. **Dignidade da pessoa humana e os fundamentos as políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f79d3e1e0806ef6>>. Acesso em: 24 fev.2019
- ROSÁRIO, Rogéria Chaves. Direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 20, n. 163, ago 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19317&revista_caderno=29>. Acesso em: 24 fev. 2019.

DERECHO CIVIL

Los instrumentos procesales de flexibilización de la prueba en la responsabilidad civil médica (*)

The procedural instruments of flexibilization of proof in medical civil liability

Juan Carlos García Huayama ¹

Sumario: Introducción. 1. Instrumentos de flexibilización de la carga probatoria. 2. ¿Resultan de utilidad en el Perú las herramientas de flexibilización probatoria? – A modo de conclusión. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El autor evalúa los diferentes instrumentos que se vienen aplicando en la actividad probatoria judicial para asignar la carga de la prueba en un proceso en el que se discute la responsabilidad por mala praxis médica atendiendo a diversos casos sucedidos en territorio nacional y también con base en la experiencia comparada.

Palabras clave: responsabilidad civil, responsabilidad civil médica, mala praxis, proceso, carga probatoria.

Abstract: The author evaluates the different instruments that are being applied in the judicial probative activity to assign the burden of proof in a process in which the responsibility for medical malpractice is discussed taking into account various

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Fiscal Provincial Titular de la Segunda Fiscalía Civil y Familia de Chiclayo. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.

Universidad Nacional de Piura.

cases that have occurred in the national territory and also based on the comparative experience.

Keywords: civil liability, medical civil liability, malpractice, process, burden of proof.

Introducción

El principio de aportación de parte constituye un pilar fundamental del proceso civil, en cuya virtud corresponde a los litigantes introducir en el proceso los hechos, así como las pruebas que sustentan sus pretensiones. Sin embargo, es posible que una vez practicadas las pruebas y llegado el momento de dictar sentencia, el juez considere que los hechos controvertidos por las partes no han conseguido a ser acreditados. A pesar de esta situación de incertidumbre el juzgador no puede dejar de resolver alegando falta de prueba de los hechos que deben sustentar su decisión (*non liquet*)².

Así como al juez se le impone el deber de sentenciar a pesar de esa incertidumbre, es necesario que, al mismo tiempo, el Derecho le diga cómo ha de solucionar el dilema en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho³. Al respecto, Piero CALAMANDREI explica lo siguiente:

[E]l juez aun cuando los resultados de las pruebas no hayan sido tan exhaustivos y decisivos para eliminar de su conciencia toda duda, no puede salir del compromiso con un *non liquet*, y debe siempre emitir un juicio de certeza, positivo o negativo, sobre todos los hechos controvertidos [...] el juez no podría, sin faltar a su deber permanecer en suspenso entre el sí y el no, y emitir una decisión al solo objeto de declarar que no sabe decidirse [...] y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélago de dudas, ciertos recursos un poco ordinarios, pero expeditivos que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica; tales son en el proceso civil, las reglas sobre la distribución de las cargas de la prueba, que establecen sobre cuál de las partes debe recaer la falta de certeza del juez acerca de alguno de los hechos controvertidos⁴.

² DAMIÁN MORENO, Juan, “La carga de la prueba en el proceso civil español”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017, p. 434.

³ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2005, pp. 112-113.

⁴ CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica, 1961, p. 116.

En cuanto a la carga de la prueba —refiere Hernando DEVIS ECHANDÍA— se deben distinguir dos aspectos:

[E]n primer lugar, es una regla de juicio o dirigida al juzgador, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole expedir una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos. En un segundo aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar⁵.

El principal aspecto de la carga probatoria es ser una regla de juicio que señala al órgano jurisdiccional cómo debe resolver la controversia en aquellos supuestos en los que la actividad probatoria desarrollada en el proceso, no ha sido suficiente para convencer sobre la certeza de los hechos introducidos⁶. En otras palabras, la carga de la prueba básicamente apunta a establecer cuál de las partes corre el riesgo procesal de que cierto hecho no resulte probado o que la prueba colectada sea insuficiente, en consecuencia, dichas reglas en esencia no determinan quién debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que no se produzca⁷.

En sede nacional, la carga probatoria encuentra fundamento legal en el artículo 196 del Código Procesal Civil que señala: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. Este dispositivo establece la distribución de la carga probatoria de forma invariable o inmutable, según la cual corresponde al actor demostrar los hechos constitutivos del derecho reclamado, en tanto que incumbirá al accionado acreditar aquellos otros hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá: Temis, 2002, p. 405.

⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, Barcelona: Praxis, 1967, p. 146.

⁷ PEYRANO, Jorge W, *Problemas y soluciones procesales*, Rosario: Juris, 2008, p. 335. En el mismo sentido, el procesalista Jaime GUASP establece que la carga de la prueba es una instrucción para el juez sobre el contenido del fallo que debe dictar cuando no tiene certeza sobre la veracidad de una afirmación de hecho que se emitió en el transcurso del proceso. Así, la sentencia deberá dictarse inapelablemente en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba respecto de los hechos no probados o no suficientemente aclarados durante el proceso (GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid: Civitas, 1968, p. 326). Igualmente, MONTERO AROCA expresa que “las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada parte (que sería la llamada carga de la prueba en sentido formal, aunque existen algunas reglas en este sentido), sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material)” (MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 113).

Si bien es verdad el mantener reglas pétreas o estáticas en la carga probatoria conlleva que los litigantes puedan predecir las consecuencias de sus conductas, favoreciendo así a un proceso más justo, también es cierto que en ocasiones la prueba de los hechos que invoca el actor puede resultar particularmente difícil de obtener, poniendo el peligro la posibilidad de encontrar tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión. En estos supuestos de dificultad probatoria una aplicación inflexible de la carga de la prueba, puede llegar a vulnerar los derechos de los justiciables que no tienen por qué verse afectados, a pretexto de una lectura tan inequitativa que, cercene intereses y prerrogativas legítimas pasibles de salvaguarda y tutela efectiva⁸.

Esta situación de dificultad probatoria se evidencia usualmente en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria. No se puede negar que comúnmente resulta complicado para el paciente demostrar que el médico no actuó conforme a la *lex artis*, ya que encontrará múltiples obstáculos procedentes principalmente de la patente asimetría existente entre el paciente y el médico o centro sanitario que abordó su terapia, no solo en relación a la proximidad a las fuentes de prueba sino también a las posibilidades de acceso al conocimiento, que cada uno de ellos tiene, acerca del desarrollo de los hechos y de su valoración técnica o científica⁹.

Así, en primer lugar, la dificultad probatoria del paciente se debe a su falta de disponibilidad respecto de las fuentes de prueba, pues estas se encuentran dentro del ámbito de disposición de los médicos o centro de salud demandados, que peculiarmente no corren con la carga de acreditar el hecho, en otros términos, en la práctica nada de lo exigido al actor es fácil de conseguir, entre otras cosas porque las pruebas que ha de presentar el paciente se encuentran en un terreno que le es ajeno: el entorno del propio médico.

En tal sentido, no le falta razón a la profesora de la Universidad de Navarra, Leyre ELIZARI URTASUN, cuando sostiene que usualmente el paciente se encuentra en una situación probatoria desfavorable pues para probar que el médico ha infringido la *lex artis ad hoc*:

[Se] requiere, primero, saber qué sucedió, con acceso a unas pruebas que no están en su mano (historia clínica, informes, resultados de pruebas, identificación de posibles testigos integrados en la órbita del demandado,

⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2011, p. 185.

⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006, pp. 176-177.

compañeros de trabajo...), y segundo, interpretar los hechos y demostrar que el comportamiento del médico no fue correcto conforme al estado de la técnica, para lo que necesita conocimientos científicos de los que carece¹⁰.

En el mismo sentido opina la jurista peruana María Elena GUERRA CERRÓN, quien sostiene lo siguiente:

[E]l paciente demandante está en una posición asimétrica respecto al médico o institución médica, toda vez que no tiene acceso directo a los medios probatorios, y con ello se limita su derecho a la producción de la prueba. Hay que agregar, sin que ello signifique una generalización, que existe peligro potencial que los medios probatorios sean manipulados o, inclusive destruidos, en el lapso que son requeridos por el juez hasta el cumplimiento de su aportación”¹¹.

En segundo lugar, el paciente también se encuentra en desventaja por su falta de conocimiento en cuanto al desenlace los hechos y su valoración científica. Es el profesional de la salud quien, por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa, puede acreditar con mayor facilidad que su proceder ha sido correcto, en tanto que la parte agraviada encontrará bastante dificultad para probar el actuar indebido del galeno.

En tercer lugar, se debe considerar que en la actualidad el acto médico normalmente se desarrolla en grandes organizaciones sanitarias, resultando complicada la tarea de proceder a individualizar a la persona directamente responsable del daño causado, máxime cuando no existen más testigos que el profesional médico y el paciente, como sucedería, por ejemplo, cuando

¹⁰ ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 60. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA CREMADES, cuando indica “[...] es la víctima del daño, o en este caso sus familiares, quienes si demandan tienen la carga de probar lo que ocurrió [...]. Víctima o familiares que, como decimos, no han tenido ni el control ni el dominio del acto, carecen de documentación, tienen que tomar la iniciativa de pedirla, y si tiene la suerte de obtenerla, de interpretarla, y de probar que hay relación de causa a efecto, que se ha infringido la *lex artis*, y que el daño es antijurídico” (GARCÍA CREMADES, Gabriel, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Madrid: Thomson Reuters, 2016, p. 243). Asimismo, el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 29 de noviembre del 2002, destaca: “El deber procesal recae también sobre los facultativos demandados, que por su propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición goza de una posición procesal mucho más ventajosa que de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión” (sentencia citada por FACHAL NOGUER, Nuria, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”, en ABEL LLUCH, Xavier y Joan PICÓ I JUNOY (coord.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Madrid: Bosch, 2007, p. 211).

¹¹ GUERRA CERRÓN, María Elena, “La prueba en los procesos de indemnización por responsabilidad médica”, en *La prueba en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 140.

este sufre daños al momento que se encuentra anestesiado al interior de un quirófano; en dicho contexto la exigencia de prueba al paciente respecto de los hechos y circunstancias en que habría ocurrido el suceso dañoso resultaría equivalente a negarle toda oportunidad de éxito, pues resulta evidente que son los médicos participantes del acto quirúrgico quienes están en mejores condiciones que la víctima para ofrecer y producir la prueba respectiva.

En cuarto lugar, en el ámbito bajo estudio existe con frecuencia una práctica mal denominada “solidaridad profesional” que con frecuencia induce, a veces inconscientemente, a disimular o exculpar las faltas del compañero a través de los dictámenes periciales, con la ventaja de que en este caso, al revés de lo que sucede con el testimonio, se actúa con la mayor impunidad, pues es muy difícil que pueda probarse la intencionada falsedad del dictamen¹². Respecto al este punto, jurisprudencia argentina ha expuesto que:

[E]xisten dificultades prácticas en la determinación de la responsabilidad médica, no solo por la reticencia, reserva y circunspección con que los profesionales de la medicina suelen juzgar públicamente la labor de sus colegas, y su eventual inclinación a eximirlos de culpa, sino también por la facilidad con que en ese campo particular de la actividad profesional es dado por disimular la negligencia o impudencia¹³.

Ante esta dificultad probatoria, la aplicación rígida de la carga probatoria puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil. En un contexto así, no puede seguir pregonándose, a ultranza y para todos los casos una irreflexiva inmovilidad, inflexibilidad o estatismo sumos, los que no se conmueven, conduelen o varían en consideración a la realidad de determinados acontecimientos constitutivos de imposibilidad o de marcada dificultad que, a la postre, en dichas circunstancias, terminarían por cercenar derechos y expectativas legítimas, en contra de una recta y democrática humanización de la justicia y de la aplicación responsable de axiomas como el principio *pro damnato* o el *favor probationem*¹⁴.

Es por eso que las modernas corrientes doctrinales y jurisprudenciales abogan por la adopción de criterios más flexibles o dinámicos, que en aras de la justicia permitan al juzgador —en precisos y puntuales supuestos de especial dificultad probatoria—, apoyarse en ellos válida y mesuradamente, por ejemplo, en los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, en

¹² MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017, pp. 256-257.

¹³ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, ob., cit, p. 256.

¹⁴ JARAMILLO JARAMILLO, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., pp. 209-210.

orden a distribuirla equitativamente, consultando el comportamiento de las partes en el litigio, brújula de inconmensurable valía en el proceso judicial¹⁵. Asimismo, los órganos jurisdiccionales tienden a aliviar la tarea probatoria del paciente, mediante presunciones de la negligencia profesional, cuando los indicios son muy cualificados, anormales y el daño irrogado al paciente es desproporcionado. Con ello se trata de evitar que la víctima de un daño sea doblemente víctima: del daño y de su imposibilidad de probar la causa.

1. Instrumentos de flexibilización de la carga probatoria

Hemos indicado que en ocasiones demostrar la responsabilidad del agente dañoso con arreglo al esquema tradicional podría llegar a convertirse en una verdadera prueba diabólica para la víctima. De ahí que en el Derecho comparado haya tenido lugar el desarrollo de una serie de instrumentos o mecanismos dirigidos a facilitar la tarea probatoria del paciente, quien es la parte que usualmente se encuentra en desventaja. Con esto se busca lograr el necesario equilibrio entre ambas partes, aligerando el rigor de las exigencias probatorias antes mencionado, sin que ello implique en forma alguna, hacer recaer sobre los facultativos todas las consecuencias de los procesos patológicos de sus pacientes¹⁶. Es decir, las reglas de la carga de la prueba no pueden alterarse caprichosamente siempre y, en cualquier caso. La regla general seguirá siendo el principio de aportación de parte, solamente en los supuestos de extrema dificultad probatoria, podrá acudir a los criterios correctores que desarrollaremos a continuación.

1.1 Distribución dinámica de la carga probatoria

Con este mecanismo se abandona la rigidez propia del sistema tradicional para hacer recaer la carga de la prueba en la parte que, según las circunstancias del caso concreto, se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba. Esta teoría fue formulada por el jurista argentino Jorge PEYRANO en los siguientes términos:

Superada la época —aunque no del todo— en la cual tales cargas (probatorias) conformaban un sistema pétreo, hoy ya se habla de cargas probatorias dinámicas; vale decir que pueden recaer —descartando así los apriorismos del sistema tradicional— en cabeza del actor y demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes¹⁷.

¹⁵ *Ibid.*, p. 186.

¹⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 4.ª ed., Madrid: Thomson Reuters, 2014, p. 129.

¹⁷ Citado por LLAMAS POMBO, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, art. cit., pp. 187-188.

Se le denomina “dinámica” porque salta del actor al demandado y viceversa, conforme a las pautas que resultan de las particularidades de cada caso y que se asientan en el concepto de facilidad probatoria y en el deber de colaboración en el aporte de los medios de convicción¹⁸. Esto es, la carga dinámica de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso específico, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, esta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo¹⁹.

Danilo KNIJNIK asevera que las cargas probatorias dinámicas encuentran dos órdenes de fundamentación: a) en primer lugar, la carga dinámica deriva del principio de igualdad de las partes en bases materiales, lo que supone que para su aplicación se debe constatar una situación de asimetría trascendente en relación a las posibilidades probatorias de las partes. Una se posiciona con un orden dominante de presentación de pruebas frente a otra que, siendo inferior, está impedida de producirla, como ocurre generalmente con los errores quirúrgicos, en los que el paciente inclusive se encuentra anestesiado en el curso de los acontecimientos introducidos en el proceso y, b) el segundo orden de fundamentación radica en los deberes de lealtad y colaboración de las partes, esto es, en el deber mutuo que las partes tiene de conducirse con lealtad, probidad y buena fe durante el proceso, para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación para con el órgano jurisdiccional, desentrañando cómo ocurrieron los hechos para que el juez dicte una sentencia justa, pero obviamente observándose que nadie puede ser compelido prueba contra sí²⁰.

A su vez, Darío PARRA SEPÚLVEDA considera que la distribución dinámica de la carga probatoria halla sus bases en la aplicación del principio *favor debilis, pro damnato* o *favor victimae*, puesto que si bien no siempre será el médico quien se encuentra en mejores condiciones de probar (ya que hay hechos cuya prueba solo puede y debe aportar el paciente), resulta indudable

¹⁸ DE LOS SANTOS, Mabel, “Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas en la obra de Eduardo J. Couture”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017, p. 428.

¹⁹ PÉREZ RESTREPO, Juliana, “Carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil administrativa por la actividad médica —decaimiento de su aplicabilidad—”, en *Estudios de Derecho*, vol. 68, n.º 152, 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Uki6Ss>>.

²⁰ KNIJNIK, Danilo, “Las (peligrosísimas) doctrinas de la carga dinámica de la prueba y de la situación de sentido común como instrumentos para asegurar el acceso a la justicia y superar la *probatio diabólica*”, en CAVANI BRAIN, Renzo y Víctor DE PAULA RAMOS (coord.), *Prueba y proceso judicial*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 337-338.

que el profesional médico y el profano paciente no se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de acreditar determinados hechos (como por ejemplo la entrega de información al paciente o la existencia del consentimiento previo a la intervención médica, entre otros), resultando, al menos en teoría, más fácil para el galeno la aportación de ciertas pruebas porque este maneja la información de lo realmente sucedido, sabe lo que hizo y cómo lo hizo, quiénes intervinieron, qué tratamientos y/o aparatos se emplearon²¹.

Esta teoría no puede aplicarse con criterio general e indiscriminado, sino que su uso es residual. Por consiguiente, como constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución de la carga de la prueba, solo funciona cuando la aplicación rígida o mecánica de la ley conduce a resultados inocuos o nada válidos.

También se debe advertir que corresponde tener cuidado de anticipar la variación de los criterios clásicos de distribución de la carga de la prueba para evitar afectar el derecho de defensa de los litigantes. En este sentido se pronuncia Carlos Alberto ÁLVARO DE OLIVEIRA cuando indica lo siguiente:

[E]s inadmisibles que los litigantes sean sorprendidos por alguna decisión que se apoye en un punto fundamental, en una visión jurídica de la que no se haya dado cuenta. El tribunal debe, por tanto, dar conocimiento previo de cuál es la dirección en que el derecho subjetivo corre peligro [...]. Dentro de la misma orientación, la libertad concedida al juzgador [...] no dispensa la previa audiencia de las partes sobre los nuevos rumbos a ser imprimidos al litigio, en respeto al principio del contradictorio²².

En el ámbito sanitario con frecuencia se emplea la carga probatoria dinámica en casos de infecciones nosocomiales, transfusiones con sangre contaminada y consentimiento informado. En Argentina, la jurisprudencia ha recurrido a esta teoría en casos de contagio de enfermedades por transfusiones sanguíneas, como sucedió en el proceso donde un médico de un hospital público extrayendo sangre a un menor de edad contagiado con SIDA en estadio C-3 con gran carga viral, sufrió un pinchazo inyectándose sangre en uno de sus dedos de la mano. Luego descubrió que era H.I.V asintomático, por lo que accionó por daños contra la Municipalidad de Buenos Aires, titular del centro asistencial donde trabajaba. El caso llegó a la Sala F de la CNCiv,

²¹ PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho, Madrid: Universidad Carlos III, 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/2uOh8i1>>.

²² Citado por KNIJNIK, “Las (peligrosísimas) doctrinas de la carga dinámica de la prueba y de la situación de sentido común como instrumentos para asegurar el acceso a la justicia y superar la *probatio diabólica*”, art. cit., p. 341.

que con sentencia de fecha 15 de mayo de 2000, consideró que en temas de responsabilidad médica por transmisión de enfermedades, la carga probatoria del actor se aligera y la relación de causalidad se dará por cierta, correspondiendo en todo caso a la parte accionada probar la inexistencia del vínculo causal, señalando al respecto:

[T]ratándose de responsabilidad civil derivada del contagio de enfermedades en actividades vinculadas al desarrollo científico y/o tecnológico, la prueba misma de la relación causal en cuanto al origen del contagio puede transformarse en diabólica [...] en tales hipótesis, si se prueba el contacto físico entre el actuar —riesgoso, culposo, etc.— y el menoscabo que presenta el enfermo —muerte o daño a la salud— y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño, ello no será obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa la demostración, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias²³.

El Tribunal Supremo español²⁴ aplicando esta doctrina en el deber de información que tiene el médico, antes de recabar el consentimiento del

²³ Sentencia citada por ALFREDO SAGARNA, Fernando, “Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia argentina”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006, pp. 229-230.

²⁴ Así, por ejemplo, en la sentencia de fecha 02 de diciembre de 1996, donde el Tribunal Supremo analizó la demanda formulada por el cónyuge de una paciente que sufrió una copiosa hemorragia postparto determinante de una anoxia cerebral, que produjo una encefalopatía con graves secuelas. Aquí el Tribunal Supremo español, utilizando la teoría bajo comentario, llegó a propugnar una inversión de la carga probatoria, motivada principalmente por la obstaculización de la actividad probatoria por parte de los facultativos demandados, hecho que fue resaltado en los siguientes términos: “El criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba [...] paulatina, pero inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de la misma clase. Por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a lo que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no solo hace mucho más dificultosa la prueba sino que evidencia, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del centro hospitalario demandados”.

paciente, llegó a la conclusión que la carga de la prueba sobre este extremo corresponde a los sujetos responsables de proporcionar la información y, en su caso, al propio centro de salud, al entender que es más fácil para estos probar un hecho positivo (haber informado), que para el paciente probar uno negativo (la falta de información)²⁵.

Es más, en España la teoría bajo análisis fue incorporada expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 217.7, relativo a la carga de la prueba se establece que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada parte en litigio”. Esto, *grosso modo* significa que los jueces han de tener en cuenta los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, que atienden a la posición de las partes en el proceso y, en particular, al hecho de que uno de ellos disponga en exclusiva de un medio de prueba de interés para el proceso y, por lo tanto, resulte imposible a la contraparte acceder a él, a o la mayor facilidad con la que uno de ellos puede aportar una determinada prueba²⁶. Joan PICÓ I JUNOY, comentando el mencionado artículo 217.7 de Ley de Enjuiciamiento Civil, expone lo siguiente:

[S]e utiliza la disyuntiva “y” para diferenciar la disponibilidad de la facilidad probatoria, por lo que son distintos ambos criterios de flexibilización de las reglas de la carga de la prueba. El problema consiste en dotar de contenido propio a ambos conceptos [...]. Partiendo de ésta dificultad de delimitación conceptual, por “*disponibilidad*” la jurisprudencia suele referirse a la situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o fuente de prueba, y esta disponibilidad puede ser material, entendida como la tenencia de un documento, o intelectual, considerando el forzoso conocimiento que una parte debe tener del hecho a probar. El criterio de la “*facilidad*” es comprensivo de la disponibilidad pues, por lógica, quien tiene disponibilidad de la prueba tiene facilidad para aportarla al proceso [...]. Sin embargo, la facilidad probatoria va mucho más allá de la disponibilidad pues como veremos, abarca supuestos de acceder a la prueba por tener un mayor número de recursos económicos respecto de la parte contraria, serle más fácil su adquisición, o poder acceder a ella de forma más rápida, fiable, segura, etcétera²⁷.

²⁵ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Madrid: Thomson Reuters, 2010, p. 80.

²⁶ SILLERO CROVETTO, Blanca, “La responsabilidad civil médico sanitaria”, en CAMAS JIMENA, Manuel (coord.), *Responsabilidad médica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 205.

²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, “La carga de la prueba”, en PICÓ I JUNOY, Joan, Xavier ABEL LLUCH y Berta PELLICER ORTIZ (coord.), *La prueba civil a debate judicial. Estudios prácticos sobre la prueba civil I*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, pp. 38-39.

A nivel latinoamericano, la carga probatoria dinámica se encuentra recogida en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial argentino, vigente desde el 1 de agosto del 2015, donde se señala lo siguiente:

[E]l juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla [...] si lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

De igual forma, en Colombia el artículo 167 del Código General del Proceso, que se encuentra en vigencia desde el 1 de enero del 2016, luego de establecer como regla general que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, agrega que:

[S]egún las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

En nuestro ordenamiento jurídico la carga probatoria dinámica no tiene regulación legal expresa, sin embargo, ha sido admitida vía jurisprudencia del más alto nivel. Así, se encuentra sentencias tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de la República que contienen una línea jurisprudencial en el sentido que la carga probatoria no debe ceñirse a un criterio inflexible y, por el contrario, deberá adaptarse a las exigencias de cada caso en concreto, atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados o rechazados por las partes, a la facilidad o dificultad de probar, etcétera.

Así, el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2007-AA/TC, que resolvió el proceso de amparo seguido por don Víctor Augusto Morales Medina que trasladó sus aportes de la ONP a la AFP Unión Vida, luego quería regresar a la ONP alegando que la indicada AFP no le brindó información suficiente sobre las consecuencias de tal cambio, lo que le habría inducido a error. Como el demandante no podía acreditar la información que había presentado la AFP Unión Vida, el supremo intérprete constitucional recurrió a la teoría de las cargas probatorias dinámicas para invertir la carga e imponer como regla que, en estos supuestos, corresponde a la AFP acreditar la información brindada a

sus afiliados, ya que se encuentra en mejores posibilidades de producir esa prueba. Al respecto, sostuvo:

[Se] ha señalado *prima facie* que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia también se ha ocupado de la carga probatoria dinámica en diversas ocasiones²⁸. En la Casación N.º 4445-2011-Arequipa correspondiente a un proceso sobre Impugnación de acuerdos asociativos, llegó a la conclusión que la persona jurídica demandada está en mejores condiciones para acreditar la formalidad a la convocatoria a asamblea general, estableciendo la casación citada:

[E]n líneas generales puede definirse el sistema procesal dispositivo como aquel en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán fundamento de las sentencias. Este principio dispositivo está consagrado por el artículo 196 del Código Procesal Civil, siendo que la carga de probar sus dichos y afirmaciones recae en las propias partes. Esto significa que el demandante y el demandado son los primeros llamados a ofrecer y proporcionar los medios probatorios que respaldan y demuestran la veracidad de lo que dicen en la demanda y contestación de demanda, respectivamente [...] Que, no obstante, lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores

²⁸ Tal como ocurre en el séptimo considerando de la sentencia casatoria N.º 5247-2008-Cajamarca, donde se sostuvo: “En este orden de ideas, habiendo la parte demandada —cónyuge— señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal conformada con Enrique López Ramos, correspondía a dicha parte la carga de la prueba, pues de acuerdo con la teoría dinámica de la prueba, estaba en mejores aptitudes de tenerlas, pues solo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho [...]”. Asimismo, en la Casación N.º 1385-2004-Lima, sobre nulidad de acto jurídico por simulación absoluta, se indicó: “El colegiado ha desestimado pues las máximas de la experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que la simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el Colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98”.

condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AA/TC, respecto a la utilización de la prueba dinámica señalando que: “es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la Imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”. Es así que en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba [...] Que, debe ponderar la situación que cuando quien tiene la carga de probar se enfrenta a la prueba diabólica, mientras que quien está en la contraparte tiene fácil acceso a los medios probatorios, pero que al verse beneficiado por no estar gravado con la carga de la prueba y en consecuencia no tener incentivos para aportar las mismas, toma ventaja de esta situación para ganar posiciones dentro del proceso o probablemente obtener un resultado final favorable ante la imposibilidad de quien alega los hechos de comprobar sus afirmaciones [...] En tal sentido, es importante que nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al juez en materia probatoria, sería importante incorporar como una norma los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria.

En sede administrativa, esta teoría fue aplicada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, en el caso que resolvió la denuncia formulada por los hermanos Ana Milagros, Mónica Rosario y Humberto Vidal Cabello, quienes señalaban que el 17 de abril del 2007, su padre el señor Lorgio Vidal acudió a la Clínica San Borja a fin de recibir atención de emergencia, luego de sufrir una caída que le produjo una fractura de cadera. Agregan los recurrentes que su padre era un paciente de alto riesgo quirúrgico pues tenía antecedentes de diabetes mellitus, cardiopatía con dolor precordial, hipertensión arterial e infección urinaria. Los exámenes practicados al señor Lorgio Vidal detectaron que padecía de infección urinaria y una enfermedad obstructiva vesicular, por tal motivo, los médicos tratantes en anestesiología y endocrinología determinaron que no podía ser operado hasta después de haber transcurrido 72 horas, esto es, el 21 de abril del 2007. A pesar de dichas indicaciones, la operación del señor Lorgio Vidal fue adelantada para el 20 de abril de 2007, siendo que en el reporte operatorio no se registró la hora de inicio ni su finalización. Es el caso que, durante la intervención quirúrgica, el paciente presentó bradicardia severa y posteriormente paro cardio respiratorio durante dos minutos, hasta que el cardiólogo acudió a la sala de

operaciones e inició las maniobras de reanimación. Debido a la condición médica del señor Lorgio Vidal se requería la elaboración de un adecuado estudio de riesgo anestesiológico, la presencia de un especialista en cardiología en la sala de operaciones y del aprovisionamiento de unidades de sangre para mantener estable la cantidad de hemoglobina del paciente, sin embargo, la Clínica San Borja no adoptó dichas medidas de precaución al omitir su obligación de efectuar la evaluación de riesgo anestesiológico al paciente.

La Clínica San Borja alegó como argumento de defensa, que los denunciantes no acreditaron la falta de un estudio de riesgo anestesiológico. Asimismo, cuestionaron los resultados del informe pericial sosteniendo que si bien no existe un documento específico que haga referencia al estudio de riesgo anestesiológico, en la historia clínica existe evidencia que la tratante especialista evaluó al paciente antes del ingreso a cirugía. El Indecopi, al analizar el tema de la prueba sostuvo lo siguiente:

26. Atendiendo a lo señalado en los puntos precedentes, la Sala considera que, en el caso objeto de controversia, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues resulta claro que la acreditación del defecto constituye una carga de imposible cumplimiento para los denunciantes. Por el contrario, es evidente que el único sujeto de la relación de consumo que se encontraba en la posibilidad de incorporar al expediente material probatorio que permita establecer de manera certera la realización o no de un adecuado estudio de riesgo anestesiológico era la Clínica San Borja, pues era esta la que estaba a cargo de la atención del paciente y tenía acceso a la información respecto del estado en que se encontraba.

27. Con el objeto de probar la existencia de una evaluación de riesgo anestesiológico, la Clínica San Borja hizo referencia a la anotación efectuada por la doctora Manrique el día 19 de abril de 2008, la cual menciona expresamente: “Paciente diabético. Con infección urinaria. Con estos antecedentes no puede entrar en cx. Por lo menos 48 a 72 horas. Es paciente de alto riesgo. Que después del acto quirúrgico se complica”.

28. En opinión de la Sala, dicha anotación no es suficiente para sustentar que se realizó una evaluación anestesiológica del paciente, pues la indicación transcrita solo hace referencia al tiempo de espera recomendado para la operación y una mera referencia a su estado general, sin consignar una evaluación concreta de su riesgo anestesiológico.

Es conveniente que en nuestro ordenamiento jurídico se regule la teoría de las cargas probatorias dinámicas, habilitando expresamente al juez para asignar la titularidad de la carga de la prueba en cada caso concreto, considerando la mejor posición para probar en que se encuentre alguno de los litigantes en virtud de su cercanía y disponibilidad con el material

probatorio, evitando dejar en indefensión a alguna de las partes y garantizando así realmente el derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

Por ahora, solo el Anteproyecto de Reforma del Código Civil recoge la teoría analizada en el artículo 1986, estableciendo: “Según las circunstancias del caso, y siempre que no se genere indefensión, el juez puede invertir o distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, incluido el supuesto de culpa y dolo”²⁹. Según la exposición de motivos, esta disposición daría lugar a una norma general de carga de la prueba aplicable a todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, habilitando a que el magistrado, solo en tanto no se genere indefensión a ninguna de las partes en el proceso, pueda distribuir la carga de la prueba a quien se halle en mejor condición para aportarla.

Con el objetivo de poner en evidencia la dificultad probatoria en que usualmente se encuentran las víctimas de mala práctica médica, comentaré la Casación N.º 4056-2010-Arequipa. En este caso doña Karin Marleni López Benavides demandó por inejecución de obligaciones al Centro Universitario de Salud Pedro P. Díaz y al galeno Américo Mayorga Canales, alegando que acudió al indicado centro de salud para ser atendida en su parto, en dicha ocasión se le manifestó que si nuevamente quedaba en estado de gestación tendría un embarazo de alto riesgo, por tanto, el galeno Américo Mayorga Canales le practicó una ligadura de trompas para evitar de manera definitiva quedar embarazada y evadir complicaciones posteriores a su salud; no obstante, resultó en estado de gestación en abril del 2002, suceso que fue traumático tanto para la recurrente como para su cónyuge debido a que contrarió su libre decisión de no procrear más hijos y a la difícil situación económica que atravesaban. Agrega la accionante que luego del período de gestación nació su tercera hija Támara Estefani Alvis López, el 23 de enero del 2003, dicho parto se realizó en el Hospital Edmundo Escomel del Seguro Social de Salud, donde se le practicó una segunda ligadura de trompas, evidenciándose que en la anterior operación realizada por el galeno Mayorga Canales la ligadura nunca se realizó o en todo caso, se empleó un procedimiento errado que no logró la esterilización, hecho que conlleva graves perjuicios por la carga extra que debe afrontar por el error cometido por el referido médico.

La sentencia primera instancia declaró infundada la demanda, argumentando que en abundante literatura especializada no contradicha se concluye que, en las intervenciones de ligadura de trompas, existe la posibilidad de que los

²⁹ S/a, “Este es el anteproyecto de reforma del Código Civil”, en *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, Lima: julio del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2Voeonb>>.

canales se reconduzcan de modo espontáneo. A su vez, la Sala Superior confirmó la recurrida indicando que con la prueba pericial del médico obstetra Germán Benildo López Chávez se acreditó que es posible la canalización de los conductos, pues esto se produce por la técnica mal empleada o por el fracaso de la esterilización debido a una reconstrucción espontánea como reacción del organismo, “no existiendo evidencia que el médico que practicó la primera intervención haya incurrido en mala praxis dado que el método empleado no es cien por ciento seguro”.

La demandante formuló recurso casatorio, el mismo que fue declarado infundado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, estableciendo que no se encontraba acreditado el alegado cumplimiento defectuoso de la obligación, en la medida que al practicarse la intervención quirúrgica a la accionante, esta prestó su autorización y fue debidamente informada de la existencia de un riesgo mínimo de falla del método, detalle que inclusive le fue explicado cuatro días antes de realizarse la intervención según lo han constatado las instancias de mérito. Asimismo, sobre la base de la pericia emitida en autos, se establece que efectivamente en este tipo de casos hay un margen de error (veinte por mil) y, en consecuencia, pudo ocurrir una canalización del conducto en forma natural, lo que posteriormente ocasionó el embarazo de la actora. Sin embargo, el Tribunal Supremo en el caso comentado, omitió considerar que durante el proceso a pesar del requerimiento judicial, el codemandado Centro Universitario de Salud Pedro P. Díaz no cumplió con exhibir el Informe Operatorio e Historia Clínica N.º 840614 registrado a nombre de la demandante, aun cuando el juzgador había precisado que dicha conducta procesal se tendría en cuenta al momento de sentenciar.

Conocemos que la historia clínica contiene los datos que permiten hacer un seguimiento de las enfermedades padecidas por el paciente así como los tratamientos médicos o quirúrgicos recibidos en cada atención sanitaria a la que fue sometido, entonces, constituye el documento más importante que se puede aportar en un proceso de responsabilidad médica, pero dado que dicho documento se encuentra en la esfera del médico o establecimiento de salud demandado, son estos quienes tienen mejor acceso a tal medio.

En este sentido, la resistencia a exhibir la historia clínica a pesar del requerimiento efectuado por el juez de primera instancia, evaluado en conjunto con el embarazo de la accionante posterior a la ligaduras de trompas, conlleva a establecer indicios suficientes para apreciar existencia de responsabilidad; máxime cuando con esta conducta se obstaculiza la práctica de una prueba esencial en el proceso judicial y no se coopera de buena fe a facilitar su producción; por lo tanto, en el caso específico

correspondía acudir a la distribución dinámica de la carga probatoria, a efecto de atenuar el rigor de la regla que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre la recurrente, desplazándola, en su lugar hacia la parte demandada.

La no exhibición de la historia clínica por parte del establecimiento médico accionado supone cualquiera de las siguientes posibilidades: que esta nunca se realizó; que se encuentra irregularmente elaborada o que dicho documento se extravió; todos estos supuestos resultan sumamente graves pues:

[N]o es imaginable que los médicos no cumplan con el deber de confeccionarla o que tal ausencia o desaparición pueda suceder dadas las medidas de seguridad a que están obligados adoptar los establecimientos de salud o los médicos en lo que concierne a la correcta conservación de tan importante documento médico. Esta grave irregularidad origina una presunción judicial de culpa, así como acarrea la inversión de la prueba. En este sentido corresponde al médico probar que actuó con diligencia para liberarse de responsabilidad³⁰.

Es así que consideramos que, en el caso analizado, la ausencia del informe operatorio e historia clínica durante el proceso judicial debió resultar desventajoso para los demandados a quienes les era exigible como colaboración, en la difícil actividad esclarecedora de los hechos de la naturaleza que aquí se trata, sin embargo, las instancias de mérito pasaron por alto la renuencia de los accionados.

En efecto, las decisiones de instancia que desestiman la demanda encuentran su principal fundamento en la pericia gineco-obstetra que emitiera el perito Germán Benildo López Chávez, quien manifestó que a consecuencia que la demandante fue intervenida por segunda vez, resultaba imposible determinar si la canalización de los conductos posteriores a la primera ligadura de trompas, se produjeron por la técnica mal empleada en dicho acto o por una reconstrucción espontánea del organismo. La Corte Suprema no advirtió que la incertidumbre no ha podido desvanecerse precisamente por falta de un elemento determinante como es la historia clínica y esta renuencia nunca puede favorecer al demandado, pues corresponde colegir que su obstinación en ocultar dicho documento es porque contiene información que resulta contraria a sus intereses; además, en procesos semejantes bastaría a los establecimientos de salud ocultar la historia clínica para disminuir el grado de responsabilidad. Es que con el razonamiento de las instancias de mérito se abre las puertas para que, en casos posteriores, los establecimientos médicos demandados prefieran asumir las consecuencias por la pérdida de la

³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La responsabilidad civil médica y el consentimiento informado*, Lima: Motivensa, 2011, p. 665.

historia clínica y no por la mala praxis —ya que recaería una prueba diabólica para los accionantes sin la historia clínica— con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable. Además, la ausencia de toda colaboración de parte de los demandados privó al proceso de fundamentales elementos de juicio para determinar la culpa imputada en la demanda, lo que, en definitiva, gravitará en su contra. Se debe tener en cuenta que una conducta pasiva en materia probatoria constituye una violación a elementales principios de buena fe, que no se puede dejar de valorar al momento de fallar³¹.

En consideración a los argumentos expuestos, creemos que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema se equivocó al declarar infundado el recurso casación, pues resulta evidente que las instancias de mérito no han realizado un análisis exhaustivo respecto a los extremos precedentemente señalados, situación que importa una afectación al debido proceso; en todo caso, como el Colegiado Supremo consideró que lo solicitado por actora incide en la revaloración de la prueba aportada al proceso, hubiera procedido a declarar nula la sentencia de vista a efectos que se emita nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos antes citados.

1.2 La regla *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas)

Esta regla denota semánticamente que “las cosas hablan por sí solas”, o que “los hechos hablan por sí solos”, esto es, son tan apodícticos, tan ostensibles, que bien puede de ellos deducirse o desprenderse, a partir de una valoración póstuma, que no pudo el galeno haber obrado con la diligencia profesional debida, de tal manera que su culpa brotará del hecho o acto médico, en sí mismo considerado, dueño de una elocuencia sin par, o de otra actividad análoga³².

Al respecto, Eugenio LLAMAS POMBO anota que la regla *res ipsa loquitur* no es sino una presunción, en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa. Hay veces en que “las cosas hablan por sí mismas”, no hace falta que hable el hombre, existe una *circumstantial evidence*, que permite inferir no solo la causalidad, sino también la culpa: cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida, o el

³¹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 185.

³² JARAMILLO JARAMILLO, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 215.

odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, escasa o nula prueba requiere la culpa³³.

El efecto práctico al cual conduce esta regla estriba en superar las dificultades que tradicionalmente acompañan las cuestiones relativas a la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil. A partir de ella el tribunal considera responsable a quien cause un daño en circunstancias que hablan por sí mismas. Se trata de situaciones en las que todo resulta tan claro que el daño no puede ser explicado si no se atribuye un grado de culpa a su autor. La culpa surge cantada de los hechos probados³⁴.

Se indica que la expresión *res ipsa loquitur* fue empleada por primera vez por Cicerón en el año 52 a. C., como argumento probatorio en el discurso forense “en defensa de Milón”, quien al parecer ordenó tender una emboscada a Clodio, jefe del partido popular, en la que este cayó asesinado. A lo largo de la defensa de Milón, Cicerón intentó demostrar que si Milón mató a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias, a su juicio, eran elocuentes (Milón iba con ropa que entorpecía la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa [...] Mientras que Clodio se desplazaba solo y se había desviado de su trayecto para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón iba a transitar por él para asistir a un festejo). Estos datos revelaban, indican o nos hablan —según Cicerón— de la presencia de una causa de justificación. Sin embargo, esta defensa no tuvo éxito, pues Milón fue condenado al destierro³⁵.

Casi dos mil años después se utilizó la expresión *res ipsa loquitur* en el entorno anglosajón, específicamente en el caso *Byrne vs. Boadle*, resuelto en 1863, donde un transeúnte demandó al propietario de una tienda por las lesiones sufridas tras caerle un barril de harina desde la ventana del segundo piso de dicho local. El demandante no aportó ninguna prueba directa de la negligencia del propietario o de sus empleados, pero a pesar de ello el caso

³³ LLAMAS POMBO, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, ob. cit., p. 181. En el mismo sentido opina GARCÍA CREMADES quien anota: “La regla o principio del *res ipsa loquitur* constituye una presunción en virtud de la cual se permite deducir, de un hecho probado y evidente, la existencia de culpa. Ante una evidencia circunstancial, que no requiere el dictamen de un experto, se permite inferir, no solo la causalidad, sino también la culpa: se amputa una pierna equivocada, se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, se olvidan gasas o pinzas en la zona intervenida, el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, en lugar del apéndice se corta otra parte del intestino, etc. Son supuestos en que “la cosa habla por sí misma”³³ (GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo*, ob. cit., pp. 63-64).

³⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis, “La prueba difícil: culpa médica”, en *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, t. II, Lima: PUCP, 2004, p. 902.

³⁵ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 260.

fue admitido, pues se consideró que un barril no se cae sin la negligencia del encargado de su custodia. El juez Pollock, ponente del caso, estableció lo siguiente:

[S]omos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante [...] es cierto que cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no pueda surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es obligación de la persona que guarda barriles en un almacén tomar cuidado para que no rueden hacia afuera, y creo que tal caso, debería, fuera de toda duda, establecer *prima facie* evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado³⁶.

Dos años más tarde (1865), vuelve a enjuiciarse un caso muy similar: el demandante caminaba junto a un almacén y en esta ocasión son sacos de azúcar los que caen sobre su cabeza. Este caso se refiere al asunto *Scott vs London and St. Katherine Docks*, en que el Tribunal estableció lo siguiente:

[C]uando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandado o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos, si quienes están encargados de controlar la situación no actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandado, constituye una prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia³⁷.

Es en el caso *Mahon vs. Osborne* (1939) donde se establece los requisitos básicos para la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, al resolver un asunto donde durante una intervención quirúrgica quedó una esponja en la zona operada que no fue detectada hasta dos meses después, en que la infección provocó la muerte del paciente. Se estableció en primer lugar, que el demandado debe haber tenido el control de la cosa o de las circunstancias que causaron el daño; en segundo lugar, el accidente debe ser de aquellos que, en el curso ordinario de los acontecimientos, no ocurren si no interviene negligencia³⁸.

La aplicación de la regla permite que, aun sin pruebas directas de la negligente actuación del accionado, la demanda sea estimada, evitando lo

³⁶ BAUZÁ MARTORELL, Felio José, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, pp. 88-89.

³⁷ *Ibid.*, p. 89.

³⁸ LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pp. 269-270.

que allí se denomina *smoking out*, y que por lo tanto que el demandado no se quede de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra, mediante las que se pueda probar su negligencia, de modo que se atribuya sobre la víctima del daño el peso de una prueba imposible. El demandado tendrá que adoptar una conducta proactiva y tendrá que utilizar todas las pruebas que tenga a su alcance, pues él, efectivamente sí dispone de ellas, para probar que su conducta no fue negligente. Ciertamente, el hecho productor del daño se tiene que haber producido dentro de la esfera de control del demandado, razón por la cual es él quien tiene mayor facilidad probatoria para demostrar que el accidente no se produjo por razones que le sean imputables³⁹.

En el tema que nos ocupa, se indica que “[...] hay cosas que puede hacer un médico para las cuales la calificación de imprudencia es tan sencilla que no requiere el dictamen de un experto: un dentista a quien se le cae un diente de su paciente dentro de la tráquea de éste; un cirujano a quien le sucede lo propio durante una sencilla operación de amígdalas; daños producidos por instrumentos no esterilizados previamente; extracción equivocada de un miembro; serias quemaduras por agua caliente, productos químicos o rayos X; cirujano que olvida unas esponjas dentro del cuerpo del paciente [...] Son todos eventos que hablan por sí mismos sin la ayuda de un perito en la materia. La situación es tal cual que hasta el hombre más llano se da cuenta que hubo negligencia, porque la común experiencia revela que en el curso ordinario de las cosas tales accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado”⁴⁰.

Alfredo BULLARD GONZÁLES⁴¹ narra el caso *Ybarra vs. Spangard* (1944), donde se utilizó la regla comentada en materia de responsabilidad civil médica. Indica que al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado, por tal razón fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación, sin embargo, al despertar luego de la operación el señor Ybarra sintió un intenso dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el señor Ybarra había sufrido

³⁹ GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 68.

⁴⁰ ZEPOS y CHRISTODOULOU, citados por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 402.

⁴¹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, en *Libro de ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2010, pp. 61-62.

una seria lesión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Agrega el citado autor que, al estilo más propio de “Fuenteovejuna”, ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó, dio explicación alguna sobre lo que había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todo el equipo médico, que se defendió señalando que el señor Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema, ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron, entonces, el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad “en masa”. Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados, dado que, aun cuando no pudo explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión solo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos.

En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño, pero era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar, no obstante, la corte declaró fundada la demanda considerando que era evidente que había existido negligencia a pesar que no era posible especificar los hechos concretos que habían sucedido, ni cómo se había cometido aquella. Añadió que la única forma de incentivar a los demandados para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacerlos a todos conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes⁴².

Se hace evidente, de esta manera, la superación de los inconvenientes tradicionales de cualquier sistema en el que la carga de la prueba corre, en la inmensa mayoría de los casos, a cuenta del demandante. Normalmente al demandado le basta con negar los hechos y adoptar una actitud pasiva en materia de prueba, para finalmente alegar insuficiencia de la misma. La regla *res ipsa loquitur* lo que hace es invertir esta situación, evitando el efecto *smoking out* de las pruebas que están bajo el control de la parte interesada en

⁴² BULLARD GONZÁLES, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, art. cit., pp. 61-62.

que no se obtengan, es decir, impide que tales pruebas se esfumen o de se desvanezcan⁴³.

La regla bajo comentario no es una patente de corso que permita que prosperen demandas infundadas, pues el demandado siempre podrá probar durante el proceso que él no fue negligente o que no se cumplen los requisitos para la aplicabilidad de la regla. En este aspecto, Felio BAUZÁ MARTORELL⁴⁴ establece que la aplicación del *res ipsa loquitur* no puede convertirse en una solución ilimitada, porque al conllevar una presunción de culpabilidad tiene que ser forzosamente objeto de una interpretación restrictiva, estando los juzgados en la posibilidad de utilizarlo cuando concurren los filtros que seguidamente se detallan:

- a. Ausencia de prueba directa, es decir, no puede existir certeza de los hechos que ocasionaron el daño. En caso contrario, si efectivamente los hechos son claros y no existe duda sobre los mismos, no procederá su aplicación y habrá que acudir a las reglas generales de determinación de la culpabilidad.
- b. Razonamiento judicial, pues a diferencia de la responsabilidad objetiva, en el uso del *res ipsa loquitur* no opera automáticamente la culpa de accionado, sino que el juez debe inferir la misma a partir de la aportación de pruebas que le exija al proceso por su disponibilidad y facilidad probatorias.
- c. Que el daño no haya podido ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien.
- d. Que el daño se encuentre en la esfera de control del demandado.
- e. Que se haya descartado otras posibles causas distintas de la negligencia del supuesto autor del daño.

Igualmente, ELIZARI URTASUN⁴⁵ sostiene que la aplicación de esta regla está sujeta a que concurren los siguientes requisitos:

- a. Un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino con una conducta negligente de alguien. De lo que se trata es de constatar la mayor probabilidad de que el suceso haya ocurrido por culpa.
- b. Que el evento dañoso venga originado por un evento que entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado (instrumento, dependientes, ...), aunque no se conozca el modo.
- c. Que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la víctima o de un tercero. En este caso se rompería el nexo causal.

⁴³ GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 69 y 70.

⁴⁴ BAUZÁ MARTORELL, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, ob. cit., pp. 91-94.

⁴⁵ ELIZARI URTASUN, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, ob. cit., pp. 81-82.

Considero que un caso donde podría aplicarse la regla bajo análisis, dado que la mala práctica médica resultaba evidente, es el ocurrido en el hospital Alberto Sabogal del Callao en enero del 2010, donde el paciente Jorge Villanueva Morales de 86 años, por error sufrió la amputación de su pierna sana. La negligencia era tan incuestionable que la Defensora del Pueblo, Beatriz Merino, exhortó a las autoridades de Essalud indemnizar de inmediato a Jorge Villanueva Morales, incluso sin llevar el caso a un proceso. Igualmente, el Gerente General de Essalud, Javier Rosas Santillano, pidió disculpas públicas al paciente, y confirmó que los cirujanos responsables fueron separados de la institución antes de la existencia de una sentencia que los encontrara responsables⁴⁶.

1.3 El daño desproporcionado

En España, uno de los instrumentos utilizados para deducir la negligencia del autor del daño es la teoría del daño desproporcionado, que tiene su origen en la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de diciembre de 1996. En este caso se conoce que luego de dar a luz, una señora sufrió un cuadro post-parto que derivó en complicaciones determinantes de una tetraplesia espática que impedía la deambulacion. El Tribunal Supremo estimó probada la actitud negligente por la adopción de determinadas medidas (una histerectomía) a destiempo. Concluyendo lo siguiente:

[E]l criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor; desplazándola en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba por su libertad de acceso a los medios de prueba y en que no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y lugar; o el descuido en su conveniente y temporánea utilización⁴⁷.

Julio César GALÁN CORTÉS considera que existen dos etapas en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la doctrina del daño

⁴⁶ S/a, “Defensoría: EsSalud debe indemnizar a anciano que sufrió amputación”, en *RPP*, Lima: 26 de enero del 2010. Recuperado de <<https://bit.ly/2IbtKI5>>.

⁴⁷ ASÚA GONZÁLES, Clara Isabel, “La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado”, en REGLERO CAMPOS, Fernando y Mariano José HERRADOR GUARDIA (coord.), *Ponencias sobre responsabilidad civil y su prueba*, Úbeda (Jaén): Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007, p. 454.

desproporcionado. La primera de ellas, se inició con la sentencia antes mencionada del 2 de diciembre de 1996; durante esta fase no se aprecia un criterio uniforme al momento de abordar la doctrina, ya que constantemente se equipara o confunde el daño desproporcionado con el riesgo típico de la actuación médica sometida a enjuiciamiento. La segunda etapa se inicia a partir de la sentencia del 21 de octubre del 2005, empezando a reconsiderarse los criterios de aplicación de esta teoría, poniendo especial énfasis en la calificación del daño conforme a parámetros científicos, lo que conlleva a una aplicación mucho más ajustada y equilibrada de esta doctrina. En opinión del citado autor, el daño desproporcionado puede definirse de la siguiente manera:

[C]omo la complicación o el perjuicio no previsible, ni acorde con los riesgos propios del tratamiento médico dispensado. El problema que se suscita en torno a este concepto es que su consideración debe formularse siempre desde la óptica profesional médica o científica y no desde lo que al profano o lego en la materia pueda parecerle, pues en este último caso, como es obvio, se calificarían como tal muchos riesgos propios, aunque infrecuentes o indeseables, de la actuación médica llevada a efecto...De esta forma para calificar como desproporcionado a un daño resultante de cualquier procedimiento médico se hace necesario el concurso de los profesionales de la medicina, que serán quienes nos ilustren, con elementos de juicio suficientes y solventes, si en puridad tal daño, desencadenado a resultas de un concreto tratamiento médico, cabe encuadrarlo dentro de tal consideración o si, por el contrario, no constituye más que la materialización de uno de los riesgos previsible, abstracción hecha de su frecuencia de presentación, del tratamiento en cuestión⁴⁸.

El daño desproporcionado opera cuando en la intervención médica se materializa un riesgo extraño o no habitual, entonces se levanta una sospecha sobre la corrección del actuar del galeno, correspondiendo a este justificar qué ha pasado, presumiéndose no solo la culpa sino también el nexo causal. En otros términos, el daño desproporcionado no debe ser concebido como el resultado grave o catastrófico sino como un resultado atípico o extraño para el tipo de intervención. Entendido en el último sentido, no se favorece una condena por la sola entidad del daño, sino que examina el resultado producido y se compara con los conocidos o descritos científicamente. La desviación de este resultado supone una probabilidad o, como mínimo, un indicio de la existencia de culpa y vincula causalmente el daño con la actuación del médico. Si valoramos solo la gravedad del resultado, en muchos casos no existirá ningún indicio de culpabilidad, y el análisis de los

⁴⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y Gema TOMÁS MARTÍNEZ (coord.), *Culpa y responsabilidad*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, pp. 359-360.

hechos sería superficial, mucho más que si optamos por el daño atípico. Así, ELIZARI URTASUN⁴⁹ concluye lo siguiente:

[P]or las razones expuestas, parece más acertado equiparar daño desproporcionado con el daño atípico o ajeno a las complicaciones propias del concreto acto médico. Si se produce un daño de los que no son habituales conforme a la experiencia científica, se justifica el alivio probatorio para el paciente, y de que sea el médico o el centro sanitario quienes demuestren que es lo que ha sucedido para que se haya materializado un riesgo extraño, ajeno a las complicaciones inherentes a la intervención.

Conforme a lo expuesto, si un resultado que conforme al estado de la ciencia, es consecuencia de la materialización de uno de los riesgos típicos de la intervención médica efectuada, aunque fuere infrecuente, no puede calificarse en modo alguno de desproporcionado, por muy indeseado o insatisfactorio que sea, lo que no obsta a que pueda declararse la responsabilidad del facultativo si su aparición es consecuencia de una mala práctica quirúrgica o si ha existido deficiencia en el consentimiento informado⁵⁰. En este entendido, se pronunció el Tribunal Supremo español en la sentencia del 31 de enero de 2003, donde alega:

[E]n cuanto a la doctrina jurisprudencial del “daño desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precizarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquellos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. *De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada.* Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del Código Civil solo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas [...] pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia. [El resaltado es nuestro].

Ante la presencia de un daño desproporcionado, se espera del agente una explicación o una justificación, cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa, en tal forma que la aplicación de esta teoría cede,

⁴⁹ ELIZARI URTASUN, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, ob. cit., p. 43.

⁵⁰ *Loc. cit.*

no habiendo lugar a la misma, cuando hay causa suficiente que justifica la aparición del daño en cuestión, no siendo preciso, por consiguiente, recurrir a este instrumento presuntivo para declarar o excluir la responsabilidad en tal caso⁵¹.

La doctrina no es uniforme en cuanto a si la aplicación de esta teoría produce o no la inversión de la carga de la prueba. En sentido afirmativo se pronuncia Nuria FACHAL NOGUER para quien:

[L]a doctrina del daño desproporcionado provoca una inversión de la carga de la prueba, de modo que el profesional médico únicamente quedará exonerado de responsabilidad si acredita que el daño causado se produjo por alguna causa o circunstancia al margen de su actuación: por tanto, se produce una simplificación de importantes repercusiones prácticas en lo que respecta a la actividad probatoria que debe asumir el demandante, a quien le bastará probar el evento dañoso y la anormalidad del mismo, en atención al tipo de actuación médica al que fue sometido⁵².

Otro sector considera que el daño desproporcionado no produce la inversión de la carga de la prueba, ni conduce *per se* a la objetivación de la responsabilidad civil, sino que por su virtud se deduce la negligencia de unos determinados hechos probados, siendo posible desvirtuar tal presunción de culpa cualificada acreditando que la actuación fue ajustada a la *lex artis* y que el origen de los daños es ajeno al buen proceder del facultativo, para lo cual es suficiente con que este ofrezca una explicación causal compatible con su diligencia⁵³. ELIZARI URTASUN, que se alinea en esta posición, cree lo siguiente:

[E]n realidad, en los casos de daño desproporcionado no estamos ante ausencia de prueba, sino ante hechos ocurridos en la esfera de actuación o control del médico, que por su anormalidad inclinan al juez a considerar que la acción negligente del médico es la causa más probable de la producción de este resultado. Nos encontramos en el ámbito de la valoración de la prueba⁵⁴.

Algunos autores ven en la doctrina del daño desproporcionado un equivalente a la regla *res ipsa loquitur*⁵⁵, sin embargo, consideramos que esta

⁵¹ GALÁN CORTÉS, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, art. cit., p. 363.

⁵² FACHAL NOGUER, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”, art. cit., p. 208.

⁵³ GALÁN CORTÉS, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, art. cit., p. 361.

⁵⁴ ELIZARI URTASUN, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, ob. cit., p. 28.

⁵⁵ De dicho parecer es GARCÍA GARNICA quien las toma como instrumentos semejantes cuando señala “Conforme a la doctrina del mal resultado o la regla *res ipsa loquitur*, se considera que la simple producción de un mal resultado, que resulta objetivamente desproporcionado con lo que es usual en el tipo de intervención o acto médico de que se trate, revela inductivamente la penuria

se diferencia del daño desproporcionado, en virtud que la primera se trata de un juicio probabilístico de sentido común basado en la experiencia de la vida. Por eso que NAVARRO MICHEL indica lo siguiente:

[Ú]nicamente se debería admitir *res ipsa loquitur* en los casos en que el juzgador, sin ayuda de expertos, pueda deducir en base en el sentido común que la causa más probable del daño es la negligencia del demandado. En todos aquellos casos en que sea necesario introducir prueba pericial para explicar una causa compleja, *quid* de la responsabilidad médica, no será posible alegar *res ipsa loquitur*; porque entonces no hablan las circunstancias sino los expertos —máximas de experiencia técnica—⁵⁶.

En cambio, para calificar como desproporcionado a un daño resultante de cualquier procedimiento médico se hace necesario el concurso de los profesionales de la medicina, que serán quienes nos ilustren, con elementos de juicio suficientes y solventes, si en puridad tal daño, desencadenado a resultas de un concreto tratamiento médico, cabe encuadrarlo dentro de tal consideración o si, por el contrario, no constituye más que la materialización de uno de los riesgos previsibles, abstracción hecha de su frecuencia de presentación, del tratamiento en cuestión⁵⁷.

Conceptualmente, también se encuentra otra diferencia, en la regla *res ipsa loquitur* no hace falta que el resultado sea atípico o anormal, como sucede en el daño desproporcionado. Basta con que sea un suceso de los que normalmente se produce por culpa, sin ese tinte de anormalidad.

2. ¿Resultan de utilidad en el Perú las herramientas de flexibilización probatoria?

El doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil trae aparejadas consecuencias prácticas en materia probatoria, según optemos por la vía contractual o extracontractual⁵⁸.

o negligencia de los medios empleados, atendiendo el estado de la ciencia y las circunstancias, o bien el descuido en su conveniente y temporánea utilización” (GARCÍA GARNICA, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 76). Igualmente, DIEZ-PICAZO considera que la doctrina del daño desproporcionado es un expediente próximo a la regla *res ipsa loquitur*, pues no termina de saberse en que consiste la *desproporción* del daño, es decir, si es lo mismo que daño importante o catastrófico con gran número de víctimas o daño que presenta una anómala relación con el comportamiento (DIEZ-PICAZO, Luis. “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo y Mariano YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001, p. 109).

⁵⁶ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 261.

⁵⁷ GALÁN CORTÉS, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, art. cit., pp. 359-360.

⁵⁸ Existen distintas repercusiones según el ámbito de la responsabilidad civil que se elija, así tenemos: a) En el ámbito extracontractual, sea que el agente actúe con dolo o culpa, no se modifica

En el ámbito contractual, que es generalmente donde se enmarca la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente, encontramos el artículo 1329 del Código Civil que establece: “Se presume que la inejecución de la obligación o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor”. En tal sentido, en este sector de la responsabilidad civil, corresponderá al deudor acreditar que obró con la diligencia ordinaria requerida o que la inejecución de la obligación se debió a un supuesto de fractura del nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, al hecho de tercero o causa imputable a la víctima).

Esta presunción de culpa leve que surge contra el obligado se debe a una razón elemental; si alguien debe saber por qué no cumplió o por qué el cumplimiento es parcial, tardío o defectuoso, es el deudor. Nadie más que este conoce el motivo por el cual no se cumplió la obligación, además, la experiencia enseña que por lo común se incumple por culpa del deudor. Como el caso fortuito o la fuerza mayor no son cosa de todos los días es lógico que se impute culpa al deudor, siendo él quien debe desvirtuarla⁵⁹.

el alcance de la responsabilidad, esto es, no conduce a un mayor o menor resarcimiento a la víctima (art. 1969 CC). Distinto sucede cuanto se trata de responsabilidad de naturaleza contractual, ya que en este ámbito se otorga un mayor o menor resarcimiento, atendiendo a si el incumplimiento se realizó con dolo o culpa grave, o si la inejecución obedece a culpa leve del deudor. En otras palabras, cuando el incumplimiento del deudor o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve, se resarcirá por los daños que hubieran podido preverse cuando se asumió la obligación, contrariamente, si la inejecución obedece a dolo o culpa grave, se resarcirá todos los daños ocasionados, previstos e imprevistos (art. 1321 CC); b) La responsabilidad contractual se rige por el principio de la causa inmediata y directa, mientras que la responsabilidad extracontractual se rige por el principio de la causa adecuada; c) Otra diferencia a tener en consideración entre los dos regímenes de responsabilidad es respecto al plazo de prescripción, la acción contractual está sometida a un término de prescripción de 10 años mientras que la prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad extracontractual se produce por el transcurso de dos años; d) En la órbita contractual el deudor responde de los actos (u omisiones) dolosos o culposos del tercero del cual se vale, salvo pacto en contrario (art. 1325 CC). En la extracontractual, se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (art. 1981 CC).

⁵⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, “Artículo 1329. Presunción de culpa leve”, en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, t. 1, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 324-325. A su vez, para BULLARD GONZÁLES, la presunción de culpa leve que establece el artículo 1329 del Código Civil, tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad. Aquel que desarrolla una actividad y controla la misma está en mejor aptitud para demostrar cómo se llevó a cabo esta y a qué estándares se ajustó. En consecuencia, le será más fácil al deudor acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte. Entonces, para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye responsabilidad si es que se queda inactivo y no produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la ley impone a quien no ejecuta una obligación la carga de demostrar la ausencia de culpa.

Empero, cuando de asuntos médico-sanitarios se trata, sería aplicable el artículo 1762 del Código Civil en cuanto establece que, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios (médico o centro de salud) no responde sino en caso de dolo o culpa inexcusable. Este dispositivo, conforme a una interpretación literal tornaría en inaplicable la presunción de culpa leve a que se refiere el artículo 1329 del Código Civil.

En dicho contexto, el profesional médico solo respondería por dolo o culpa inexcusable, recayendo sobre el perjudicado la carga probatoria por la inejecución de la obligación, no olvidemos que el artículo 1330 del Código Civil sostiene: “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Es decir, en la práctica será el paciente agraviado quien deberá demostrar en el correspondiente proceso judicial, que el daño sufrido ha sido consecuencia de un actuar doloso o culposo (inexcusable) del profesional de la salud.

En todo caso, podría refutarse lo anteriormente expuesto indicando que una lectura correcta del artículo 1762 del Código Civil, exige realizar una interpretación restrictiva, en el sentido que el prestador de servicios (médico o centro de salud) será exonerado de responsabilidad por culpa leve únicamente cuando la inejecución de la obligación es por razón de la especial dificultad de los problemas técnicos, situaciones excepcionales como tratamientos médicos experimentales o en estado de necesidad extremo. Empero, cuando se trate de problemas técnicos rutinarios, donde la experiencia médica estadísticamente concluye que son asuntos técnicos ordinarios y no de especial dificultad para un médico especialista, el prestador de servicios es plenamente responsable aun por culpa leve.

Sin embargo, aun cuando se presuma la culpa leve del deudor, el paciente perjudicado encontraría otro obstáculo, ya que el artículo 1321 del Código Civil dispone que, si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedece a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. Entonces, para obtener un resarcimiento integral, a la víctima (paciente) le será indispensable acreditar que el médico actuó con dolo o culpa inexcusable.

De otro lado, en el ámbito extracontractual⁶⁰, no obstante la presunción general de culpa del agente dañoso⁶¹, existen muchos supuestos donde el paciente encontraría dificultad para demostrar la responsabilidad del médico.

En esta sede, el artículo 1969 del Código Civil dispone que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, agregando que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Así, al accionante le basta con probar la lesión experimentada para trasladar de forma automática al facultativo la prueba de que no actuó culposa o negligentemente en tal caso. Empero, quepa advertir que dicho dispositivo solo habilita la presunción de culpa, mas no otros elementos constitutivos de la responsabilidad civil, lo cual sí sucedería utilizando las herramientas antes estudiadas que no solamente aligeran la prueba de la culpa sino también de la causalidad, en cuanto permiten demostrar la existencia de responsabilidad sin identificar específicamente el hecho causante del accidente siempre que se acredite que este ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

La flexibilización de la prueba del nexo causal se torna importante en nuestros días, básicamente frente a la aparición de nuevos tipos de daños (daños por productos defectuosos, daños ambientales, contagio de SIDA, entre otros) donde la prueba de la relación causal se torna casi imposible conllevando a que se frustre la indemnización pretendida. Es más, en muchos de estos casos de nuevos daños, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas⁶².

Así, por ejemplo, en casos transfusión de sangre contaminada con SIDA, demostrar la relación de causalidad se torna muy difícil por la misma naturaleza de la enfermedad. El periodo latente entre la contaminación y el desarrollo de anticuerpos, por una parte, así como el periodo de incubación entre la contaminación y la aparición de síntomas de la enfermedad que aproximadamente dura entre cinco a seis años, hacen muy impreciso individualizar cuál fue la causa del contagio, máxime si existen diversas modalidades de transmisión: relación sexual, transfusión sanguínea, trasplante

⁶⁰ Cabe recordar que solo en situaciones específicas y excepcionales la responsabilidad del galeno o centro médico se encaminará por vía extracontractual.

⁶¹ En el ámbito extracontractual —a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad obligacional—, no existen matices o grados de culpa.

⁶² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio de la carga probatoria”, en *Ius Et Veritas*, n.º 14, Lima: 1997, pp. 83-84.

de órganos, utilización de jeringas infectadas, acupuntura, tatuajes, inyección intravenosa de drogas, etcétera.

Es frecuente que en procesos de responsabilidad civil médica al perjudicado le resulte particularmente difícil averiguar la causa del hecho dañoso, lo que puede ocurrir por una pluralidad de circunstancias: la Medicina es uno de los sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en muchos casos cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, aunado al difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etcétera.

A modo de ejemplo, imaginemos que un paciente sufre daños en el momento que se encuentra anestesiado al interior de un quirófano. En este contexto exigirle la prueba de la causa y circunstancias en que habría ocurrido el suceso dañoso resultaría equivalente a negarle toda oportunidad de éxito, pues resulta evidente que son los médicos que intervinieron en el acto quirúrgico quienes están en mejores condiciones para ofrecer y producir la prueba respectiva; máxime si ahora el acto médico por lo general se desarrollada en grandes organizaciones sanitarias, lo que complica la tarea de proceder a individualizar a la persona directamente responsable del daño causado, más cuando no existen otros testigos que los propios integrantes del equipo médico demandado.

Conforme a lo expuesto, no se puede negar la utilidad que en nuestro país tendría la aplicación de las herramientas procesales de aligeración de la prueba antes comentadas —tanto en el ámbito de la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual—, en los puntuales casos donde la dificultad probatoria impida al paciente encontrar tutela jurisdiccional efectiva.

A modo de conclusión

1. Mantener reglas pétreas o estáticas en la carga probatoria conlleva que los litigantes puedan predecir las consecuencias de sus conductas, favoreciendo así a un proceso más justo, sin embargo, en ocasiones la acreditación de los hechos que invoca el actor puede resultar particularmente dificultosa o difícil de obtener (prueba diabólica), poniendo el peligro la posibilidad de encontrar tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión.
2. Las razones de la dificultad probatoria del paciente son de naturaleza diversa. En principio, se debe a la falta de disponibilidad respecto de las fuentes de prueba, ya que estas se encuentran dentro del ámbito de disposición de los galenos o centro de salud accionados. Adicionalmente, es el profesional de la salud quien, por sus

- conocimientos técnicos en la materia litigiosa, puede acreditar con mayor facilidad que su proceder ha sido correcto, en tanto que la parte agraviada encontrará bastante dificultad para probar el actuar indebido del galeno.
3. Con la carga dinámica de la prueba se abandona la rigidez propia del sistema fijo, para hacer recaer la carga de la prueba en la parte que, según las circunstancias del caso concreto, se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba. Dependiendo de las circunstancias del caso específico, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que tenga mayor facilidad y disponibilidad para hacerlo.
 4. La regla *res ipsa loquitur*, propia del derecho anglosajón, conduce a superar las dificultades que tradicionalmente acompañan las cuestiones relativas a la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil. Se trata de situaciones en las que todo resulta tan claro que el daño no puede ser explicado si no se atribuye un grado de culpa a su autor. La culpa surge cantada de los hechos probados.
 5. La teoría del daño desproporcionado, utilizada por el Tribunal Supremo español, opera cuando en la intervención médica se materializa un riesgo extraño, atípico o no habitual, entonces se levanta una sospecha sobre la corrección del actuar del galeno, correspondiendo a éste justificar qué ha pasado, presumiéndose no solo la culpa sino también el nexo causal.
 6. Son innegables los beneficios que conlleva la aplicación de las herramientas procesales de aligeración de la prueba en materia de responsabilidad civil médico-sanitaria, en los puntuales casos donde la dificultad probatoria impida al paciente encontrar tutela jurisdiccional efectiva.

Referencias bibliográficas

- ALFREDO SAGARNA, Fernando, “Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia argentina”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006.
- ASÚA GONZÁLES, Clara Isabel, “La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado”, en REGLERO CAMPOS, Fernando y Mariano José HERRADOR GUARDIA (coord.), *Ponencias sobre responsabilidad civil y su prueba*, Úbeda (Jaén): Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007.

- AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis, “La prueba difícil: culpa médica”, en *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, t. II, Lima: PUCP, 2004.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Thomson Reuters, 2017.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, en *Libro de ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2010.
- CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica, 1961.
- DAMIÁN MORENO, Juan, “La carga de la prueba en el proceso civil español”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017.
- DE LOS SANTOS, Mabel, “Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas en la obra de Eduardo J. Couture”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá: Temis, 2002.
- DIEZ-PICAZO, Luis. “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo y Mariano YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001.
- ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- FACHAL NOGUER, Nuria, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”, en ABEL LLUCH, Xavier y Joan PICÓ I JUNOY (coord.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Madrid: Bosch, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La responsabilidad civil médica y el consentimiento informado*, Lima: Motivensa, 2011.

- GALÁN CORTÉS, Julio César, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y Gema TOMÁS MARTÍNEZ (coord.), *Culpa y responsabilidad*, Madrid: Thomson Reuters, 2017.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2014.
- GARCÍA CREMADES, Gabriel, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Madrid: Thomson Reuters, 2016.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Madrid: Thomson Reuters, 2010.
- GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid: Civitas, 1968.
- GUERRA CERRÓN, María Elena, “La prueba en los procesos de indemnización por responsabilidad médica”, en *La prueba en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2011.
- KNIJNIK, Danilo, “Las (peligrosísimas) doctrinas de la carga dinámica de la prueba y de la situación de sentido común como instrumentos para asegurar el acceso a la justicia y superar la *probatio* diabólica”, en CAVANI BRAIN, Renzo y Víctor DE PAULA RAMOS (coord.), *Prueba y proceso judicial*, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006.
- LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2005.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho, Madrid: Universidad Carlos III, 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/2uOh8i1>>.

- PÉREZ RESTREPO, Juliana, “Carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil administrativa por la actividad médica — decaimiento de su aplicabilidad—”, en *Estudios de Derecho*, vol. 68, n.º 152, 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Uki6Ss>>.
- PEYRANO, Jorge W, *Problemas y soluciones procesales*, Rosario: Juris, 2008.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “La carga de la prueba”, en PICÓ I JUNOY, Joan, Xavier ABEL LLUCH y Berta PELLICER ORTIZ (coord.), *La prueba civil a debate judicial. Estudios prácticos sobre la prueba civil I*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- S/a, “Este es el anteproyecto de reforma del Código Civil”, en *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, Lima: julio del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2Voeonb>>.
- SILLERO CROVETTO, Blanca, “La responsabilidad civil médico sanitaria”, en CAMAS JIMENA, Manuel (coord.), *Responsabilidad médica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, “Artículo 1329. Presunción de culpa leve”, en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, t. I, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio de la carga probatoria”, en *Ius Et Veritas*, n.º 14, Lima: 1997.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

Responsabilidade civil do prático no Direito Marítimo com base na legislação brasileira e na Teoria do Risco^(*)

Civil liability of the practitioner in Maritime Law based on Brazilian legislation and Risk Theory

Responsabilidad civil del práctico en el Derecho Marítimo con base en la legislación brasileña y en la Teoría del Riesgo

Livia Pioli Storch¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Praticagem. **1.1.** Histórico da praticagem e sua evolução legislativa. **1.2.** Praticagem no Brasil. **2.** Responsabilidade Civil. **2.1.** Conceito. **2.2.** Responsabilidade Civil Subjetiva. **2.3.** Responsabilidade Civil Objetiva e a Teoria do Risco. **3.** Responsabilidade Civil do prático. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 24 setiembre 2018 | Aceptado: 10 enero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). liviapiolistorch@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Coordenador Acadêmico do curso de especialização de Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). mfqobregon@yahoo.com.br

Resumo: A pesquisa tem como objetivo analisar os limites da responsabilização civil do prático em casos de acidentes e abalroamentos do navio durante o exercício de suas funções segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, faz-se necessário discutir primeiramente as funções e obrigações desse profissional e o que a legislação dispõe sobre a atividade. O presente trabalho utilizou-se como base teórica os ensinamentos do professor Matusalém Gonçalves Pimenta que trata da responsabilização civil do prático. Por encontrar lacunas na legislação quanto a este assunto e divergências nas decisões dos tribunais, torna-se importante tratar do tema da Responsabilidade Civil e analisar a aplicação da Teoria do Risco nos casos de acidentes e danos ao navio durante o exercício da atividade do profissional prático.

Palavras – chave: Direito Marítimo, praticagem, prático, responsabilidade civil, Teoria do Risco.

Abstract: The objective of the research is to analyze the limits of the civil responsibility of the practical in cases of accidents and collisions of the ship during the exercise of its functions according to the Brazilian legal system. For this, it is necessary to discuss first the functions and obligations of this professional and what the legislation has on the activity. The present work was based as theory theory the teachings of Professor Methuselah Goncalves Pimenta that deals with the civil responsibility of the practical one. Because there are gaps in the legislation in this matter and divergences in the decisions of the courts, it is important to deal with the issue of Civil Liability and to analyze the application of the Risk Theory in cases of accidents and damage to the ship during the exercise of the activity of the practical practitioner .

Keywords: Maritime Law, practice, practical, civil responsibility, Risk Theory.

Resumen: La investigación tiene como objetivo analizar los límites de la responsabilidad civil del práctico marítimo en casos de accidentes y abordajes del buque durante el ejercicio de sus funciones según el ordenamiento jurídico brasileño. Para ello, se hace necesario discutir primero las funciones y obligaciones de ese profesional y lo que la legislación dispone sobre la actividad. En el presente trabajo se utilizó como base teórica las enseñanzas del profesor Matusalén Gonçalves Pimenta que trata de la responsabilidad civil del práctico. Por encontrar lagunas en la legislación sobre este asunto y divergencias en las decisiones de los tribunales, es importante tratar el tema de la Responsabilidad Civil y analizar la aplicación de la Teoría del Riesgo en los casos

de accidentes y daños al buque durante el ejercicio de la actividad del profesional práctico.

Palabras clave: Derecho Marítimo, practicaje, práctico, responsabilidad civil, Teoría del Riesgo.

Introdução

O presente irá tratar dos limites da responsabilidade civil do prático diante de acidentes ao navio durante o exercício de suas atividades. Para se compreender melhor este assunto, primeiramente será analisado o surgimento da atividade da praticagem. Além disso, observar-se-á a sua evolução legislativa no ordenamento brasileiro comparado com outros países.

Posteriormente, faz-se necessário tratar mais especificamente da atividade de praticagem no território brasileiro. Quais as normas que regulamentam esse serviço, qualificações necessárias para o profissional da área realizar sua atividade no Brasil e os direitos e deveres do piloto prático frente a legislação brasileira.

Após, será examinada a matéria de Responsabilidade Civil, por meio de sua evolução histórica, seus conceitos e suas teorias. Primeiramente, será abordada a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, sua previsão legislativa e seus fundamentos. Em seguida, tratando-se da base do presente estudo, será discorrido sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, sua aplicação e previsão legal no Código Civil.

Por fim, será debatida a questão da responsabilidade civil do prático diante da legislação brasileira, sob o fundamento da Teoria do Risco. Será argumentado em quais casos seria dever do piloto prático responder civilmente pelos acidentes causados durante o exercício de suas atividades.

1. Praticagem

1.1. Histórico da praticagem e sua evolução legislativa

O desenvolvimento das aventuras marítimas surgiu como consequência do crescimento das civilizações costeiras. Uma vez que, buscou-se cada vez mais conquistar novas terras e ampliar o comércio. Sendo assim, com a evolução da atividade marítima, tornou-se necessário cada vez mais um

aperfeiçoamento deste ofício. Era necessário que se tivesse boas embarcações, bons portos e bons profissionais para que garantisse uma maior excelência nesta área.

As atividades marítimas são muito antigas, desenvolvidas pelas civilizações que utilizavam o mar como meio de sobrevivência. Muito utilizada na antiguidade pelos gregos e fenícios, o início das atividades de praticagem surge nesse contexto. Esta surgiu para garantir a segurança das embarcações que chegassem aos portos. O práctico aparece para prestar uma atividade de assessoramento ao comandante do navio em zonas consideravelmente críticas e que careciam de um auxílio para a realização das manobras náuticas.

O práctico ou piloto marítimo, como é conhecido internacionalmente, é um assessor do comandante da embarcação, para auxiliá-lo nas manobras de entrada ou saída dos portos e vias navegáveis, bem como nas manobras de atracação, desatracação, fundeio, entrada e saída de diques, etc., abrangendo todos os movimentos efetuados pelas embarcações no interior da zona de praticagem.³

Com o desenvolvimento crescente do mercado marítimo, surge a necessidade de se criar uma regulamentação para a atividade de praticagem. Buscando-se assim, a prevenção da ocorrência de sinistros, proteger os portos e regularizar o exercício da atividade propriamente dita.

As nações marítimas, a partir do século XIX, passaram a adotar a praticagem como atividade obrigatória nos portos, vez que essa prevenia a ocorrência de acidentes nos portos, acelerava o processo de chegada e saída dos navios e, conseqüentemente protegia os navios e os portos de possível ocorrência de sinistros.

Esses países por meio de normas regulamentadoras normatizavam essa profissão, impondo ao práctico deveres e obrigações. A mais disso, devido a importância que a atividade marítima possuía, tal profissional tornou-se de grande relevância neste contexto. Por isso, via-se cada vez mais a necessidade de que esses profissionais se especializassem na área.

Desta forma, cada país de acordo com sua necessidade foi criando seus regulamentos. Em seu brilhante estudo Eliane M. Octaviano Martins diz

Nos Estados Unidos foi aprovada, em 1789, lei que dava aos Estados o direito de regular o serviço de praticagem. Essa lei está em vigor até os dias de hoje.

³ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 57

Em decorrência dessa permissiva legal, cada Estado americano regulamenta seu próprio serviço de praticagem.⁴

No Brasil, é a partir do Decreto de 12 de Junho de 1808 de D. João VI que se tem a criação normativa que regulamentou essa atividade. Observa-se, que a necessidade de se ter um profissional que prestasse serviços de assessoramento ao comandante do navio para que se evitassem acidentes com as embarcações, garantindo assim a segurança do tráfego aquaviário não era realidade apenas das nações europeias.⁵

O Brasil por ser um país com vasto território litorâneo possuía grande fluxo aquaviário, tanto de navios de comércio, quanto os de transporte. Sendo assim, fez-se de extrema importância que se tivesse um profissional responsável pela segurança desses navios e tripulantes que chegavam aos portos do litoral brasileiro.

O primeiro regulamento que tratava de requisitos como direitos, deveres, ingresso na profissão, e ainda, penalidades em caso de infrações no desempenhar da atividade foi decretado em 1863 por decisão do Imperador D. Pedro II.⁶ Seus dois primeiros artigos diziam

Art. 1º A administração e direção do serviço da praticagem da barra e porto da Cidade de São João da Barra será incumbida a um prático-mor, sob a inspeção do Capitão do porto da Corte e província do Rio de Janeiro, e do Delegado deste naquela cidade.

Art. 2º Para o desempenho de tal serviço haverá: dois práticos, dos quais um servirá de prático-mor e outro de seu ajudante; um atalayador, doze remadores e um escrevente, que será o mesmo da delegacia.⁷

Em 1997, foi promulgada a Lei da Segurança do Tráfego Aquaviário (Lei nº 9.357/97 – Lesta) que surge para garantir a segurança marítima no país. Em seu artigo 2º, inciso XV ela conceitua o prático como:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições: XV - Prático - aquaviário não-tripulante que presta serviços de praticagem embarcado.⁸

⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. 4 ed. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2013, p. 534

⁵ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 59

⁶ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 62

⁷ *Ibidem*, p. 60

⁸ BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição

Além disso, seu capítulo III é todo referente ao serviço de praticagem. Merece destaque o artigo 12 deste capítulo que irá definir que a praticagem consiste do exercício de assessoramento do prático ao comandante do navio nas áreas com maior periculosidade e que necessite da ajuda de um profissional que conheça a área para garantir que a embarcação não sofra nenhum dano ao chegar ou sair da área portuária.

Deste modo, a atividade de praticagem foi sendo conceituada e regulamentada com o passar do tempo. Assim, deve-se observar o exercício desta atividade em conformidade com essas normas vigentes no Brasil. Dentre elas, destaca-se a Lesta, já mencionada acima, regulamentada pelo Decreto de nº 2.596/98 (RLesta), e ainda, a Portaria nº 28 do ano de 1998 (NORMAN – 12), que trata das Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem.

1.2 Praticagem no brasil

Como já esclarecido, o piloto prático surge para garantir a segurança das embarcações nas áreas de proximidade dos portos, visto que por possuírem características próprias dificultavam a navegação daqueles comandantes que não conhecem a região.

Primeiramente, o prático ou *pilot*, no idioma inglês, é aquele profissional aquaviário, geralmente com formação náutica, que, após rigoroso processo seletivo pela autoridade marítima competente, que no Brasil é efetuado pela Diretoria dos Portos e Costas (DPC), recebe uma licença para prestar serviços de praticagem em zona de praticagem, conforme determinação daquela autoridade marítima.⁹

O prático será o profissional aquaviário não tripulante que presta serviços de assessoramento ao comandante do navio nas zonas de praticagem. Para adquirir habilitação nesta categoria, o profissional deverá passar por algumas etapas de processo seletivo regulamentado pelo representante da autoridade marítima, o DPC.

A praticagem consiste na atividade pela qual um profissional devidamente habilitado embarca em um navio para prestar apoio ao Comandante durante a navegação em zonas críticas, entradas e saídas de portos, manobras de atracação e desatracação, fundear ou suspender. É a navegação que exige de quem dirige perfeito conhecimento, adquirido pela prática, de particularidades locais ou regimentais, que dificultam a livre e segura

nacional. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

⁹ GUTIÉRREZ, Norman A. Martínez; CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Limitação da Responsabilidade Civil do Prático. **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. São Paulo, vol. 1, n.5, p. 29, nov-dez. 2011

movimentação das embarcações, ao longo de trechos da costa, com barras, em portos, em lagos e em rios.¹⁰

No Brasil, o serviço de praticagem compreende em estabelecer o direcionamento ao comandante do navio, sendo esse serviço necessário devido às particularidades de cada zona de praticagem que dificultam o acesso livre e tranquilo dos navios à chegada dos portos. *“A zona de praticagem é a área geográfica delimitada pelo Ministério da Marinha onde se realizam os serviços de praticagem”*.¹¹

Esses espaços marítimos são determinados a partir de constatada possível capacidade de ocorrência de sinistros e avarias, ou seja, ao ser verificado que naquelas áreas que se aproxima dos portos, um provável risco, determina-se desde já a obrigatoriedade da contratação desses profissionais para que se proteja a embarcação. Cada zona de praticagem, então, terá seus práticos determinados e estes serão capacitados para aquela região.

Busca-se com essa atividade a prevenção de riscos, maior otimização das atividades aquaviárias e garantia de segurança às embarcações. O artigo 12 da Lei nº 9.537/97 conceitua o serviço de praticagem:

Art. 12. O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.¹²

Além disso, segundo essa mesma lei, será responsabilidade da autoridade marítima regulamentar o serviço de praticagem:

Art. 4º São atribuições da autoridade marítima: II - regulamentar o serviço de praticagem, estabelecer as zonas de praticagem em que a utilização do serviço é obrigatória e especificar as embarcações dispensadas do serviço;¹³

Segundo a legislação brasileira, quando a autoridade marítima estabelecer que determinado local consiste numa zona de praticagem, torna-se

¹⁰ GIBERTONI, Carla Adriana Comitê. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 3 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 188

¹¹ *Ibden*, p. 189

¹² BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

¹³ BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

obrigatória a contratação do serviço do prático. “*A atuação da Autoridade Marítima demanda a capacidade do exercício de um poder sancionador, que institui penalidades àqueles que descumprem o ordenamento legal e normativo previsto.*”¹⁴ Sendo assim, os navios que estiverem passando em águas sob jurisdição brasileira, devem seguir tal legislação. Deste modo, não sendo uma faculdade a contratação do piloto prático, mas sim, uma obrigação.

A mais disso, da mesma forma que se tem a obrigatoriedade na contratação do serviço é necessário que essa atividade esteja disponível. Mais uma vez a Lesta vem regular essa questão, determinando que nas zonas que a praticagem é obrigatória esse serviço deve estar à disposição das embarcações que ali chegarem, não podendo o prático recusar-se a exercer tal serviço.

Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.

Art. 15. O prático não pode recuar-se à prestação do serviço de praticagem, sob pena de suspensão do certificado de habilitação ou, em caso de reincidência, cancelamento deste.¹⁵

A DPC, como representante da autoridade marítima, então, será a responsável por regulamentar a atividade de praticagem, determinar as zonas que são obrigatórias a utilização deste serviço e especificar qual embarcação necessita ou não desta atividade. Além disso, a fiscalização do exercício profissional será supervisionada pelo Conselho Nacional de Praticagem (Conapra).

A Normam 12, em sua sessão X, irá estabelecer as funções e atribuições do Conapra:

0250 – Conselho Nacional de Praticagem – Conapra

a) Quando determinado pelo DPC, atuará como:

- 1) Auxiliar no controle e na fiscalização do exercício profissional do Prático e na aplicação do Curso de Atualização de Práticos (ATPR);
- 2) Auxiliar no controle e fiscalização do exercício profissional das Entidades de praticagem;

¹⁴ SILVA, Filipe Carvalho de Moraes Silva; SILVA, Francisco Carlos de Moraes. **Agenciamento Marítimo: Atribuições e Responsabilidades**. Vitória: Nocacom, 2015. p. 138

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

- 3) Auxiliar como assessor/moderador nos acordos regionais sobre fixação de preços de praticagem nas diversas ZP; e
- 4) Homologar as atalaias e as tripulações das Lanças de Prático e realizar as inspeções e laudos periciais para homologação do serviço da Lancha de Prático.¹⁶

A atividade de praticagem será exercida pelo prático devidamente habilitado, juntamente com a lancha e atalaia. O contrato firmado entre o prático e o armador será o de prestação de serviço, sendo estabelecido desde já a remuneração, formas de execução e condições do serviço a ser prestado. O serviço será contratado para que se prevenir de possíveis riscos.

No caso de ocorrência de algum dano ao navio no momento do exercício da atividade de praticagem, os tribunais têm entendido ser de responsabilidade do armador à reparação ao dano causado. Isso porque, a legislação brasileira não foi expressa quanto aos limites da responsabilidade civil do prático. Esta questão poderia ter sido sanada na Lei 9.537/97 na sessão que trata da praticagem, mas não o foi. Sendo assim, essa questão ainda gera muitas discussões no âmbito do direito marítimo.

2. Responsabilidade civil

2.1. Conceito

A responsabilidade é a obrigação de responder pelas consequências jurídicas de seus atos. Sérgio Cavalieri Filho em seus estudos diz que é importante, por mais que muitos autores não o façam, distinguir a responsabilidade da obrigação. Para ele, esta é um dever jurídico originário, já a responsabilidade torna-se um dever jurídico sucessivo decorrente da violação daquele primeiro.¹⁷

Sendo assim, conclui-se que a responsabilidade civil surge a partir da violação de um dever jurídico e essa violação poderá vir precedida por culpa ou não. Quando esta tiver como elemento a culpa como sua causadora, estará se falando na responsabilidade civil subjetiva ou, como conhecida também, teoria da culpa.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Diretoria dos Portos e Costas. “**Normas da autoridade marítima para serviços de praticagem (Normam 12)**”. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/normam12_0.pdf>. Acesso em: 20 de mai. de 2017

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.14

Entretanto, há casos em que não se pode determinar a culpa do agente, ou seja, a responsabilidade não se esteia na ideia de culpa. Esta por sua vez, é chamada pela doutrina como responsabilidade civil objetiva. Estas duas modalidades de responsabilidade civil serão estudadas mais afundo mais à frente.

A obrigação poderá surgir de variadas fontes, esse dever se não for cumprido dará início ao surgimento de uma responsabilidade, ou seja, este dever só surge se o devedor não cumpre espontaneamente o primeiro.¹⁸ A violação desta obrigação jurídica configura o ilícito, e este por sua vez normalmente gera um dano a alguém. Desta forma, seria correto dizer que a responsabilidade está intimamente ligada à um dever jurídico originário descumprido surgindo então uma obrigação derivada.

Sérgio Cavalieri Filho diz, “*A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*”.¹⁹ Por isso é correto afirmar que responsabilidade irá surgir a partir de uma conduta humana, que gerando a violação de um dever jurídico acarrete dano a outrem. Cria-se esse dever uma vez surge naquele que foi lesado a pretensão por uma reparação e para legitimar esse direito a responsabilidade é criada.

Em seu artigo 927, o Código Civil diz:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.²⁰

Tem-se aqui um exemplo de responsabilidade civil, em que se impõe um dever geral a todos os membros da sociedade de não violar bens alheios, ou seja, o legislador determina neste artigo um dever de cuidado de caráter *erga omnes* e aquele que o infringir deverá repará-lo. Neste caso se ocorrer o dano haverá violação ao dever de não lesar outrem.

A responsabilidade civil extracontratual tem duas espécies importantes de responsabilidade de reparação dos danos e para o presente estudo é imprescindível diferenciá-las, trata-se da responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. Desta forma, dependendo do fundamento

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.15

²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

que se dê à responsabilidade, a culpa poderá ou não ser considerada elemento da obrigação.

2.1. Responsabilidade civil subjetiva

A teoria subjetiva é adotada como regra geral pela doutrina e pelo Código Civil referente matéria de responsabilidade. Para esta teoria a responsabilidade se constitui na ideia de culpa, ou seja, a culpa do agente é pressuposto necessário para que se tenha o direito de indenização do dano. Carlos Roberto Gonçalves complementa: “*Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo e culpa*”.²¹

Primitivamente a responsabilidade era objetiva, mas com o surgimento da ideia de que a culpa deveria existir para que se houvesse responsabilidade, tem-se um avanço aos meios de reparação deste dano, vez que se deixa de lado a ideia de vingança privada e passa a buscar-se o dever de reparar por meio da responsabilidade do agente decorrente de sua culpa.

Cristiano Chaves de Faria ensina que a classificação aplicada à Responsabilidade Civil Subjetiva é a tetra partida, que estabelece os pressupostos da responsabilidade civil como: ato ilícito, a culpa, dano e, por fim, nexos causal.

Para compreender ato ilícito, Cristiano Chaves de Farias em sua obra sobre responsabilidade civil irá primeiramente definir o que é ato ilícito para se chegar à melhor definição daquele. Para o autor, existem fatos que se concretizam em conformidade com o ordenamento jurídico e fatos que os violam, estes seriam os fatos lícitos e ilícitos, respectivamente.²²

O ato ilícito não é uma espécie de ato jurídico. Sendo este caracterizado como a exteriorização consciente de vontade em conformidade ao ordenamento jurídico, observamos que o ato ilícito não apenas se coloca em rota de colisão com o ordenamento jurídico, como também não possui necessariamente a vontade humana como fato gerador, pois comumente o resultado do ilícito se dá contra a vontade do próprio agente, desde que a ele possa ser imputado. Isto é, a produção de efeitos do ilícito não emana do seu instituto, mas da responsabilidade em si, do nexos causal entre o dano e o fato em si (comportamento do agente).²³

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 154

²³ *Ibidem*, p. 154

Conclui-se, então, que ao cometer um ato ilícito aquele que o cometeu estará em confronto com o ordenamento jurídico. Além disso, um fator importante para que se concretize o ato ilícito além da antijuricidade do fato é a imputabilidade do agente, ou seja, aquele que o cometeu tinha capacidade de entender que seu comportamento era antijurídico. *“Isto é, o cerne da ilicitude se compõe dos elementos da antijuricidade e imputabilidade do agente”*.²⁴

Além disso, é necessário observar outro pressuposto, este por sua vez, será o principal diferencial das teorias da responsabilidade civil em sentido estrito. A culpa será elemento necessário para que se caracterize a teoria clássica.

Nesta teoria, a culpa é pressuposto para a responsabilidade civil, ou seja, se não houvesse culpa, conseqüentemente não haveria responsabilidade. Para essa teoria a responsabilidade só se configura se aquele que causou o dano agiu com dolo ou culpa.²⁵

Cristiano Chaves de Farias ainda irá dizer em seus ensinamentos que esta é *“elemento nuclear da responsabilidade civil e justificativa filosófica da teoria subjetiva”*.²⁶ Ademais, a culpa está intimamente ligada à responsabilidade uma vez que esta é condicionada por aquela.

Forma-se um consenso no sentido de compreender a culpa como o erro de conduta por omissão de diligência exigível no caso concreto, situação na qual o agente atua inadequadamente por descuido ou falta de habilidade, isto é, sem observar o dever de cuidado.²⁷

Conclui-se então, que o ilícito indenizatório estará intimamente ligado ao comportamento culposo do agente, podendo ser comissivo ou omissivo, em que ocorra a violação de um dever jurídico de outrem e aquele que o praticou tem que ter capacidade de compreensão que seu comportamento é antijurídico.

O Código Civil de 2002 em seu art. 186 irá tratar do ato ilícito e da culpa:

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 203

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 190

²⁷ *Ibidem*, p. 193

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.²⁸

Sendo assim, nesse contexto a culpa está sendo empregada em sentido amplo, *lato sensu*, abarcando também o dolo. A mais disso, vale lembrar-se de mais um importante pressuposto, o dano. Elemento essencial para que se tenha a caracterização da responsabilidade civil subjetiva.

Neste sentido, destaca Agostinho Alvim

Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.²⁹

A grande discussão que se inicia em relação à matéria de responsabilidade civil é em que momento a esfera jurídica irá resguardar àquele que sofreu a lesão o direito de refletir o seu dano ao patrimônio daquele que o causou, sendo este culpado, autor do fato ou simplesmente o responsável de tal.³⁰

O Código Civil não vai conceituar dano, aliás, o que temos é um sistema aberto em que optou-se por cláusulas gerais de reparação de danos.³¹ Neste contexto, correto dizer que o dano é um fato jurídico *stricto sensu*, além disso, pode-se dizer também que este é um fato que pode ser gerado por conduta humana, mas principalmente é um fato da natureza.

Pode acontecer que o evento suporte fático do dano esteja ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito. Todavia, isso não altera a natureza do fato jurídico dano, que continua sendo evento da natureza, mesmo quando provocado por ato humano. Afinal, este ato humano não é elemento necessário para a composição do suporte fático suficiente ao dano, quer dizer, não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente.³²

Sendo assim, pode-se concluir que o dano existirá a partir de fatos da natureza, independente de ter sido provocado por conduta humana. Nesta

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017.

²⁹ ALVIM, Agostinho, **Da Inexecução das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 142

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 235

³¹ *Ibidem*, p. 238

³² *Ibidem*, p. 238

linha de pensamento, para que o ordenamento jurídico reconheça a responsabilidade do indivíduo de reparação pelo dano que cometeu ao lesado é necessário que se reconheça o prejuízo que tenha ocorrido, ou seja, aquele que sofreu um dano deve demonstrar que aquele ato violou um direito seu. *“Para alcançarmos um conceito estritamente jurídico de dano, devemos partir da noção de interesse. É necessário examinar se há interesse jurídico na reparação”*.³³

Neste contexto, importante afastar a reparação de danos como um suposto direito subjetivo da vítima, pois a responsabilidade civil abarca todas as violações dos comportamentos subjetivos realizados pelas pessoas. Por fim, *“o critério de seleção de danos não será aquele dado estrutural do direito subjetivo. Mas também de outros interesses que o ordenamento leva em consideração sobre vários perfis”*.³⁴

Temos como certo que o ponto nodal nesta questão é a definição de dano; tudo é uma questão de conceito. Doutrina e jurisprudência partem de uma noção aberta, de um conceito amplíssimo ao definirem o dano pelos seus efeitos ou consequências. Dizer que dano é prejuízo ou, no caso do dano moral, que é dor, vexame, sofrimento e humilhação significa conceituar o dano pelas suas consequências. Sem assentamento de premissas corretas, um ponto de partida firme, doutrina e jurisprudência não terão limites na criação de novos danos.³⁵

Por fim, conclui-se que dano é violação a um bem ou interesse juridicamente tutelado, independente de qual seja sua natureza, patrimonial ou referente a integridade pessoal da vítima.

O último pressuposto a ser analisado será o nexo de causalidade, neste será observado se o agente deu causa ao resultado, vez que ninguém pode responder por algo que não fez, com muito mais razão não se deve analisar a culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano.³⁶

Sendo assim, é necessário que a conduta do agente tenha relação com o dano gerado. Isto porque, não haveria razão de se responsabilizar alguém a reparar um dano apenas por ter cometido uma conduta, sem que houvesse a

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; RESEVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p. 239

³⁴ Ibidem, p. 240

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93

³⁶ Ibidem, p.62

configuração do dano propriamente dito. Deste modo, é necessário que a conduta do agente tenha como efeito o dano ao ofendido.

Para que se tenha o nexo causal, não basta apenas que o agente tenha cometido uma conduta ilícita. É preciso que o dano tenha ocorrido a partir de uma conduta ilícita do agente e que exista entre ambas uma relação de causa e efeito. Conclui-se, então, que o dano tenha ocorrido a partir de um ato ilícito e que o prejuízo da vítima seja resultante desse ato.³⁷

Além da responsabilização por conduta culposa que resulte em dano, pode-se constatar também que há possibilidade de haver responsabilidade civil sem culpa, este será abordado no próximo tópico do presente. Mas que fique claro, que apesar de haver a possibilidade sem a presença do pressuposto culpa, isso não ocorre quanto ao nexo de causalidade, ou seja, não se pode ter responsabilidade civil sem nexo causal. Sendo este elemento indispensável tanto na responsabilidade civil subjetiva, quanto na objetiva.

Conclui-se, então, que para essa teoria subjetiva só haveria a reparação do dano se houvesse a comprovação de culpa, o que nem sempre é possível. Deste modo, surge a teoria da responsabilidade objetiva, que vem para garantir a responsabilização nas situações que não eram amparadas pela teoria subjetiva.

2.3. Responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco

A responsabilidade objetiva, também é conhecida como teoria do risco, pois toda pessoa que exerce uma atividade, cria um risco de dano para terceiros. Esta teoria parte do pressuposto que a reparação do dano deve ocorrer independente do elemento culpa. A lei impõe, em determinadas situações, que o causador do dano repare aquele que foi lesado independente de culpa por parte daquele. O fundamento principal desta teoria é que todo dano é indenizável e deve ser reparado por aquele que se liga por um nexo de causalidade.³⁸

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.62

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48

caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento.³⁹

Sendo assim, para a responsabilidade objetiva basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano. Para a Teoria do Risco, aquele que exerce atividades de risco deve assumi-los e reparar possíveis danos que venham a ocorrer delas. Sendo assim, para essa teoria, surge para o lesado o direito de ter seu prejuízo ressarcido por aquele que o causou, independente deste ter agido com culpa ou não.

Apesar do Código Civil brasileiro regular a responsabilidade objetiva em casos especiais, como nos arts. 927, parágrafo único e 931, e ter sido sancionada em diversas leis esparsas, a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, ficando limitada aos seus justos limites.⁴⁰

Art. 927.(...)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.⁴¹

Quando o parágrafo único em estudo estabelece que a atividade provoca risco por sua natureza, o legislador quis dizer que a atividade a ser desempenhada neste caso já tem intrínseco nela a natureza de risco. Neste sentido, mesmo que aquele que pratique a atividade de risco tomar todos os cuidados necessários, pode ser que mesmo assim o dano ocorra, uma vez que a natureza da atividade é de alto risco de ocorrência de dano.

Nesse sentido, RODOLFO PAMPLONA diz

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.⁴²

³⁹ Ibidem, p. 48

⁴⁰ Ibidem, p. 48

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59

Sendo assim, enquanto que na responsabilidade subjetiva a culpa estava relacionada ao homem, ao pessoal, ao subjetivo; na teoria do risco, este é ligado às consequências do serviço, às complexas atividades desenvolvidas pelo indivíduo. O risco vai além do desejo íntimo da pessoa.

3. Responsabilidade civil do prático

Como posto anteriormente ao se falar sobre responsabilidade civil, é sabido que o Ordenamento Jurídico brasileiro adota a teoria clássica da responsabilidade civil como regra geral, ou seja, para que se tenha a responsabilização do indivíduo, é necessário que se tenha o elemento culpa.

Neste contexto, para determinar quais são os limites da responsabilidade civil do prático, será necessário primeiro compreender a relação jurídica desse profissional com o comandante do navio e, também, com o proprietário/armador. Para isso, será necessário definir cada personagem e determinar os limites de sua responsabilidade.

O comandante será aquele que detém o comando do navio, desempenhando funções de grande importância durante toda a viagem marítima. Pela multiplicidade e complexidade de suas funções, pode-se dizer que este possui o cargo de maior confiança a bordo do navio. Vez que, sendo maior autoridade do navio, exercerá funções de direito público e privado, fazendo valer a legislação, normas e regulamentos vigentes.

A legislação brasileira por meio da Lei nº 9.537/97 em seu artigo 2º, inciso IV define:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições: IV - Comandante (também denominado Mestre, Arrais ou Patrão) - tripulante responsável pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança, extensivas à carga, aos tripulantes e às demais pessoas a bordo;⁴³

Então, pode-se dizer que a responsabilidade do comandante do navio se destaca do resto da tripulação, vez que é figura principal do navio. Sendo assim, responderá pelos acidentes sofridos pelo navio e pela carga no

⁴³ BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

decorrer da jornada, uma vez que, é confiada a ele a responsabilidade de segurança daqueles.⁴⁴

Por se tratar de figura máxima abordo do navio, o comandante responde em casos de acidentes que venham a ocorrer durante a navegação, já que o armador confiou a ele a responsabilidade sobre o navio e as mercadorias que ali estão. Neste contexto, os Tribunais Marítimos entendem aplicar, como regra geral, a responsabilidade civil subjetiva ao comandante, estabelecida em culpa no sentido *lato sensu*.

A exceção que existe é nos casos de danos decorrentes de caso fortuito ou força maior, neste caso o comandante não poderia ser responsabilizado pelos prejuízos causados. Entretanto, é necessário que se comprove que o acidente não tenha decorrido de negligência ou imperícia do comandante, fato este de difícil comprovação pelas condições de trabalho dos comandantes, vez que se encontram isolados em suas expedições marítimas.

Portanto, a segurança da navegação é responsabilidade exclusiva do comandante, na esfera de ação de seu navio. Essa responsabilidade é intransferível, devendo o comandante assumir pessoalmente a direção do navio todas as vezes que este se encontrar em águas restritas ou em mar aberto, nas hipóteses de risco, perigo ou emergência.⁴⁵

Sobre esse ponto, conclui-se que, se comprovado que o acidente decorreu de erro de navegação diretamente do comandante, este será responsabilizado civilmente pelos prejuízos. Em contrapartida, se o sinistro adveio de uma das excludentes de responsabilidade, aquele estará isento de responder pelos prejuízos decorridos.

Segundo entendimento da comunidade marítima internacional, o armador é quem tem o dever de indenizar em casos de sinistros, vez que estes são possíveis durante toda viagem marítima. O armador será aquele responsável por preparar a embarcação para empreender numa expedição marítima, ou seja, será aquele que permitirá que o navio esteja em condições de navegabilidade para finalidade comercial. Segundo Eliane M. Octaviano Martins,

Considera-se armador (owner) o empresário individual (pessoa física) ou sociedade empresária (pessoa jurídica) que procede a armação da embarcação de sua propriedade ou não e a explora comercialmente. Efetivamente, armador é a pessoa física ou jurídica que exerce a titularidade da função

⁴⁴ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 111

⁴⁵ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113

náutica ou da empresa naval. O armador, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta o navio com fins comerciais, pondo-o ou não a navegar por sua conta. Armar um navio é aprestá-lo, colocando-o no estado de navegabilidade (seaworthiness e cargoworthiness).⁴⁶

A Lei nº 9.537/97 em seu artigo 2º, inciso III diz:

III - Armador - pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta;⁴⁷

Na esfera internacional é entendimento majoritário que é responsabilidade do armador ou proprietário do navio o ressarcimento de danos causados a terceiros. A legislação brasileira, por sua vez, não tratou com muita clareza quanto aos limites da responsabilidade deste.⁴⁸

Isto posto, os tribunais vêm se movimentado em direção ao entendimento de que quando o armador e o proprietário forem a mesma pessoa cabe responsabilidade objetiva pelas avarias decorrentes da navegação, com base na Teoria do Risco. Contudo, no caso em que se afaste a figura do armador e do proprietário, a tendência dos tribunais é a de que recaia sobre o proprietário a responsabilidade civil subjetiva. Eliane M. Octaviano Martins em sua obra ensina,

Considerando o exercício da atividade empresarial, nas hipóteses de propriedade e armação assumidas pelo mesmo sujeito ou por parcerias, nas figuras clássicas de armador-proprietário (*ship-owner*), armador-gerente (*managing owner* ou *ship's husband*) e coarmação (*joint owner*), a tendência dos Tribunais no âmbito cível e administrativo é consagrar a responsabilidade objetiva ou teoria do risco profissional do armador, imputando-lhe responsabilidade independentemente de culpa. A *contrario sensu*, havendo distanciamento da figura do proprietário da situação jurídica do armador, ou seja, em sede de responsabilidade civil e administrativa, revela-se tendência de responsabilidade subjetiva dos proprietários de navios, salvo exceções legais.

Como falado anteriormente, a figura do prático surge para prestar assessoramento ao comandante do navio quanto este se aproxima do porto, ou melhor, quando se encontrar na zona de praticagem. A legislação

⁴⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. 4 ed. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2013, p.303

⁴⁷ BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017

⁴⁸ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.120

brasileira é clara ao determinar que é obrigatório o uso do profissional. “*A praticagem, conforme definida em lei, é atividade essencial de interesse público, não havendo qualquer possibilidade de sua não utilização por parte dos armadores, nem tampouco de sua não prestação por parte dos práticos.*”⁴⁹

A mais disso, segundo a Lei 9.537/97 dispõe que o prático não pode se recusar à prestar o serviço. Isto posto, surge a discussão se o contrato entre o armador e o prático seria mesmo o de prestação de serviço.

Apesar de alguns doutrinadores não reconhecerem que a relação do serviço de praticagem se dá a partir de um contrato de prestação de serviço entre o armador e o prático, o presente estudo reconhece que sim. Vez que esse contrato se caracteriza por ser acordo bilateral, oneroso e de execução consecutiva. Além disso, esse contrato será firmado com a pessoa jurídica a qual o prático está associado.

Sanada essa questão, importante lembrar que o prático exercerá atividade de direção da navegação, assessoramento ao comandante do navio e este serviço é constituído pelo prático, lancha de prático e atalaia. Neste sentido, as atividades do prático começam no momento do embarque ou a partir do momento que a navegação está sendo conduzida sob os comandos do prático.

A questão que surge neste sentido é a de que caso ocorra algum acidente, algum abalroamento ou qualquer dano à embarcação, em qual proporção responderia civilmente o prático. Há quem entenda que o prático está isento de qualquer responsabilidade civil, sob os seguintes fundamentos: o comandante do navio não está obrigado a seguir as diretrizes do prático, podendo dispensá-lo a qualquer momento; os prejuízos causados em casos de acidentes de navegação são exorbitantes e desproporcional para que um prático ou uma comissão arque com o prejuízo; e por fim, o Ordenamento Jurídico Brasileiro adora como regra geral a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, respondendo dessa maneira os armadores dos navios.

Quando ao argumento de que o comandante pode se desfazer da assessoria do prático quando achar necessário, Carla Adriana Comitre Gibertoni diz em sua obra:

De qualquer forma, não estará isento o Capitão do seu dever de guarda e vigilância da embarcação sob o seu comando, ainda que presente o prático a bordo, podendo inclusive retirar do Prático a direção da manobra, se

⁴⁹ PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 124

convencido que o mesmo expõe o navio a riscos, fazendo manobras erradas ou perigosas.⁵⁰

Está expresso em lei que a contratação do serviço do prático é obrigatória nas zonas de praticagem, justamente porque estas são áreas de risco e muitas vezes os comandantes não têm conhecimento dessas áreas, vez que cada porto possui suas zonas de praticagem e suas peculiaridades.

Ora, se esse profissional é contratado para exercer especificamente esta função, justamente por possuir maior destreza naquela área, espera-se nada mais que a exerça com excelência e profissionalismo. Sendo assim, seria de sua responsabilidade qualquer acidente que ocorresse ao navio neste período em que estivesse desenvolvendo suas atividades. É claro que se o comandante enxergar uma situação absurda em que o prático não encontrasse em condições de comandar a navegação naquela área ele deve intervir, pois do contrário estaria sendo omissivo diante desta situação. Mas seriam só em casos extraordinários que isso ocorreria, como por exemplo, se observasse que o prático encontrava-se embriagado.

Além disso, o segundo argumento utilizado para não atribuir ao prático a responsabilidade civil por algum acidente durante seu assessoramento é o de que o custo de um dano neste sentido seria muito desproporcional. Carla Adriana Comitre Gilbertoni defende que

Alguns países consideram o prático um simples trabalhador, isentando-os totalmente, outros lhe atribuem responsabilidade parcial e uns poucos não fazem qualquer distinção especial ou protetora. O dia-a-dia tem consagrado a isenção total posto que, reparos de navios, após abalroamento, encalhe ou colisão, sempre são calculados em montantes superiores a capacidade de pagamento de uma pessoa física ou empresa de praticagem.⁵¹

Acontece que, a praticagem é uma atividade de risco e como toda atividade de risco o profissional que a exerce deve responder dentro dos limites da sua responsabilidade. Além disso, o profissional que exerce atividade de risco recebe remuneração superior aos profissionais que não estão diariamente ligados a essas situações de risco, justamente por se tratar de uma atividade que requer maior atenção e experiência devido aos prejuízos causados caso ocorra algum acidente.

Tais pessoas auferem bônus proporcionalmente maiores, decorrentes de sua atividade e, portanto, devem assumir também um ônus maior do que os

⁵⁰ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 3 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 197

⁵¹ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 3 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 198

demais, respondendo pelos danos causados independentemente da prova de sua culpa, na expressão latina: “ubi emolumentum, ibi ônus”.⁵²

Sendo assim, o prático recebe sua remuneração pautada também nesta questão de ser o responsável por nortear o comando do navio na zona de praticagem para que chegue em segurança aos portos. É claro que não se está generalizando, para que em todos os casos os práticos respondam civilmente por danos nos navios, mas que estes respondam dentro dos limites de sua atuação, ou seja, não recaindo apenas sobre o armador a responsabilidade de reparar danos à terceiros.

Por fim, apesar do ordenamento jurídico brasileiro, em regra, utilizar a responsabilidade civil subjetiva para o caso em questão, o mais adequado é que se utilize a teoria objetiva por se tratar de uma atividade de risco, cabendo desta maneira a aplicação da Teoria do Risco.

Segundo a Teoria do Risco, aquele que exerce uma atividade que tem como essência ser de risco deverá responder por ela, mesmo que agido com toda diligência e prudência. “*O risco deve ser inerente à atividade e não resultar do específico comportamento do agente. Trata-se de uma potencialidade danosa intrínseca do que seja uma atividade organizada*”.⁵³

Então, o risco é a probabilidade de dano ao navio durante a atividade da praticagem. Sendo assim, com base na Teoria do Risco, o prático tem o dever de assumir os riscos e reparar o dano decorrente de sua atividade, neste caso, dispensável juízo de valor quanto a culpa do prático.

A mais disso, cabe fazer uma análise comparativa do Brasil com países de *common law*, estes são países em que os tribunais adotam o entendimento que o prático é responsável pela direção do navio e pode ser responsabilizado caso ocorra algum dano decorrente de sua negligência.

(...) nos países de *civil law*, como o prático é somente um assessor do capitão (quem seguirá tomando todas as decisões sobre a navegação do navio), é difícil perceber uma grande responsabilidade civil por parte do prático pelos danos ocasionados a terceiros, especialmente porque o comandante exerce as gestões náutica e comercial do navio. Por outro lado, nos países de *common law*, o prático tem em suas mãos o controle da navegação do navio, assim não

⁵² NICOLAU, Gustavo Rene. Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco. **Cadernos de Direito: Responsabilidade Civil**. São Paulo, v. 9, n. 16/17, p. 105, jan.dez 2009

⁵³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado**. PELUSO, Cezar (Coord.). 6. ed. São Paulo: Manole, 2012, p. 910

é impensável que o prático possa ser considerado responsável por danos causados pelo navio devido aos seus atos negligentes.⁵⁴

O Canadá, por exemplo, por meio da Comissão Real de Praticagem afastou o prático como tripulante do navio, mas entende que a expressão “direção” deve ser interpretada literalmente, ou seja, o prático ao assumir a direção do navio está sob o comando do mesmo, não prestando apenas um serviço de assessoria ao comandante do navio, sendo possível desta maneira recair sobre este profissional a responsabilidade civil em caso de acidente com a embarcação.

Desta forma, a conclusão que se pode chegar é a de que no momento em que o prático exerce suas atividades, este possui a direção concreta do navio, ou seja, a questão a ser analisada é a de que assumir a direção do navio é uma questão fática, e não meramente de direito. Sendo assim, resta claro que recai também sob o prático a responsabilidade em caso de ocorrência de algum acidente durante a praticagem.

Considerações finais

Apesar da atividade de praticagem não ser uma novidade, esta discussão é cada vez mais atual, vez que esta problemática é corrente no âmbito marítimo do Brasil e do mundo. Cabe salientar que a matéria de responsabilidade civil do prático reserva ainda muitas discussões. Pois tal assunto não se encontra ainda pacificado nos tribunais.

É certo que, os tribunais têm atualmente uma tendência ao entendimento de não responsabilização do prático nos casos de acidentes aquaviários e avarias nos navios. Entretanto, com o surgimento da ideia de responsabilizar o prático, sob o fundamento da responsabilidade civil pautada na teoria do risco, essa discussão vem ganhando espaço e destaque cada vez maior.

O presente trabalho buscou defender essa nova corrente que vem surgindo, no sentido do profissional piloto prático responder dentro dos limites da sua responsabilidade por desenvolver uma atividade de risco. Assim, diante de uma situação de dano ao navio durante o exercício da atividade de praticagem, aquele profissional responsável pelo comando do navio na zona de praticagem deveria ser responsabilizado.

⁵⁴ GUTIÉRREZ, Norman A. Martínez; CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Limitação da Responsabilidade Civil do Prático. **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. São Paulo, vol. 1, n.5, p. 31, nov-dez. 2011

Referências

- ALVIM, Agostinho, **Da Inexecução das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BRASIL. **Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998**. Regulamenta a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2596.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 de abr. de 2017.
- BRASIL. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Diretoria dos Portos e Costas. “**Normas da autoridade marítima para serviços de praticagem (Normam 12)**”. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/normam12_0.pdf>. Acesso em: 20 de mai. de 2017
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev.ampl. São Paulo: Atlas S.A, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3 ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013
- GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 3 ed. atual. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado**. PELUSO, Cezar (Coord.). 6. ed. São Paulo: Manole, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GUTIÉRREZ, Norman A. Martínez; CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Limitação da Responsabilidade Civil do Prático. **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. São Paulo, vol. 1, n.5, p. 28 - 46, nov-dez. 2011

- MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. 4 ed. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2013.
- NICOLAU, Gustavo Rene. Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco. **Cadernos de Direito: Responsabilidade Civil**. São Paulo, v. 9, n. 16/17, p. 93-110, jan.dez 2009.
- PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, Filipe Carvalho de Moraes Silva; SILVA, Francisco Carlos de Moraes. **Agenciamento Marítimo: Atribuições e Responsabilidades**. Vitória: Nocacom, 2015.

DERECHO COMERCIAL-FINANCIERO

**O embate comercial travado entre China e Estados Unidos:
os reflexos econômicos gerados para o Brasil^(*)**

**The trade clash between China and the United States:
the economic repercussions generated for Brazil**

**La batalla comercial entre China y Estados Unidos:
sus reflejos en la economía de Brasil**

Marcelo Fernando Quiroga Obregon¹

Bruna Maria Drews Villas²

Sumário: Introdução. **1.** A ascensão da China enquanto potência econômica no mercado mundial. **2.** A eleição de Donald Trump e a implementação de medidas nacionalistas (*America First*). **3.** A criação de taxas americanas sobre o aço e o alumínio estrangeiro e a retaliação chinesa: o aumento da tarifação de produtos

(*) Recibido: 24 setiembre 2018 | Aceptado: 10 enero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doutor em Direito. Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

² Discente do 10º (décimo) período matutino, do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. brunadrewsvillas@gmail.com

americanos. 4. O posicionamento da OMC e os reflexos econômicos para o Brasil. – Conclusão. – Referências.

Resumo: A presente composição tem por intenção analisar de que forma o recente abalo, ocorrido nas relações comerciais sino-americanas, pode influenciar no mercado brasileiro. A princípio, será analisado de que forma ocorreu a ascensão chinesa, enquanto potência comercial no mercado internacional. Em segundo, examinar-se-á como a eleição nos Estados Unidos, com consequente nomeação do republicano Donald Trump, conhecido por sua política nacionalista *America First*, contribuíram para o aumento da animosidade e competitividade em relação à China no cenário mundial. Após, será perpassado o momento, considerado por muitos economistas como sendo o estopim desse embate comercial velado, no qual as relações comerciais entre os mencionados países se tornou mais hostil, em razão do aumento do imposto americano sobre o aço e o alumínio. Não obstante, será avaliado, também, a forma com que se deu o contra-ataque chinês, mais especificamente em relação ao aumento da tarifação sobre 128 (cento e vinte e oito) produtos americanos. Por fim, será consignado o posicionamento da Organização Mundial do Comércio (OMC) diante de tais desavenças comerciais e os reflexos ocasionados para o Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional, Direito Comercial Internacional, embate comercial, China, Estados Unidos, aumento da tributação sobre aço e alumínio.

Abstract: The present composition is intended to analyze how the recent shock, which occurred in Sino-US trade relations, may influence the Brazilian market. At the outset, it will be analyzed how the Chinese rise occurred as a trading power in the international market. Second, it will examine how the election in the United States, with the consequent appointment of Republican Donald Trump, known for his nationalist politics *America First*, contributed to the increase of animosity and competitiveness towards China on the world stage. After that, the moment will be crossed, considered by many economists to be the source of this veiled trade clash, in which trade relations between those countries became more hostile, due to the increase of the American tax on steel and aluminum. However, it will also be evaluated how the Chinese counterattack occurred, more specifically in relation to the increase in tariffs on 128 (one hundred and twenty-eight) American products. Finally, the position of the World Trade Organization (WTO) will be

consigned in the face of such trade disputes and the repercussions for Brazil.

Keywords: International Right, International Commercial Law, Commercial Shock, China, U.S.A., increased taxation on steel and aluminum.

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo analizar de qué forma, lo ocurrido en las relaciones comerciales chino-americanas, puede influenciar en el mercado brasileño. En principio, se analizará de qué forma se produjo el ascenso chino, como potencia comercial en el mercado internacional. En segundo lugar, se examinará cómo la elección en Estados Unidos, con el consiguiente nombramiento del republicano Donald Trump, conocido por su política nacionalista *America First*, contribuyó al aumento de la animosidad y competitividad hacia China en el escenario mundial. Después, se revisará el momento, considerado por muchos economistas como el detonante de ese embate comercial velado, en el que las relaciones comerciales entre los mencionados países se han vuelto más hostil, debido al aumento del impuesto estadounidense sobre el acero y el aluminio. Se evaluará también la forma en que se dio el contraataque chino, más específicamente en relación al aumento de aranceles en 128% sobre los productos americanos. Por último, se consignará el posicionamiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ante tales desavenencias comerciales y los efectos en la economía de Brasil.

Palabras clave: Derecho internacional. Derecho Comercial Internacional. Embate Comercial. China. Estados Unidos. Aumento de la tributación sobre el acero y el aluminio.

Introdução

Após o fim da Guerra Fria, a China teve sua administração centralizada nas mãos do Partido Comunista, que implantou em seu território uma política nacional de desenvolvimento. Aos poucos, dada a vasta disponibilidade de mão de obra barata e extensão territorial, os chineses passaram a ser convidativos às grandes empresas multinacionais.

Em pouco tempo, a China se desenvolveu tecnologicamente, graças aos conhecimentos e apetrechos trazidos pelas multinacionais, vindo a figurar, nos dias atuais como a segunda maior potência econômica do mundo.

Em contrapartida, a maior potência econômica (Estados Unidos), desde as eleições ocorridas em 2016 (dois mil e dezesseis) vem sofrendo mudanças profundas em sua administração, tendo impactado diretamente em suas relações comerciais internacionais.

Com a vitória do novaiorquino, candidato do partido republicano, Donald Trump, instalou-se em território americano a política por ele concebida, a qual recebeu a alcunha de *America First*. Com ela, Trump visa desenvolver economicamente a nação americana, priorizando-a frente aos demais países com quem se relaciona no cenário mundial³.

Uma das medidas mais polêmicas empreendidas por Trump consistiu na criação de taxas sobre o aço e o alumínio estrangeiro, como forma de fortalecer a indústria americana em detrimento de produtos importados. É cediço, no entanto, que muitos países foram retirados da lista a qual se aplicaria o aumento, restando, somente a China.

Ante tal posicionamento hostil, o governo chinês apresentou uma ação contra os Estados Unidos na OMC, pela imposição das taxas de importação, que culminaram em milhões de dólares. Além disso, o mercado chinês tratou de retaliar a medida, implantando, também, um aumento sobre tarifação de 128 (cento e vinte e oito) produtos americanos.

Segundo as recentes manifestações da Organização Mundial de Comércio, a guerra comercial travada pela China e pelos Estados Unidos pode ir além da imposição de barreiras tarifárias, podendo repercutir negativamente sobre o cenário mundial, inclusive sobre o Brasil, conforme será visto a seguir.

1. a ascensão da china enquanto potência econômica no mercado mundial

Em meados de 1978, a China era regida pelo Partido Comunista, o que acabou por impactar na economia do país, a qual foi se tornando planejada e centralizada, graças à uma política de nacional desenvolvimento.

Após, por volta dos anos 2000, o governante Deng Xiaoping investiu fortemente na educação, privatizou inúmeras empresas estatais e acolheu inúmeras multinacionais em seu território.

³Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40131127>

A abertura para as grandes multinacionais, fora visada pois as empresas viam na China uma grande oportunidade de fazer uso de mão de obra barata e de um vasto mercado interno. Dada à vasta extensão territorial, a China também pôde contar, também, com uma grande disponibilidade de matéria prima própria.

Assim, graças às tecnologias e apetrechos trazidos pelas multinacionais, os quais foram absorvidos e aprimorados pelo mercado chinês, o país passou a crescer exponencialmente frente ao mercado internacional. Contudo, ao contrário da animosidade alimentada por Trump, os diplomatas chineses não visavam fomentar uma relação de competição com os americanos no mercado global.

Ao contrário, os diplomatas concluíram que não deveriam almejar o domínio do comércio internacional, à época pertencente dos Estados Unidos, mas sim estabelecer uma relação de cooperação com esse país.

Isso porque, os americanos representavam a melhor fonte de tecnologia para os chineses, sob a forma das empresas multinacionais que se instalaram no país, além de representarem uma grande fonte de investimento e de demanda por seus produtos⁴.

Assim, diferentemente do que acredita o atual presente norte-americano, a ascensão comercial da China se deu de forma pacífica, sem qualquer vestígio de antiamericanismo ou intuito de acirrar uma competição pelo mercado global.

Atualmente, a China figura como a maior economia exportadora do globo, vindo a fornecer produtos e insumos, sobretudo, para a União Européia e para os demais países do continente Asiático.

Contudo, paralela à ascensão chinesa, os Estados Unidos da América, também enquanto potência econômica, vieram a presenciar inúmeras modificações em sua gestão e economia, o que acabou por eclodir em um embate comercial velando entre ambos os territórios.

2 a eleição de donald trump e a implantação de medidas nacionalistas (*america first*)

Após vencer as eleições presidenciais em 2016 (dois mil e dezesseis), o novaiorquino, membro do partido republicano, Donald Trump começou a implantar a política por ele defendida em sua campanha, a qual recebeu a alcunha de *America First*.

⁴Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/geopolitica/noticia/1433/A-ascensao-da-China/>

Segundo o jornalista Paul Adams, correspondente da BBC News nos Estados Unidos, a política de Trump sinaliza a restauração da liderança americana no cenário mundial, de forma que os recursos diplomáticos, econômicos e militares dos EUA estejam voltados estritamente à promoção da prosperidade americana⁵.

As medidas adotadas pelo presidente consistem em um projeto altamente nacionalista e protecionista, no qual Trump pretende fortalecer a economia e o mercado interno dos Estados Unidos, ao priorizar os produtos e insumos nacionais em detrimento dos importados, conforme documentado por Laporta e Gomes⁶.

Em uma das aparições públicas do presidente, o Diretor do Conselho Econômico Nacional americano, Herbert McMaster, afirmou que “America First, não significa América sozinha”, deixando claro que a intenção do presidente é ter uma abordagem altamente competitiva, de forma a restaurar a liderança americana, fazer com que ela atinja a posição de glória e respeito, que anteriormente lhe era atribuída⁷.

Outro ponto mencionado durante os comícios de Trump, desrespeito à animosidade que o presidente alimenta em relação à China, no qual ele acusa o país de ter se apropriado de patentes de tecnologia de ponta para atuar no mercado chinês, descartando as multinacionais americanas que lá se instalaram.

Tal comportamento hostil veio a culminar em uma série de medidas protecionistas as quais acabaram por prejudicar os países que comerciavam com os EUA, entre eles a própria China. Contudo, em oito de março de dois mil e dezoito, Trump anunciou a imposição de novas taxas sobre o aço e o alumínio importados.

3 A criação de taxas americanas sobre o aço e o alumínio estrangeiro e a retaliação chinesa: o aumento da tarifação de produtos americanos

Conforme mencionado acima, uma das medidas protecionistas lançadas por Donald Trump consistiu na imposição de taxas de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o aço e 10% (dez por cento) sobre o alumínio importado

⁵Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40131127>

⁶Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>

⁷Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40131127>

pelos Estados Unidos de países estrangeiros. Dentre os principais atingidos encontra-se a China e o Brasil.

Para decretar o aumento da tributação sobre os mencionados insumos, Trump acionou um dispositivo criado para defender a segurança nacional americana, denominado seção 232, que não era utilizado desde à posse de Barack Obama, em 2011 (dois mil e onze).

O republicano pauta-se na ideia de que esses recursos foram desprivilegiados no próprio cenário nacional, por importações estrangeiras, havendo a necessidade de recuperar tal posição.

Ocorre que os EUA possuíam, até o corrente ano, um déficit comercial de 800 (oitocentos) bilhões de dólares, sendo 500 (quinhentos) bilhões de dólares em relação à China. Assim, o presidente entendeu por bem contrapor-se à importação dos insumos chineses, afim de evitar maiores prejuízos ao mercado americano.

Contudo, segundo Robert Lighthizer, outro representante do comércio americano, o republicano pretende excluir inúmeros dos países estrangeiros os quais estavam incluídos na lista de taxaço do aço e do alumínio.

Dentro os países citados, encontram-se todos os países que atualmente compõem a União Européia, a Coreia do Sul, Argentina, Austrália e até mesmo o Brasil⁸.

As isenções também já haviam sido apresentadas em relação ao Canadá e ao México, considerados parceiros comerciais dos americanos. Sabe-se, contudo, que segundo consta nos dados de 2017 (dois mil e dezessete), a somatória do Canadá, Brasil, Coreia do Sul, México e Alemanha somam 52% (cinquenta e dois por cento) das importações americanas, o que não encontraria exata consonância com o discurso de Trump.

Isso porque, conforme mencionado acima, a ideia trazida pelo America First, implica no fortalecimento do mercado interno americano e, ao conceder tais isenções, tem-se que Trump não está exatamente primando por tal medida, o que acabou por acirrar o clima de animosidade em relação à China, que não foi incluída entre os países a serem isentados quanto à exportação.

Portanto, paulatinamente, o presidente republicano pretende um a um dos países listados para sofrer o aumento, deixando, tão somente a China para arcar com tais encargos. Ante a essa clara afronta, o governo chinês tratou

⁸Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/eua-vaao-excluir-brasil-ue-e-outros-paises-de-taxacao-sobre-o-aco-diz-autoridade-de-comercio-norte-americano.ghtml>

de entrar com uma ação perante a Organização Mundial do Comércio, exigindo uma reação quanto à medida negativa adotada pelos EUA.

Não bastasse as taxações já adotadas, Trump também se manifestou com a intenção de impor mais 100 (cem) bilhões de dólares em tarifas sobre produtos chineses, que vão além de meros insumos como o aço e o alumínio⁹.

Concomitantemente, o governo chinês tratou de editar novos regimentos prevendo o aumento sobre 128 (cento e vinte e oito) produtos americanos dentro de seu território nacional, dentre os quais estão a soja e os automóveis.

O porta-voz do governo chinês, Geng Shuang, anunciou que “Qualquer tentativa de colocar a China de joelhos com ameaças e intimidações nunca terá êxito. Tampouco terá êxito dessa vez”¹⁰.

Em poucas palavras, o governo chinês mandou uma mensagem aos americanos de que, enquanto sociedade milenar, a China não se colocará à mercê de estrangeiros, na posição de subalternidade.

No entanto, ocorre, por exemplo, que um terço da produção da soja americana é vendida para a China, estimando 14 (quatorze) bilhões de dólares, o que importará em uma perda considerável para a economia americana.

Por outro lado, a população numerosa da China carece do recebimento deste produto, o que segundo relata o economista-chefe da Ásia na Capital Economics, não será possível suprir, dado que o EUA atualmente é o único capaz de fornecer a quantidade necessária de soja para atender-los¹¹.

Assim, é possível vislumbrar a situação hostil em que se encontram envolvidas ambas as potências comerciais, por um lado há a tentativa de se afirmarem enquanto nações autossuficientes, dispostas a acirrar o clima de competitividade, por outro há a real necessidade em suprir as demandas internas do país.

⁹Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>

¹⁰Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/eua-vao-excluir-brasil-ue-e-outros-paises-de-taxacao-sobre-o-aco-diz-autoridade-de-comercio-norte-americano.ghtml>

¹¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/china-retalia-tarifas-dos-eua-e-adota-taxas-sobre-soja-e-avioes.ghtml>

4. O posicionamento da omc e os reflexos econômicos para o brasil

Em entrevistas ocorridas ainda no ano de 2018 (dois mil e dezoito), o Diretor Geral da Organização Mundial do Comércio, Roberto Azevedo se manifestou afirmando que teme que a guerra comercial travada entre China e Estados Unidos possa ir mais além do que um simples embarreamento tarifário, perpassando o conflito para áreas delicadas, podendo acarretar, inclusive, em uma tensão bélica¹².

Azevedo não quis exemplificar outros mecanismos de que poderiam ser utilizados como munição para ambos os países no embate comercial, sob a alegação de que não deseja alimentar, ainda mais, as tensões estabelecidas entre americanos e chineses.

É cediço que, quando um país deseja questionar as práticas comerciais de um outro país, lhe é facultado abrir um painel na Organização Mundial do Comércio, solicitando mudanças e até mesmo o aval da organização, enquanto mediadora e avaliadora do mercado internacional, para retaliar o país concorrente.

Nesses painéis, são avaliadas as retaliações a serem consentidas, caso a caso, cabendo à Organização analisar se haverá danos ou situações injustamente concorrenciais, de forma que, pode ocorrer, de ambos os países serem autorizados a adotar tarifas específicas por tempo determinado, a fim de aplacar a animosidade comercial eventualmente estabelecida.

No entanto, segundo os dados da própria OMC, o volume de disputas comerciais vem crescendo nos últimos meses, tendo a organização sido acionada, por intermédio dos casos de solução de controvérsias os quais são disponibilizados, mais do que ocorrido em 16 (dezesseis) anos.

Uma das medidas adotadas pela OMC é tentar apaziguar o clima de animosidade com negociações, de forma a confortar os países envolvidos. No entanto, as queixas se perpetuam e os Estados Unidos já se manifestaram insatisfeitos com os órgãos de apelação da própria organização, o que dificulta a possibilidade de abrandamento.

Por outro lado, a China tem recorrido corriqueiramente à OMC, em razão do acirramento das taxações americanas sobre os produtos chineses, tendo obtido medidas controversas dentro da instituição, ora lhe beneficiando e ora lhe prejudicando, sem, contudo, desferir insatisfações contra a organização, da qual se tornou membro apenas em 2001 (dois mil e um).

¹²Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/guerra-comercial-pode-ir-alem-de-barreiras-tarifarias-diz-omc.shtml>

Ante este cenário, o presidente da AEB, declara que “a China está tentando mostrar a comunidade internacional que ela está seguindo as regras, e os EUA não”. Em outras palavras, enquanto Trump insiste em sustentar um discurso de tarifação, ainda que sem respaldo da OMC, a China tem acatado as medidas sancionadas, mesmo que ora elas não lhe beneficiem, em prol da paz comercial.

Contudo, há anos os EUA possuem um déficit comercial considerável, conforme citado anteriormente, em relação à China, havendo uma clara diferença de exportação e importação entre os países. Durante o mandato de Obama, tal fato foi suscitado, apontando-se ainda que as empresas americanas estavam perdendo a competitividade dentro de seu próprio território nacional¹³.

Com o fito de equilibrar este cenário, após ser eleito, Trump tentou reduzir o rombo em relação à dívida com a China, ofertando ao país um novo plano para comprar mais de seus produtos, tendo sido negada.

Assim, ante a guerra comercial instaurada, conforme registra Pamplona¹⁴ “a escalada de barreiras cria muita incerteza e vai afetar o comércio e o PIB mundial. Decisões e investimentos serão feitos com mais cautela, a taxa de câmbio em países emergentes já reflete a instabilidade internacional”.

Caso as negociações mediadas pela OMC não obtenham êxito e a situação de animosidade não seja aplacada entre os dois países, acredita-se que o conflito poderá afetar de forma contundente a economia de outros países, uma vez que as cadeias de produção e consumo estão mundialmente interligadas.

Ademais, tem-se que o desequilíbrio comercial também exerce grande pressão sobre o câmbio, o que implica em uma grande valorização do dólar em relação às demais moedas, especialmente nos países emergentes como o Brasil, o que segundo o mencionado funcionário da AEB, “essa queda estimularia a exportação, mas implicaria na importação, que ficaria mais cara”¹⁵.

O temor real resiste no efeito mais pessimista que poderia ser desencadeado pela intensificação das tensões geopolíticas, podendo vir a desencadear

¹³Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>

¹⁴Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>

¹⁵Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>

conflitos reais e de caráter militar, podendo gerar repercussões irreparáveis e devastadoras para todo o globo.

Assim, ainda que a China seja ainda considerada uma economia semi-aberta, por não ter preenchido as 15 (quinze) medidas sugeridas pela OMC, o acirramento deste embate, entre as duas principais nações comerciais do mercado internacional, poderá acarretar em recessão.

Um exemplo drástico de como a recessão pode ser devastador e até fomentador de guerras, consiste no *crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929 (mil novecentos e vinte e nove), que levou países fragilizados a fecharem suas economias, adotando uma política de guerra comercial, o que acabou por culminar na Segunda Guerra Mundial¹⁶.

Ademais, em relação especificamente ao Brasil, tem-se que o país é o segundo maior exportador de aço para os Estados Unidos, sendo tais vendas equivalentes a um terço das exportações brasileiras.

Após a adoção da mencionada medida protecionista de Trump, o Instituto Aço Brasil informou que as siderúrgicas nacionais sofreriam danos significativos, devendo o país entrar imediatamente com recurso junto à OMC.

Contudo, conforme relatado anteriormente, o novaiorquino já se manifestou, ainda que não tenha implementado nada concreto, de que está propenso a retirar o Brasil, bem como outros países, da lista de taxaço do aço e do alumínio, concedendo-lhes isenções.

O Brasil atualmente ostenta uma pauta de exportação dominada por matérias primas, podendo ter seus rendimentos afetados, quer seja pela negativa do nacionalismo americano, quer seja pela positiva da necessidade em comercializar da China.

Com o intuito mediar tal situação conflitosa, o Brasil empreendeu, na segunda metade do mês de 2018 (dois mil e dezoito) incursões ao EUA, afim de demonstrar que as suas exportações não oferecem riscos à segurança e soberania nacional do país.

Intenciona-se, com tais medidas, um desfecho positivo em relação às exportações brasileiras, no qual o Brasil não seja drasticamente atingido por restrições comerciais em relação aos americanos.

¹⁶Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>

Por outro lado, segundo o geógrafo e professor assistente de Estudos Internacionais da Universidade da Califórnia, Gustavo Oliveira, todas as perspectivas descritas pela mídia e pelos recentes estudos da OMC não estão mensurando os eventuais benefícios ou prejuízos para os pequenos agricultores e a classe trabalhadora brasileira.

Afirma Oliveira que "O grande problema da forma como esse assunto vem sendo falado em toda a mídia é tratar países como se fossem um bloco único com interesses únicos. No curto prazo, o fato de que existem dois grandes exportadores de soja: Brasil e EUA, e um grande comprador, a China, que está deixando de comprar dos EUA, aumentou o preço da soja doméstica. Mas isso não é necessariamente bom para quem não está no setor de soja. Os pequenos agricultores, na grande parte, não estão se beneficiando com isso"¹⁷.

Em outras palavras, destaca-se que a crise comercial deve levar em conta, igualmente, a forma com que a produção e as relações exteriores podem se desenrolar no Brasil, tendo a dependência da China em relação à soja e os outros produtos americanos se desmantelado em grau significativo.

É possível que o Brasil, ante as possíveis novas taxações a serem implantadas por Trump, virem alvo de importação dos chineses. Contudo, caso a China opte por acabar com a situação de animosidade comercial com os EUA, é possível que ela refaça o pacto com os americanos, redirecionando a sua importação para o país concorrente.

Caso essa última hipótese realmente ocorra, estando o Brasil extremamente dependente da exportação para a China, ficará altamente prejudicado, posto que a produção demandada pelos chineses, para atender seu populoso território, é considerável, incorrendo o país em grandes baixas econômicas.

Afim de evitar esse cenário, o ministro da agricultura, Blairo Maggi, levou à reunião dos BRICS, a pauta com a possibilidade de aumento das cotas de farelo de soja, que o país exporta para a China.

O objetivo é demonstrar que a prioridade do governo brasileiro é não reconhecer a crescente vulnerabilidade em depender o agronegócio do país de uma grande potência como a China¹⁸.

Assim, conclui-se que a guerra comercial travada entre os dois países tem gerado uma situação de instabilidade que, ainda que não tenha desencadeado

¹⁷Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/07/31/entenda-como-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-afeta-os-agricultores-brasileiros/>

¹⁸Disponível em: <http://app.luminpdf.com>

repercussões concretas para todos, gera um sentimento de temor por todo o globo.

Conclusão

Ante a instabilidade instaurada com o embate comercial velado atualmente existente entre a China e os Estados Unidos da América, tem-se que o Brasil e outros países emergentes que orbitam entre as duas potências, podem ter suas relações comerciais fortemente abaladas.

Isso porque, conforme supramencionado, os países emergentes, como o Brasil, também foram incluídos, ainda que inconscientemente, nas listas de taxaço, sofrendo, ainda, grandes oscilaçoes quanto ao câmbio.

Portanto, para que tais implicaçoes sejam efetivamente apaziguadas, tem-se que a OMC, deverá militar de forma ativa para que as negociaçoes caminhem para a estabilidade entre as relações comerciais dos dois países.

É possível, ainda, que a organizaço, afim de cessar integralmente com a possibilidade de intensificaço da guerra comercial sino-americana, tenha de estipular sançoes mercadológicas de forma a influenciar que os países não descumpram os tratados a serem firmados entre si.

Em contrapartida, tem-se que os Estados Unidos deverão decidir entre manter a animosidade em relaço à China, podendo fortalecer internamente a sua economia, ou eliminar as taxaçoes, de forma a cessar com o embate estabelecido com o território chinês.

A China, por sua vez, como supramencionado anteriormente, pode, deliberadamente, reatar com os Estados Unidos, por intermédio de novos pactos comerciais, comprometendo-se a obter os produtos americanos, dentre os quais estão a soja, veículos carnes e outros compostos químicos, de forma a equalizar as relações comerciais entre os dois países.

No entanto, caso não seja possível, há, conforme salientado anteriormente, grandes chances de o mercado internacional ser atingido por uma espécie de recessão, dada a relevância econômica dos países envolvidos no embate.

Por fim, na pior das hipóteses, há que se considerar a possibilidade de ser instaurado um embate militar, caso a situação decadente do câmbio e do comércio internacional, intensifiquem a rivalidade entre os Estados Unidos e a China.

Referências

AMERICA FIRST? Paul Adams. 2 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40131127>> Acesso em: 10 set. 2018.

CHINA VAI A OMC CONTRA TARIFAS DOS EUA PARA O AÇO E ALUMÍNIO. Peter Reuters. 5 de maio de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-a-guerra-comercial-entre-eua-e-china-e-como-ela-pode-afetar-a-economia-mundial.ghtml>> Acesso em: 10 set. 2018.

GUERRA COMERCIAL EUA-CHINA VAI AFETAR DECISÕES DE INVESTIMENTOS, DIZ OMC. Nicola Pamplona. 19 set. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/guerra-comercial-pode-ir-alem-de-barreiras-tarifarias-diz-omc.shtml>> Acesso em: 10 set. 2018.

EUA IMPÕEM SOBRETAXA DE 25% AO AÇO IMPORTADO E 10% AO ALUMÍNIO. Marina Gazzoni. 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/eua-impoem-sobretaxa-de-25-ao-aco-importado-e-10-ao-aluminio.ghtml>> Acesso em: 10 set. 2018.

EUA VÃO EXCLUIR BRASIL E OUTROS PAÍSES DE TAXAÇÃO SOBRE O AÇO. Peter Reuters. 22 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/eua-vao-excluir-brasil-ue-e-outros-paises-de-taxacao-sobre-o-aco-diz-autoridade-de-comercio-norte-americano.ghtml>> Acesso em: 10 set. 2018.

CHINA RETALIA TARIFAS DOS EUA E ADOTA TAXAS SOBRE SOJA E AVIÕES. Marina Gazzoni. 8 de mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/china-retalia-tarifas-dos-eua-e-adota-taxas-sobre-soja-e-avioes.ghtml>> Acesso em: 10 set. 2018.

ENTENDA COMO A GUERRA COMERCIAL ENTRE EUA E CHINA AFETA OS AGRICULTORES BRASILEIROS. Júlia Dolce. 31 jun. 2018. Disponível em: <<http://app.luminpdf.com>> Acesso em: Acesso em: 10 set. 2018.

Lei de Maquila – Considerações sobre a internacionalização da empresa através da exportação (*)

Maquila Law - Considerations about the internationalization of the company through export

Ley de Maquila - Consideraciones sobre la internacionalización de la empresa a través de la exportación

Rodrigo Ribeiro Sampaio¹

Cristiana de Carvalho Almeida²

Sumário: Introdução; **1.** Considerações Econômicas e Políticas do Paraguai; **2.** Lei de Maquila: Concepção e sua regulamentação; **2.1.** Características dos incentivos fiscais paraguaios aos investimentos estrangeiros; **2.2.** Identificando as principais vantagens e situações desfavoráveis das maquiladoras; - Considerações finais; - Referências.

Resumo: Este artigo tem como objetivo abordar as oportunidades que são oferecidas no Paraguai para investidores brasileiros e estrangeiros por intermédio da Lei de Maquila, demonstrando

(*) Recibido: 19 febrero 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Paranaense – FACCAR. Pós Graduando em Comércio e Negócios Internacionais - Centro universitário de Maringá – CESUMAR. rodrigoriibeirosampaio@hotmail.com

² Docente do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. cristianaca@hotmail.com

suas vantagens e desvantagens. Com o desenvolvimento econômico e social que aquele país vem apresentando, diversas vantagens são verificadas, tanto comercial como fiscal com a redução de custos para as empresas brasileiras e estrangeiras que queiram migrar ou mesmo industrializar partes de sua produção no Paraguai por meio dos benefícios que este país pode oferecer. Atualmente o que mais atrai as empresas brasileiras e estrangeiras no processo de internacionalização de sua marca para o Paraguai é regulado pela Lei de Maquila, em vigor desde o ano 2000. Inspirada no modelo mexicano, essa lei prevê isenção de impostos para empresas estrangeiras para importar maquinários e matéria-prima, desde que o produto final seja exportado do Paraguai. Em que pesem diversas vantagens, devem ser considerados também alguns fatores específicos, destacando-se entre outros, a infraestrutura principalmente no setor de logística.

Palavras-Chave: exportação, internacionalização, Lei de Maquila, Paraguai.

Abstract: This article has the purpose of illustrating the opportunities offered to Brazilian and other foreign investors in Paraguay through the “Maquila Law”, as well as demonstrating its advantages and disadvantages. Bearing the economic and social development that this country has been presenting, several advantages are effective, both commercial and fiscal, with reduction of costs for foreign companies that want to migrate or even industrialize parts of their production in Paraguay utilizing the benefits such country can offer. Currently, what attracts Brazilian and foreign companies in the internationalization process of their brand to Paraguay is regulated by the “Maquila Law,” in effect since 2000. Likewise, inspired by the Mexican model, this law provides for tax exemption for foreign companies to import machines and raw material as long as the final goods are exported from Paraguay. Nonetheless, in spite of several advantages, certain specific factors must also be considered, such as the infrastructure in logistics.

Keywords: export, internationalization, Maquila Law, Paraguay.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo abordar las oportunidades que se ofrecen en Paraguay para inversores brasileños y extranjeros por intermedio de la Ley de Maquila, demostrando sus ventajas y desventajas. Con el desarrollo económico y social que ese país viene presentando, diversas ventajas son verificadas, tanto comercial como fiscal con la reducción de costos para las empresas brasileñas y extranjeras que quieran migrar o incluso industrializar partes de su producción en

Paraguay por medio de los beneficios que éste país puede ofrecer. En la actualidad, lo que más atrae a las empresas brasileñas y extranjeras en el proceso de internacionalización de su marca para Paraguay está regulado por la Ley de Maquila, en vigor desde el año 2000. Inspirada en el modelo mexicano, esta ley prevé exención de impuestos para empresas extranjeras para importar maquinaria y materia prima, siempre que el producto final sea exportado desde Paraguay. En que pesen diversas ventajas, se deben considerar también algunos factores específicos, destacándose entre otros, la infraestructura principalmente en el sector de logística.

Palabras clave: exportación, internacionalización, Ley de Maquila, Paraguay.

Introdução

Com a recente crise econômica, muitas empresas brasileiras estão passando por dificuldades financeiras, devido aos altos custos operacionais do Brasil para manterem suas atividades, tais como obrigações fiscais, encargos trabalhistas, instalações físicas, burocracia, alto custo logístico entre outros. Muitas delas estão buscando no Paraguai, alternativas para se tornarem mais competitivas, com a redução de custos através da Lei de Maquila³ (Lei daquele País) e internacionalizarem suas marcas através da exportação. Essas alternativas podem ser bem interessantes aos empresários brasileiros, já que a proximidade geográfica e o idioma facilitam o intercâmbio entre os países e a possibilidade de investimentos brasileiros.

Nos últimos anos, o Paraguai vem estimulando o processo de desenvolvimento em várias frentes, destacando-se entre elas a expansão agrícola e de infraestrutura. Desta forma, o país vem oferecendo grandes oportunidades para empresas brasileiras e estrangeiras que queiram investir em diversas atividades, aproveitando os estímulos e incentivos oferecidos.

A população paraguaia é de 6,9 milhões (2014), sendo que se concentra em Assunção com 2,3 milhões de habitantes e no Departamento de Alto Paraná com Ciudad del Este que conta com aproximadamente 516,8 mil habitantes.

³ A Lei de Maquila nº 1.064/97 do Paraguai e regulamentada pelo Decreto nº 9.585/2000.

Dentro desse contexto, pode-se constatar que apesar da Lei de Maquila estar em vigor desde o ano 2000, ainda há pouco conhecimento por partes dos empresários brasileiros e estrangeiros em relação a ela, bem como sobre os requisitos e procedimentos necessários para planejarem uma possível migração a fim de usufruir do regime de maquila.

Daí questionar: As empresas que operam como maquiladoras no Paraguai estão isentas de quais tributos para fins de exportação? Quais encargos trabalhistas são de responsabilidades das empresas maquiladoras? Há exigências ou limites de capital estrangeiro ou nacional? De igual modo, há restrições quanto à atividade a ser desenvolvida ou local a ser instalada a empresa maquiladora? Quais possíveis desvantagens podem ser observadas para as empresas que operam em regime de maquila no Paraguai?

Neste sentido, o presente artigo tem como objetivos: identificar os principais incentivos concedidos a Lei de Maquila pode oferecer, considerando as principais diferenças comerciais e fiscais entre uma empresa instalada no Brasil e uma no Paraguai.

Inicialmente serão apresentadas considerações sobre a situação econômica do Paraguai e sua importância no contexto da América Latina.

Na sequência serão indicados os referenciais legais para as empresas maquiladoras, analisando os principais requisitos para a criação e implementação das mesmas em território paraguaio e os seus respectivos controles.

Foi utilizado o método dedutivo com análise bibliográfica para a elaboração do presente artigo.

1. Considerações econômicas e políticas do Paraguai

A República do Paraguai integra o bloco econômico do MERCOSUL - Mercado Comum do Sul - desde sua implantação em 1991⁴. A Constituição

⁴ O MERCOSUL foi criado em 26/03/1991 com a assinatura do Tratado de Assunção no Paraguai. O bloco é composto pelos Estados fundadores Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, além dos Estados associados Bolívia (1996), Chile (1996), Peru (2003), Colômbia (2004) e Equador (2004). Em julho de 2013 a Venezuela aderiu ao bloco. O Paraguai foi suspenso do bloco em 2012, por contrariar condições diplomáticas estabelecidas pelo MERCOSUL. Após as eleições presidenciais em 2013 a Cúpula do MERCOSUL readmitiu o Paraguai ao bloco. conforme observa Dória os países membros do Mercosul inicialmente apresentaram objeções quanto ao Regime de Maquila, entendendo que o mesmo estaria violando a Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. n° 10/94.51 Entretanto, continua a autora, que o Regime de Maquila encontra respaldo como um Regime Aduaneiro Especial que está legislado no Código Aduaneiro como Admissão Temporária, estando assim autorizada pelo Mercosul. DORIA, Lucia Ruoti de.

de 1992 estabeleceu uma República democrática, baseada nos princípios da representatividade, separação dos poderes, independência do Poder Judiciário e que tem por base a proteção aos princípios da livre iniciativa e respeito à propriedade privada.

Trata-se de um país com um governo central e descentralizações administrativas e políticas compostas por Departamentos e Municípios.

O País faz fronteira com a Bolívia, Brasil e Argentina e nos últimos anos vem adotando uma política voltada para a facilitação dos processos internos, maior transparência nas contas governamentais e controle dos gastos, além de maior dinamismo econômico.⁵ Desde 2004, o país tem conseguido manter um crescimento constante em aproximadamente de 4,5% ao ano e há mais de 20 anos tem uma inflação estável em torno de 5% que também é a meta do Banco Central paraguaio.⁶

Conforme aponta Langoni, os setores em expansão são tanto no capital, como também no uso de mão de obra qualificada, e o crescimento acelerado é a única forma de garantir o desenvolvimento. Para minimizar os efeitos, devem ser propiciados estímulos fiscais para que as empresas participem mais intensamente de treinamento, qualificando pessoal bem como aumentando a oferta de educação de responsabilidade.⁷

O Paraguai está na relação dos países da América Latina com um dos melhores climas econômicos, ao lado da Colômbia, conforme levantamento realizado pelo Instituto Alemão (IFO) e o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Entre o período de 1970 a 2010, o país teve um crescimento econômico com uma taxa média de 7,2% ao ano. Este crescimento paraguaio deveu-se principalmente à construção de duas barragens que facilitaram o crescimento da indústria e um grande desenvolvimento da agricultura e pecuária,

Régimen de Maquila - Uma alternativa para la empresa nacional y extranjera. Asuncion: Imprenta Europa S.A.C.I.A.G: 200

⁵ O Paraguai é caracterizado por uma base exportadora de commodities, principalmente a soja e a carne que juntamente com a energia hidrelétrica respondem por grande parte das exportações do país, desta forma, a economia é amplamente dependente dos fatores meteorológicos. O principal setor da economia é o de comércio e serviços com destaque para a ampla presença de micro e pequenas empresas do setor informal.

⁶ Segundo análise do FMI de 2015, o Paraguai tem dívida pública moderada, baixa inflação e balanças externas sólidas, além de uma política monetária bem equilibrada. CIN-MS- FIEMS, 2015, p. 6. Fonte: COFACE, FMI, Cia the World Factbook, Cadenas Productivas Brasilenas invertiendo en Paraguay.

⁷ LANGONI, Carlos Geraldo. **Distribuição da Renda e Desenvolvimento Econômico do Brasil**, Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 204.

tornando o país uma potência agrícola regional.⁸ Em 2012, o Paraguai ficou com o PIB: US\$ 26 bilhões; PIB per capita: US\$ 6.200; IDH: 0,669. A economia paraguaia avançou 14,25% em 2013, 4,38% em 2014, e já observada a previsão de crescimento em torno 4% nos anos seguintes, segundo dados do FMI.⁹ O IDH (2014) 111º, o PIB nominal (Est 2014); 30 Bilhões PIB Per Capita (Est 2014) USD 4.536, Crescimento PIB (Est 2014) 4,0%.¹⁰

Com o crescimento estimado de 4% do PIB em 2015, os paraguaios estão se fortalecendo como plataforma de exportação na região. O êxito se deve graças ao Programa de Maquila.¹¹

Um dos atrativos do Paraguai é a representativa disponibilidade de energia elétrica e os salários, que são, em média, 35,5% mais baixos do que no Brasil. Mesmo com a redução de tributos para a indústria brasileira, o quilowatt-hora paraguaio é 63% menor do que no solo brasileiro. O Sistema Tributário paraguaio é mais simplificado conforme aponta a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)¹². Esse estudo levou em conta quatro variáveis na composição dos custos: mão de obra, insumos, manutenção e juros. Todas essas variáveis comportam investimentos menores incidentes em atividades industriais nos termos da Lei de Maquila.¹³

⁸ Atualmente, o setor secundário (indústria, construção e energia) participa com 28% do PIB, enquanto o setor primário contribui com 15% e o setor terciário, 57%. Segundo o Banco Central do Paraguai, o nominal do produto interno bruto atingiu US\$ 15,538 milhões em 2009, depois de ter atingido US\$ 16,151 milhões em 2008. GUANDALINI, Bruno e ZANELATO FILHO, Paulo José. *Operações no Paraguai para o fim de exportação*. Considerações jurídicas de novos horizontes aos empresários brasileiros. In *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2894, 4 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19267>. Acesso em 10.02.2019.

⁹ PARO, Denise. **Paraguai cresce no ritmo da maquila**. In www.gazetadopovo.com.br, de 24.05.14.

¹⁰ CIN- MS- FIEMS, 2015 Fonte: Banco Mundial, Cia, The World Factbook, FMI, COFACE, REDIEX e BCP. Acesso em 17.01.2019.

¹¹ NASCIMENTO, Alessandra. **Paraguai atrai empresas brasileiras e argentinas através do Maquila**. Em 10.11.2018 in <http://www.usuport.org.br/Opiniao/300/Paraguai-atrai-empresas-brasileiras-e-argentinas-atraves-do-Maquila>

¹² **FIESP mostra vantagens de se levar indústrias ao Paraguai**, publicado no Valor Econômico de 03.04.13.

¹³ Assim, no fim da cadeia produtiva, uma calça jeans custa em média US\$ 7,75 para ser produzida no Brasil, enquanto no Paraguai ela é confeccionada por US\$ 5,73. O país também tem disponibilidade de matéria prima, já que o Brasil é um tradicional produtor de algodão e tem uma base exportadora de commodities, principalmente a soja e a carne que juntamente com a energia hidrelétrica respondem por grande parte das exportações.

Segundo os dados mais recentes do Banco Central, o investimento brasileiro direto no Paraguai passou de US\$ 117 milhões em 2007 para US\$ 641 milhões em 2013, com expansão de 447%. O número de investidores brasileiros no Paraguai praticamente dobrou: eram 53 em 2007 e 104 em 2013.¹⁴

Em 2014 pode ser observada a seguinte posição de crescimento econômico no Paraguai: PIB nominal (Est 2014) 30 Bilhões; PIB per capita (Est 2014)¹⁵

Tais informações são relevantes para o investimento de empresas estrangeiras, especialmente para aquelas que têm interesse em constituir uma maquiladora.

O Paraguai produz algodão, cana de açúcar, soja, milho, trigo, tabaco, mandioca, frutas, vegetais, bovino, suíno, ovos, leite e madeira. Os principais produtos de sua indústria são o açúcar, o cimento, os têxteis, as bebidas, os produtos de madeira, o aço, a metalurgia e a energia elétrica. A maioria das empresas de empreendedores brasileiros que estão desenvolvendo atividades no Paraguai, considerando a Lei da Maquila, são confecções, indústrias têxteis, fábricas de plástico, autopeças entre outras. Algumas têm natureza mista e foram constituídas a partir de parcerias entre investidores brasileiros, paraguaios e argentinos. Há também investimentos de empresários japoneses, coreanos e espanhóis. O caminho está sendo aberto para setores com estruturas semelhantes como calçados, couros, móveis e metais sanitários.

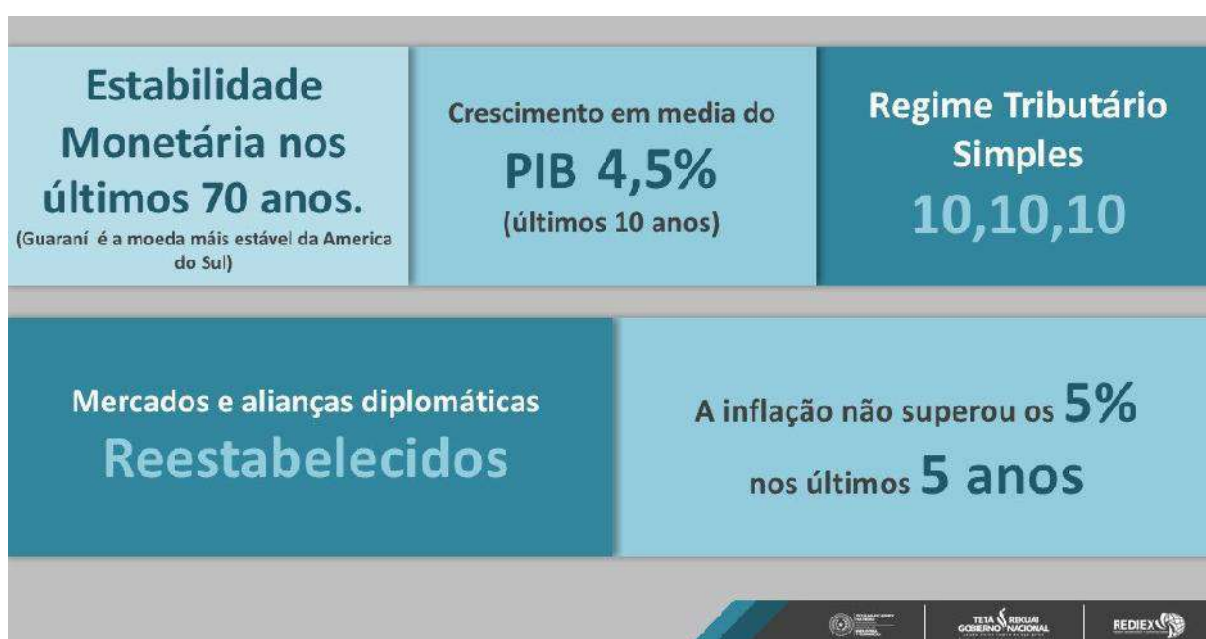
O Paraguai encontra-se a duas horas de voo de Buenos Aires, São Paulo, Montevideu e Santiago. Permite fácil acesso aos principais portos e mercados da região. Tem um mercado potencial de 280 milhões de pessoas no MERCOSUL. O Paraguai pode incorporar até 60% de origem extrarregional e 40% de origem regional para obter origem MERCOSUL e ingressar sem taxas a todo o mercado. Este benefício foi estendido ao Paraguai até o ano 2022.

¹⁴ MELLO, Patrícia Campos. **Empresas brasileiras migram para o Paraguai em busca de custos menores.** In Folha de São Paulo. Em 12.09.15. In www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1680868-empresas-brasileiras-migram-para-o-paraguai-em-busca-de-custos-menores.shtml

¹⁵ USD 4.536; Crescimento PIB (Est 2014). 4,0%. Taxa de Câmbio - Guaraní por Dólar Americano (2014) USD 4.629; Inflação (Est.2014) 4,8% Taxa de Desemprego (Est.2014) 5,0% Composição do PIB (Est 2014) Agricultura - 21%; INDÚSTRIA- 29% E SERVIÇOS: 50 %. ESTOQUE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO (2013) USD 4.928.605.000. (CIN-MS- FIEMS, 2015. Banco Mundial, Cia, The World Factbook, FMI, COFACE, REDIEX e BCP). Acesso em 05.12.2018.

A soma de benefícios fiscais, baixos custos de energia e de mão de obra e estabilidade das regras para investimento, entre outros fatores, tem feito o Paraguai se transformar em interessante opção para empresas brasileiras que querem ampliar seus investimentos. A Camargo Correa, a JBS, Riachuelo, a Vale, o Bourbon, a Eurofarma e a Buddemeyer estão entre as companhias que encontraram no país vizinho uma opção de crescimento.

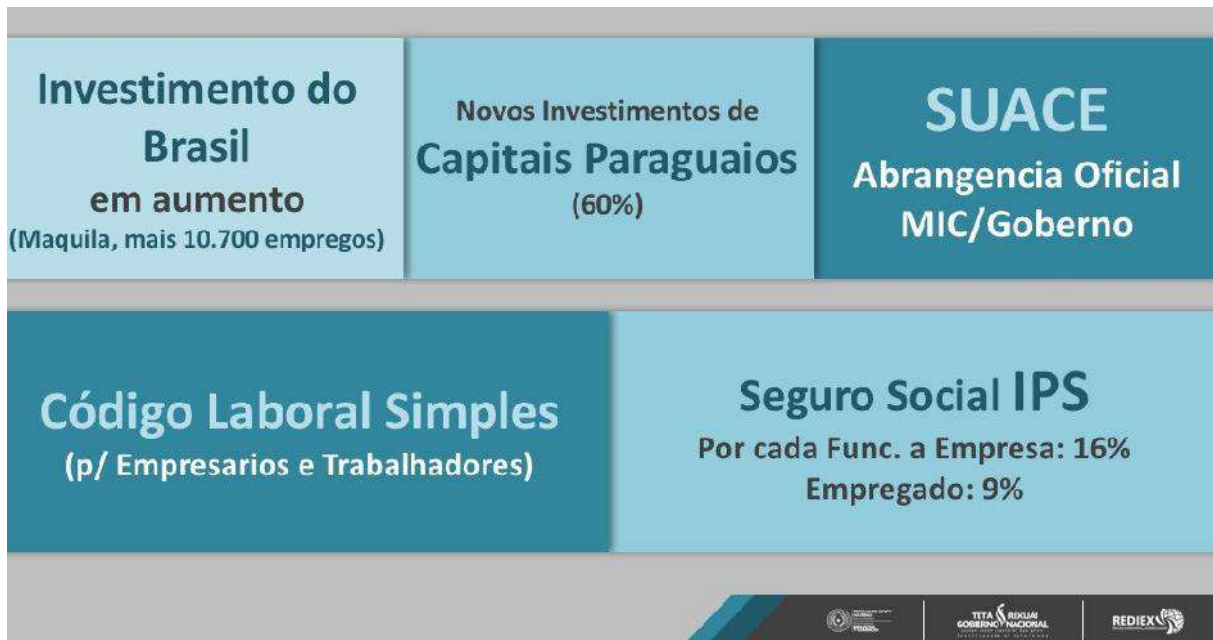
A estabilidade monetária, o crescimento contínuo, o baixo risco país e um regime tributário simples fazem do Paraguai, atualmente um país que vem atraindo investidores externos, como pode ser observado no Quadro 01.



Quadro 01: Fatores Recentes do Paraguai.

Fonte: Rediex, Sebastian Bogado, 2016.

O Quadro 02 demonstra os investimentos que foram proporcionados no Paraguai, considerando desde a implantação da Lei de Maquila (2.000) na admissão de mão de obra e demais interesses e compromissos sociais.



Quadro 02: Fatores Recentes do Paraguai.

Fonte: Rediex, Sebastian Bogado, 2016.

O Paraguai, integrando o MERCOSUL tem o status SGP + (Sistema Geral de Preferências) é atuante nos negócios internacionais contando com redução total ou parcial nas tarifas de importação de alguns países (Quadro 03). Uma das finalidades competitivas do país é alcançar os mercados consumidores da União Europeia, do MERCOSUL, com a concessão de incentivos para indústrias europeias desenvolvendo parcerias.



Quadro 3: Paraguai como plataforma de empresas internacionais competitivas.

Fonte: Rediex, Sebastian Bogado, 2016.

2. Lei De Maquila: Concepção E Sua Regulamentação

As empresas maquiladoras surgiram em 1965 no México, com ampliação nos anos 90 devido à redução das barreiras alfandegárias entre o México, Estados Unidos e Canadá com o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA). De lá para cá, tais empresas estão servindo de referência para a instituição e regulamentação das maquiladoras paraguaias.

A Lei de Maquila nº 1.064 de 13.05.97¹⁶, foi criada pelo Conselho Nacional de Indústrias Maquiladoras de Exportação (CNIME) do Paraguai e regulamentada pelo Decreto nº 9.585 de 17.07.2000, sendo assim o marco legal do regime no país:

O artigo 1º da Lei em questão demonstra que:

Esta Ley tiene por objeto promover el establecimiento y regular las operaciones de empresas industriales maquiladoras que se dediquen total o parcialmente a realizar procesos industriales o de servicios incorporando mano de obra y otros recursos nacionales destinados a la transformación, elaboración, reparación o ensamblaje de mercaderías de procedencia

¹⁶ Modificada pela Lei nº 5.408 publicada em 07/04/2015.

extranjera importadas temporalmente a dicho efecto para su reexportación posterior, en ejecución de un contrato suscrito con una empresa domiciliada en el extranjero.

Referido artigo esclarece seu objetivo e as operações que são por ela abrangidas, compreendendo o objetivo de promover o estabelecimento e regular as operações de empresas industriais montadoras que se dediquem total ou parcialmente a realizar processos industriais ou de serviços, incorporando mão de obra e outros recursos nacionais destinados à transformação, elaboração, conserto ou montagem de mercadorias de procedência estrangeira importadas temporariamente para efeito de reexportação posterior, em execução de um contrato suscrito com uma empresa domiciliada fora do Paraguai.

Para constituir uma empresa no Paraguai não há exigência ou limites de capital que pode ser misto, estrangeiro ou nacional. Também não há restrições quanto à atividade a ser desenvolvida ou local a ser instalado, desde que esteja de acordo com os requisitos regionais. As modalidades de maquiladoras do Paraguai podem ser constituídas, nos termos da legislação aplicável, sendo: maquila pura, maquila por capacidade ociosa, submaquila, maquila de serviço intangível e maquila com programa albergue ou shelter.¹⁷

A empresa maquiladora deverá estar inscrita no Conselho Nacional das Indústrias Maquiladoras de Exportação - CNIME. O Programa de Maquila é onde o órgão controlador pode verificar a descrição e características do processo industrial ou de serviço, os devidos cronogramas de importações, produção, exportações, de geração de empregos.

A Lei de Maquila é um regime de atração de investimentos, que permite uma empresa estrangeira instalar-se no país, ou subcontratar empresas paraguaias, para processar bens e serviços e depois exportá-los com o conseqüente valor agregado. Desta forma, envolve a importação de matérias primas, maquinários e insumos necessários, com a liberação de alguns

¹⁷ Maquila por capacidade ociosa: quando se aprova a uma empresa estabelecida e com a produção voltada para o mercado nacional um acordo de maquila. Empresas com programa de proteção (*shelter*): empresas que têm aprovado o programa de maquila e que sirvam para realizar projetos de exportação por parte de empresas estrangeiras, que facilitam a tecnologia e o material produtivo, sem operá-los diretamente; Submaquiladoras: quando se trata de um complemento do processo produtivo da atividade final do programa, para posteriormente reintegrá-lo à maquiladora que contratou o serviço e depois para a exportação desse produto; Maquila de serviço intangível: uma modalidade que faz parte da maquila de serviços, cujo objetivo é outorgar um valor agregado intelectual ou de outra natureza, similar a bens intangíveis importados temporariamente por qualquer meio eletrônico. FIGUEIREDO, Gabriel Melo de; STEINER, Andrea. **As maquiladoras no Mercosul: um obstáculo à integração econômica?** Em 25.11.2018, In <https://voxmagister.wordpress.com/2016/03/04/as-maquiladoras-no-mercosul-um-obstaculo-a-integracao-economica/>

tributos, ao exportar esses produtos ao seu mercado regional ou internacional. No entanto, há incidência de taxas portuárias, encargos com despachantes entre outros emolumentos necessários.

Para se beneficiar da Lei de Maquila é preciso que seja incorporado ao bem o “elemento paraguaio”, ou seja, como mínimo 40% do seu valor agregado deve ter origem paraguaia para conseguir os benefícios do MERCOSUL e da Lei de Maquila.¹⁸ É considerado elemento paraguaio a soma dos bens adquiridos para cumprir o contrato de maquila e submaquila (podendo ser bens adquiridos localmente ou importados em forma definitiva pelo maquilador ou submaquilador), mais os serviços contratados¹⁹ além dos salários pagos incluindo os encargos sociais.²⁰

Um dos requisitos da Lei de Maquila é a vinculação da empresa maquiladora mediante um contrato específico entre essa empresa instalada no Paraguai (pessoa jurídica)²¹ e uma empresa estrangeira destinatária dos bens ou serviços.

Outro requisito que se observa é consequência de uma exigência de se outorgar garantia suficiente à satisfação da Autoridade Aduaneira paraguaia pelo montante dos gravames eventualmente aplicáveis, com o fim de assegurar o cumprimento das obrigações que este regime impõe. A Lei da Maquila esclarece que esta garantia será cancelada e devolvida como consequência da saída do país das mercadorias importadas temporariamente, nas condições previstas e dentro do prazo estabelecido na regulamentação. O Decreto regulamentar prevê que podem ser prestadas as garantias reais e por meio de Apólice de Seguros emitidas por empresas paraguaias pela empresa Maquiladora ou por terceiros, domiciliados no Paraguai ou no exterior.

¹⁸ São admitidos 40% de insumos de país de origem ou de países do MERCOSUL e 60% de insumos estrangeiros, entende-se por estrangeiro os países fora do MERCOSUL.

¹⁹ São incluídos aí os serviços de energia elétrica, água, telefone, ou outros similares; serviços de profissionais independentes; custos do financiamento de capital operacional da fábrica; seguro da planta industrial, matéria prima e produtos acabados; depreciação das máquinas, caso seja de propriedade da maquiladora; aluguel ou locação pagos pela propriedade, plantas e equipamentos; outros serviços contratados não listados acima.

²⁰ Investimentos no Paraguay - FIEMS 13 Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso do Sul. No site www.maquila.gov.py/ES/ poderão encontrar mais informações sobre as maquilas.

²¹ Os principais tipos societários no Paraguai são as sociedades anônimas, as sociedades de responsabilidade limitada, as sociedades coletivas e as sociedades em comandita simples. Sob uma dessas formas poderá ser constituída a empresa maquiladora.

A mão de obra paraguaia é requisito disposto no contrato, bem como a capacitação do pessoal nacional necessário para a execução do Programa de Maquila. (Decreto nº 9.585/2000).

O estudo do impacto ambiental é indispensável para as empresas maquiladoras, conforme dispõe a Lei de Maquila e seu regulamento. Tal dispositivo tem garantia constitucional, devendo a empresa autorização municipal para se instalar no local. O estudo deverá considerar os impactos ambientais e os riscos com a obra ou atividades, durante cada etapa, desde sua execução até sua finalização.

Recomenda-se que as empresas que se instalem em forma de maquila, tenham sua propriedade intelectual protegida no Paraguai para evitar qualquer violação à sua produção.²²

2.1. Características dos incentivos fiscais paraguaios aos investimentos estrangeiros

O regime de maquila está isento de qualquer imposto ou taxa que incida sobre o processo de importação de matérias primas e insumos, suprimentos e bens de capital, fabricação dos produtos, até a exportação, incluindo o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), desde que estejam no âmbito do contrato.

As empresas maquiladoras podem recuperar o IVA relativo às compras de bens e serviços do mercado interno (vinculadas às operações maquiladoras) através de certificado de créditos fiscais, endossáveis e negociáveis. As maquiladoras, em seu caráter de exportadoras, atuam como agentes de retenção do IVA. Ou seja, não pagam o imposto ao fornecedor, só efetuam a retenção do valor correspondente e depositam posteriormente, diretamente, ao órgão tributário (Ministério da Fazenda). Tais empresas poderão solicitar em qualquer momento o reembolso do valor, o qual será devolvido, em certificados de créditos tributários, em um prazo de 60 dias. (Resolução 96/2003).

A Lei de Maquila concede, nos artigos 29 e 30, a prerrogativa ao investidor estrangeiro de gozar de dois importantes benefícios fiscais. O primeiro

²² Lei paraguaia Nº 1.294/1998 regulamentada pelo Decreto Nº 22.365/1998 de 1998 tratam da propriedade intelectual. O Paraguai é signatário de convenções internacionais de proteção da propriedade intelectual como a Convenção de Paris e ao Acordo de Marrakesh que estabelece a Organização Mundial do Comércio bem como dispõe de previsões do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de [Propriedade](#) Intelectual Relacionados ao Comércio – ADPIC ou *TRIPS*.

benefício previsto no artigo 29²³ destaca que as atividades realizadas em execução do contrato de Maquila, se encontram sujeitas por um tributo único de 1% (um por cento) sobre o valor agregado em território nacional. O parágrafo terceiro do mesmo artigo destaca que o valor agregado em território paraguaio é igual à soma dos bens adquiridos no país para cumprir com o Contrato de Maquila aos serviços contratados e aos salários pagos no país para o mesmo propósito do Contrato de Maquila. Até 10% do volume exportado no último ano pode ser destinado ao mercado interno com aprovação prévia do CNIME, e pagando todos os impostos referentes ao mercado local para a sua nacionalização. Como já foi destacado, a Lei da Maquila exige que a produção de bens ou a prestação de serviços seja destinada para o mercado externo, permitindo apenas que 10% das vendas adicionais ao volume exportado no último ano poderão ser destinadas ao Paraguai. Neste caso, não haverá incentivos fiscais, devendo incidir todos os tributos municipais, departamentais e federais e, ainda, mantenha o mesmo controle e normas da qualidade que se aplicam para os produtos para a exportação.

O segundo benefício conferido pela Lei está previsto em seu artigo 30, que serão isentas de outros tributos todas as atividades realizadas em execução do Contrato de Maquila, assim como a importação e a reexportação dos bens importados e a reexportação dos bens transformados, elaborados, reparados ou montados, tudo conforme previsto no mencionado Contrato.

Ocorre então a suspensão do pagamento dos impostos de importação através do sistema de admissão temporária. Permite-se desta forma que a empresa importe matérias-primas, insumos e maquinários para a produção em território paraguaio com a suspensão de impostos.

O Decreto 9.585/2000 que regulamenta a Lei de Maquila (Lei nº 1.064/97) dispõe que as exonerações previstas no artigo 30 da referida Lei, compreenderão ainda: a) os tributos aduaneiros estabelecidos na Lei 1.173/85 - Código Aduaneiro e suas modificações; b) o pagamento de Impostos por Serviço de avaliação Aduaneira; c) Tarifa Consular; d) taxa do Instituto Nacional do Indígena (INDI); e) taxas portuárias e aeroportuárias; f) pagamento de royalties pela utilização de softwares de informática; g) qualquer outro imposto, taxa ou contribuições existentes ou a criar-se, que gravem o ingresso e/ou egresso dos bens amparados sob o regime de Maquila; h) a totalidade dos impostos, taxas e contribuições que gravem as

²³ Artículo 29. El contrato de maquila y las actividades realizadas en ejecución del mismo se encuentran gravados por un tributo único del 1% (uno por ciento) sobre el valor agregado en territorio nacional.

garantias que as Empresas e/ou Terceiros outorguem e que se relacionem com o Regime de Maquila; i) a totalidade dos impostos, taxas e contribuições que gravem os empréstimos destinados a financiar as Operações de Maquila; e, j) os Tributos que puderam gravar a Remessa de Dinheiro relacionadas ao Regime de Maquila.²⁴

Percebe-se, portanto, que a Lei de Maquila propicia ao empresário estrangeiro uma oportunidade de instalar centros de produção de bens ou prestação de serviços com isenção dos impostos e taxas de importação, incidentes tanto sobre os bens de capital quanto as matérias primas necessárias ao desenvolvimento da atividade, assim como isenção dos demais impostos sobre todo e qualquer bem, serviço, direito ou mão de obra, essenciais à produção de bens e/ou prestação de serviços voltados à exportação, desde que previamente previstos no Contrato de Maquila.

Para facilitar a visibilidade sobre os encargos sociais e trabalhistas, segue um comparativo entre o Brasil e o Paraguai (Tabela 01):

EVENTOS	BRASIL	PARAGUAI
Férias anuais remuneradas	30 dias para cada ano	12 dias para cada 5 anos trabalhados; 18 dias para até 10 anos; 30 dias acima de 10 anos trabalhados.
Estabilidade	Não há	Estabilidade após 10 anos consecutivos de serviços prestados.
FGTS	8% sobre as remunerações e 40% de multa rescisória.	Não há.
Contribuição Sindical	0,02% à 0,8% a.a sobre o capital social da empresa.	Não há.
Contribuições Previdenciárias	Empregador 20% Trabalhador 8%, 9% ou 12%	Empregador 16,5% Trabalhador 9%
Jornada de Trabalho	8 horas diárias/44 horas semanais	8 horas diárias/48 horas semanais
Intervalo Interjornada	Mínimo de 11 horas	Mínimo de 10 horas

²⁴ As empresas que realizam exclusivamente tais operações, além dos benefícios mencionados, gozarão também da: 1) exoneração do Imposto de Patentes a Comércio, Indústrias Profissões e Ofícios; 2) exoneração do Imposto a Construção que afete a Planta Industrial e/ou de Serviços conforme ao aprovado no Programa de Maquila; 3) exoneração das taxas que afetam diretamente ao processo de Maquila; 4) exoneração de Imposto ao Valor Agregado que grava as operações de arrendamento ou Leasing das máquinas e materiais que formam parte do Programa de Maquila; e 5) qualquer outro imposto, taxa ou contribuição nacional ou departamental criado ou a ser criado. (Decreto nº 9.585/2000)

13º Salário	Remuneração extra por ano, equivalente a 1/12 do salário de dezembro por mês de trabalho no ano	Semelhante ao brasileiro
Aviso Prévio	30 dias indenizado	Semelhante ao brasileiro

Tabela 01: Elaborada pela Assessoria Tributária da SFIEMT. In Guia do Investidor no Paraguai

Fonte: Lei de Maquila. CIN – MT – Centro Internacional de Negócios do Mato Grosso. Sistema FIEMT, Cuiabá, 2015.

Contudo, como exposto acima e demais detalhes sobre o Regime de Maquila e o sistema Brasileiro, fica evidente as inúmeras vantagens para a empresa que busca mais competitividade em um mercado global cada vez mais competitivo.

2.2. Identificando as principais vantagens e situações desfavoráveis das maquiladoras

O Paraguai apresenta várias vantagens aos investidores brasileiros, aliando o livre trânsito do MERCOSUL, as isenções fiscais ao investimento estrangeiro para o fim de exportação proporcionado pela Lei de Maquila. Demonstra uma economia estável, boa proteção da propriedade intelectual e baixos encargos sociais de forma a garantir em geral um baixo custo para a produção de bens e prestação de serviços.²⁵

A Lei de Maquila é bem atrativa ao empresariado estrangeiro, em especial ao brasileiro, para instalar empresas de produção de bens ou prestação de serviços com isenção dos impostos entre outras taxas de importação, incidentes tanto sobre os bens de capital quanto as matérias primas necessárias ao desenvolvimento da atividade. Outros impostos da cadeia de tributação podem ser dispensados, conforme previsão no Contrato de Maquila, quando relacionados à exportação, assim como isenção dos demais impostos sobre todo e qualquer bem, serviço, direito ou mão de obra necessária à produção de bens ou prestação de serviços.

Embora as empresas que se submetem ao regime de maquila, obtenham vantagens fiscais, precisam seguir as regras à risca. A mesma quantidade de matéria prima importada precisa ser transformada em produto e exportada.

²⁵ GUANDALINI, Bruno e ZANELATO FILHO, Paulo José. *Operações no Paraguai para o fim de exportação*. Considerações jurídicas de novos horizontes aos empresários brasileiros. In *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2894, 4 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19267>. Acesso em 20/11/2018.

Somente 10% da produção pode ser vendida no mercado paraguaio, e só depois que a empresa completar um ano.²⁶

Os benefícios fiscais são representativos para os diversos segmentos que queiram investir no Paraguai por intermédio da Lei de Maquila, principalmente devido à flexibilidade da legislação trabalhista e o menor dispêndio com o pagamento de tributos.

Enquanto no Brasil as empresas pagam 25% de IR e outros três impostos no lugar do IVA: PIS, Cofins o ICMS que juntos somam mais de 25%, sem considerar outras incidências.²⁷ Se cumpridas as condições desse regime, a empresa maquiladora fica livre do Imposto de Importação, do Imposto de Renda e paga apenas um imposto único de 1% sobre o valor agregado no Paraguai.

Outro aspecto que pode ser considerado é a tributação zero na remessa de juros e de dividendos ao exterior e também na compra local de bens de capital, embora alguns benefícios sejam válidos apenas para investimentos estrangeiros superiores a US\$ 5 milhões e por prazo definido.

O Decreto nº 9.585/2000 que regulamentou a Lei de Maquila, destaca que as exonerações previstas no artigo 30 da Lei de Maquila compreenderão ainda: os tributos aduaneiros estabelecidos na Lei 1.173/85 (Código Aduaneiro) e suas modificações; o pagamento de Impostos por Serviço de avaliação Aduaneira; Tarifa Consular; taxa do Instituto Nacional do Indígena (INDI); taxas portuárias e aeroportuárias; pagamento de royalties pela utilização de softwares de informática; qualquer outro imposto, taxa ou contribuições existentes ou a criar-se, que gravem o ingresso e/ou egresso dos bens amparados sob o regime de Maquila; a totalidade dos impostos, taxas e contribuições que gravem as garantias que as Empresas e/ou Terceiros outorguem e que se relacionem com o Regime de Maquila; a totalidade dos impostos, taxas e contribuições que gravem os empréstimos destinados a financiar as Operações de Maquila; e os Tributos que puderam gravar a Remessa de Dinheiro relacionadas ao Regime de Maquila.

²⁶ No ato da exportação é preciso informar o tipo e a quantidade de matéria-prima usada para fabricação do produto. A transformação em produto tem que ser feita em até um ano. Todas as maquiladoras precisam ter uma matriz no exterior.

²⁷ A maior parte das empresas brasileiras instaladas no Paraguai sob esse regime se concentra no setor têxtil e de vestuário, de calçados e de produtos plásticos, aponta Oscar Stark, diretor da Rede de Investimentos e Exportações (Rediex). Segundo o ministro de Indústria e Comércio do Paraguai, Francisco José Rivas Almada, as maquiladoras brasileiras instaladas no Paraguai exportam predominantemente para o Brasil. Isso, diz, tem elevado o valor da exportação paraguaia de itens manufaturados, como calçados e têxteis. SINVESPAR. **Com Maquiladoras, Paraguai exporta mais para o Brasil** in www.sinvespar.com.br/noticia/45/com-maquiladoras-paraguai-exporta-mais-para-o-brasil

A tudo isso deve ser somado o fato de que no Paraguai há mão de obra jovem, proximidade geográfica com o Brasil e perspectiva de crescimento, considerando os índices já apontados.²⁸

Em síntese, Daniel Prochalski demonstra que o regime de maquila prevê os seguintes benefícios:

- a) É um sistema de produção de bens e prestação de serviços, cujo objetivo é o desenvolvimento industrial, a criação de emprego e o incremento das exportações; a produção ou prestação realiza-se por conta e ordem de uma empresa localizada em território estrangeiro, a qual se denomina matriz. Em virtude de um contrato internacional tudo o que é produzido em território nacional é exportado a qualquer região do mundo;
- b) A "maquiladora" poderá contratar bens, serviços, mão de obra e outros, dentro do território Paraguai, ou importar de outros países por conta e ordem da Matriz;
- c) A matriz estrangeira, diretamente ou através de outros países, pode exportar à maquiladora bens de capital, matérias primas, insumos; estes bens entram no país sob a figura de "admissão temporária", durante o período estabelecido no "programa de maquila, que compreende o prazo de 6 (seis) meses prorrogáveis até 1 (um) ano.²⁹

Durante esse período é garantida a suspensão do pagamento dos tributos, além de garantia prévia de pagamento dos valores eventualmente aplicáveis.

E continua Prochalski:

- d) A "maquiladora" poderá subcontratar outra empresa, denominada de "sub-maquiladora", para que esta desenvolva processos previstos no já mencionado "programa de maquila", que deve constituir o objeto do contrato.³⁰

Além dos benefícios mencionados as empresas que atenderem as exigências da Lei de Maquila (que realizam exclusivamente operações), poderão ser dispensadas do pagamento do Imposto de Patentes a Comércio, Indústrias Profissões e Ofícios; do Imposto a Construção que afete a Planta Industrial e/ou de Serviços conforme ao aprovado no Programa de Maquila. De igual modo, poderão ser exoneradas das taxas pertinentes à implantação do projeto de maquila da empresa; exoneração de Imposto ao Valor Agregado que

²⁸ O comércio bilateral com o Paraguai é superavitário para o Brasil historicamente. Em 2010, o Brasil exportou para o Paraguai US\$ 2,55 bilhões. As importações foram de US\$ 611,4 milhões. In **Valor Econômico** em 26/10/2011. <http://comexleis.com.br/news/?p=8433> acesso em 19.11.2018.

²⁹ PROCHALSKI, Daniel. **Empresas brasileiras investem no Paraguai - Ley Maquila** In Tributo e Direito. www.bonettiasociados.com.br/component/k2/item/5483-empresas-brasileiras-investem-no-paraguai-ley-maquila

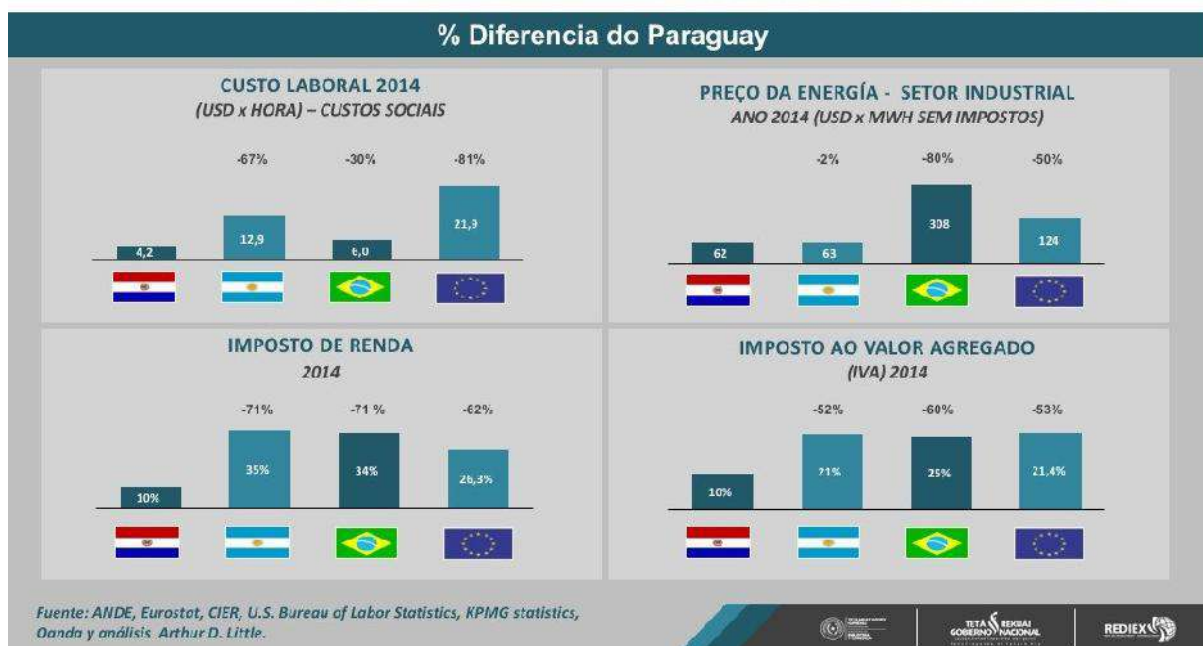
³⁰ Ib. Idem.

grava as operações de arrendamento ou Leasing das máquinas e materiais que formam parte do Programa de Maquila; e qualquer outro imposto, taxa ou contribuição nacional ou departamental criado ou a ser criado.

O Paraguai tem outras vantagens competitivas para as empresas em relação ao Brasil. Comparando com a legislação brasileira, o empregador paraguaio não precisa pagar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) nem contribuição sindical e o adicional de férias. Já as férias anuais remuneradas, que no Brasil são de 30 dias, no Paraguai são de 12 dias para cinco anos trabalhados, 18 dias para até dez anos trabalhados, e 30 dias acima de dez anos trabalhados (Tabela 01) ou adicional de férias o que não sobrecarrega a empresa maquiladora, totalizando em média um custo laboral 30% menor que no Brasil. A jornada de 8hs diárias e 48 semanais, adicional de 30% para trabalho noturno, das 20hs às 6hs, 50% sobre a hora normal para horas extras e 100% nos feriados, descansos e horas extras noturnas. A exemplo do Brasil é exigido adicional de insalubridade e periculosidade, assim como 13º salário. Isso tem demonstrado aos empresários brasileiros como uma das vantagens para investir no Paraguai. Desta forma, os empresários têm observado que os custos baixos com a mão de obra é um ponto positivo para investir no Paraguai, conforme o Quadro 05.

A grande disponibilidade de energia elétrica, devido à hidrelétrica de Itaipu, também faz com que o custo da energia no Paraguai seja 50% mais barata do que no Brasil, conforme noticiou o El País,³¹ e demonstrado na análise comparativa no Quadro 05.

³¹ MENDONÇA, Heloisa. **Empresas Brasileiras migram para o Paraguai atraídas por baixos custos.** Em 11/09/2005. El País. In http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/10/politica/1441837292_242802.html. Acesso em 15.11.2018.



Quadro 04: Principais vantagens competitivas do Paraguai para as empresas.

Fonte: Rediex, Sebastian Bogado, 2016.

Entre as desvantagens para fins de investimentos no Paraguai estão a infraestrutura que ainda é precária no país e a limitação para atuar no mercado Paraguai. Isto porque apenas 10% da produção das empresas estrangeiras podem ser vendidas no país. Mesmo assim, em relação ao custo-benefício o investimento é compensador, conforme destacam alguns empresários.³²

O Bloco Econômico do MERCOSUL está em processo de implantação para a construção do mercado comum proposto. Está na fase da União Aduaneira Imperfeita, onde a Tarifa Externa Comum (TEC) possui várias exceções para os países membros. Devido à heterogeneidade entre as economias do Bloco, a Lista de Exceções à TEC foi estabelecida para proteger as economias mais frágeis.³³ A produção do Paraguai, com os Programas de Maquila, pode preocupar seus concorrentes diretos nos países para os quais são exportados

³² http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/10/politica/1441837292_242802.html Acesso em 15.11.2018.

³³ Assim, o Brasil e a Argentina têm o direito de aplicar alíquotas de importação diferenciadas para 100 códigos tarifários cada. Porém, para as duas economias mais frágeis do bloco, Paraguai e Uruguai, esse número é de 649 e 225.

os produtos, podendo ser considerada concorrência desleal. Isto porque, a produção nestes termos no Paraguai tem um menor custo com mão de obra, com férias menores, não há recolhimento do FGTS, entre outras leis trabalhistas paraguaias que são menos benéficas ao trabalhador.

Resta avaliar a preocupação com a estabilidade política do Paraguai, face aos acontecimentos recentes no País. Através de acordos inter-regionais seria possível reduzir as barreiras comerciais entre zonas de importância econômica e geopolítica enormes. Com isso produziria benefícios econômicos para a região. Esta preocupação vai além da estabilidade política democrática. Considerando o desenvolvimento econômico, este somente terá seu valor na comunidade integracionista se as ações dos países envolvidos atuarem com respeito aos princípios democráticos, aos direitos humanos, a luta contra a corrupção, a fome, a pirataria entre outras garantias. As negociações políticas são necessárias em proporcionais medidas mas os aspectos técnicos das distintas realidades precisam ser ponderados.³⁴

Por outro lado, o regime de maquila é atraente para as empresas que querem reduzir seus custos de produção e aumentar os seus lucros. Por este ângulo, o regime de maquila pode ter um impacto significativo nas alianças do Bloco.

Entre os pontos que ainda necessitam melhoras no Paraguai, estão: o país ainda é uma das economias mais pobres da região; a infraestrutura é inadequada (hidrovias, rodovias, linhas elétricas), possui dependência do setor agrícola e de mercados dos países vizinhos, existência de corrupção e nepotismo, insegurança ligada ao tráfico de drogas, contrabando, além da ampla participação da economia informal e a falta de acesso do país ao litoral.

Considerações finais

Verifica-se, que ultimamente o Paraguai está demonstrando, com êxito, como estimular o empreendedorismo com isonomia e competitividade, com regras próprias e um sistema tributário menos agressivo em análise comparativa com a tributação brasileira.

Antes de qualquer decisão para optar em investir no Paraguai, a empresa (ou os interessados) deverão verificar os custos da produção, considerando não apenas os aspectos favoráveis como tributos menores, mas também os baixos encargos sociais e trabalhistas. Devem ser avaliadas outras questões, tais

³⁴ IRIGOITIA, Guillermo. **Los Procesos de Integración Regional y su Abordaje desde Una Visión Más Comercial y Técnica**, in Revista Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 2, Nº 3, 2014, p. 231.

como a logística, infraestrutura, transporte, mão de obra qualificada, matéria prima entre outras condições para viabilizar a implantação da empresa com custos compensadores. Sugere-se para tanto, a elaboração de um planejamento com análise destes aspectos, entre outros.

É importante analisar o tratamento jurídico proporcionado pela Lei de Maquila, a qual prevê incentivos fiscais ao investimento estrangeiro visando à produção de bens e à prestação de serviços para exportação. Não menos importante também devem ser observados o direito societário, a proteção da propriedade intelectual e o direito ambiental vigentes no Paraguai para a avaliação da viabilidade das operações.

Foram apontados diversos fatores favoráveis no Paraguai se comparados com a produção no Brasil, principalmente o custo mais baixo de energia elétrica e aluguel de imóveis. Outra vantagem considerável é a existência do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. Os empresários brasileiros que queiram produzir no Paraguai (em Regime de Maquila) para vender ao mercado brasileiro não estarão submetidos aos impostos de importação, tais quais estabelecidos pela Tarifa Externa Comum. Ainda, para aqueles que atualmente produzem no Brasil e exportam para países de fora do bloco do sul, há a vantagem de não incidir o imposto de exportação, como é exigido na exportação de produtos fabricados no Brasil, o qual é isentado pela Lei paraguaia se produzido sob um regime de Maquila.

Relembrando, ainda são várias as vantagens no âmbito fiscal para abertura de empresas no Paraguai com vistas à consecução dos contratos de Maquila em face às contribuições sociais que as empresas deixariam de arcar ao sair do Brasil, tais como CSLL, PIS, COFINS e FGTS, que findam por onerar tanto a produção quanto a folha de pagamento da empresa, o que em muitas vezes compromete a competitividade.

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que o Paraguai é um país muito atrativo para se investir, principalmente para os empresários brasileiros. Os benefícios da Lei de Maquila, aliados às condições proporcionadas pelo MERCOSUL, à localização estratégica, fazem com que o Paraguai vem atraindo empresários brasileiros.

É certo, como foi demonstrado, que uma boa análise dos custos de produção no Brasil, comparada com uma correta elaboração, tanto de um estudo de viabilidade econômica, quanto de estruturação jurídica de um Projeto de Maquila, pode expor com detalhes, as eventuais vantagens da transferência de linhas de produção do Brasil para o Paraguai.

Em um futuro próximo, poder-se-á observar, se as maquiladoras paraguaias estão dificultando o processo de integração do MERCOSUL com a redução do custo das empresas. Isto porque, as empresas maquiladoras podem exportar intrabloco, levando uma vantagem econômica forte sobre os concorrentes dos países para os quais elas exportam, podendo causar desconforto entre os integrantes do Bloco de integração econômica. De igual, a análise comparativa deverá ser realizada com relação à participação do Paraguai na UNASUL (União de Nações Sul-Americanas).

Nesse contexto não pode também ser desconsiderada a questão política e democrática do Paraguai, que recentemente foi afastado temporariamente do MERCOSUL, por contrariar os compromissos democráticos do Protocolo de Ushuaia. Embora tenha sido readmitido no bloco, permanece a dúvida quanto sua real condição de estado republicano democrático, considerando seus históricos anteriores. Isto pode interferir em novas frentes de investimentos tanto interno quanto internacional com reflexos para as maquiladoras.

Referências

BOGADO, Sebastian. **Rediex**, 2016.

Cadenas Productivas Brasilenas invertiendo en Paraguay. In CIN-MS-FIEMS, 2015. Fonte: COFACE, FMI, Cia the World Factbook.

CZEKALSKI, Ederson Cassel; WINTER, Luís Alexandre Carta. **O Regime de Maquila do Paraguai no Âmbito do Mercosul: Legalidade, Objetivo e a Vantagem de sua Utilização como Planejamento Econômico - Tributário por Empresas Estrangeiras**, in Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. www.conpedi.org.br

FIESP mostra vantagens de se levar indústrias ao Paraguai, in Valor Econômico de 03.04.13.

FIGUEIREDO, Gabriel Melo de; STEINER, Andrea. **As maquiladoras no Mercosul: um obstáculo à integração econômica?** Em 25.11.2018, In <https://voxmagister.wordpress.com/2016/03/04/as-maquiladoras-no-mercosul-um-obstaculo-a-integracao-economica/>

GUANDALINI, Bruno e ZANELLATO FILHO, Paulo José. **Operações no Paraguai para o fim de exportação.** Considerações jurídicas de novos horizontes aos empresários brasileiros. In *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, nº 2894, 4 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19267>. Acesso em 10.02.2019

- IRIGOITIA, Guillermo. **Los Procesos de Integración Regional y su Abordaje desde Una Visión Más Comercial y Técnica**, in Revista Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 2, Nº 3, 2014.
- LANGONI, Carlos Geraldo. **Distribuição da Renda e Desenvolvimento Econômico do Brasil**, Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- LEI DE MAQUILA nº 1064 de 13.05.97 (Paraguai).
- MELLO, Patrícia Campos. **Empresas brasileiras migram para o Paraguai em busca de custos menores**. In Folha de São Paulo. Em 12.09.15. In www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1680868-empresas-brasileiras-migram-para-o-paraguai-em-busca-de-custos-menores.shtml
- MENDONÇA, Heloisa. **Empresas Brasileiras migram para o Paraguai atraídas por baixos custos**. Em 11/09/2005. El País. In http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/10/politica/1441837292_242802.html .Acesso em 15.11.2018.
- NASCIMENTO, Alessandra. **Paraguai atrai empresas brasileiras e argentinas através do Maquila**. Em 10.11.2018 in <http://www.usuport.org.br/Opinioao/300/Paraguai-atrai-empresas-brasileiras-e-argentinas-atraves-do-Maquila>
- PARO, Denise. **Paraguai cresce no ritmo da maquila**. In www.gazetadopovo.com.br, de 24.05.14.
- PROCHALSKI, Daniel. **Empresas brasileiras investem no Paraguai - Ley Maquila** In Tributo e Direito. www.bonettiassociados.com.br/component/k2/item/5483-empresas-brasileiras-investem-no-paraguai-ley-maquila
- REGULAMENTO DA LEI DE MAQUILA – Decreto nº 9585 de 17.07.2000 (Paraguai).
- SINVESPAR. **Com Maquiladoras, Paraguai exporta mais para o Brasil** in www.sinvespar.com.br/noticia/45/com-maquiladoras-paraguai-exporta-mais-para-o-brasil

DERECHO MARÍTIMO

Diálogo necessário sobre o cotejo entre o *compliance* e as agencias marítimas de navegação ^(*)

Dialogue required on the comparison between compliance and maritime shipping agencies

Diálogo necesario entre el *compliance* y las agencias marítimas de navegación respecto del cotejo

Ricardo Deo Sipione Augusto¹

Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque²

Sumário: 1. Histórico do *compliance*. 2. *Compliance* na no ramo empresarial. 3. Do plano de *compliance*. 4. Dos riscos no plano de *compliance*. 5. Da necessidade de *compliance* nas agencias marítimas. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo visa realizar um diálogo necessário sobre dois temas que pouco ou quase nunca são tratados em conjuntos. O cotejo entre os *compliance* e as empresas de agenciamento marítimo é uma discussão necessária frente às

(*) Recibido: 16 abril 2019 | Aceptado: 20 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Técnico em Gestão Portuária pelo Instituto Federal do Espírito Santo (IFES) e Acadêmico em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). ricardosipe@hotmail.com

² Advogada atuante na área empresarial: Societário, Propriedade Industrial, Recuperação de Empresas, Negociação e Compliance. Professora de Direito Empresarial da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho (2005), Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos FDMC - BH/MG (03/1999 a 05/2003), graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1/1994 a 03/1999).

novas tendências mundiais de mercado e as necessidades nacionais de confiabilidade nos negócios, bem como a peculiaridade das agências marítimas faz com que sua insegurança seja notória e digna de atenção, no intuito de dirimir os riscos do negócio. Dessa maneira urge dar início a uma explanação sobre o *compliance*, seu histórico, sua aplicação e importância no mundo, estreitando-se a seguir para seu crescimento no Brasil e, por fim, a aplicação do *compliance* no meio empresarial como forma de boas práticas e gerenciamento de riscos. Ao final do presente artigo busca-se trazer um brevíssimo resumo sobre as situações das agências marítima no viés jurídico e comercial para então justificar a mais que imediata necessidade de aplicação do *compliance*.

Palavras-chave: agências marítimas de navegação, compliance, boas práticas, direito portuário, direito empresarial.

Abstract: This article is to conduct a necessary dialogue between two themes that are rarely or hardly ever at the same discussion. The correlation between compliance and maritime agency companies is a necessary discussion in front of the new global market trends and the national needs of business reliability, as well as the peculiarity of maritime agencies makes their insecurity notorious and worthy of attention, in order to decrease the business risks. In this way, it is important to begin an explanation about what is compliance, the history, application and importance in the world, thus narrowing to the growth in Brazil and, finally, the application of compliance in the business environment as a form of good practices and Risk management. At the end of this article intend to bring a very brief summary on the situations of maritime agencies in the legal and commercial bias to justify the more than immediate need for compliance.

Key words: maritime shipping agencies, compliance, Good habits, port law, business law.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto realizar un diálogo necesario sobre dos temas que poco o casi nunca se tratan en conjunto. El cotejo entre el *compliance* y las agencias marítimas de navegación es una discusión necesaria frente a las nuevas tendencias mundiales del mercado y las necesidades nacionales de confiabilidad en los negocios, así como la peculiaridad de las agencias marítimas hace que su inseguridad sea notoria y digna de atención, con el fin de dirigir los riesgos del negocio. De esta manera urge dar inicio a una explicación sobre el *compliance*, su historia, su aplicación e importancia en el mundo, estrechándose a continuación para su crecimiento en Brasil y, por fin, la aplicación del *compliance* en el medio empresarial como forma

de buenas prácticas y gestión de riesgos. Al final del presente artículo se busca traer un brevísimo resumen sobre las situaciones de las agencias marítimas en el medio jurídico y comercial para entonces justificar más que inmediata necesidad de aplicación del *compliance*.

Palabras clave: agencias marítimas de navegación, cumplimiento, buenas prácticas, derecho portuario, derecho empresarial.

1. Histórico do *compliance*

Em uma visão geral o sistema de adequação conhecido como *compliance* surgiu no final do século passado, próximo aos anos 80. Nasceu nos EUA com a proposta de equilibrar o livre mercado, isso seria feito assegurando o capitalismo a partir do modo em que faz as empresas competirem em pé de igualdade entre si.

Desbravando este contexto, a necessidade do *compliance* se deu frente as condutas desleais e corrupção governamental com muitas empresas Norte-Americanas. Isso porque essas subornavam os agentes estatais para ter vantagens, tais como vista grossa para poluição, funcionamento irregular, sonegação fiscal, violação dos direitos trabalhistas, entre outros.

Nessa esteira, as empresas enxugavam custos de forma irregular e ficam em vantagem em relação as demais que seguem o negócio conforme a legislação, uma vez que estas empresas possuem gastos para se adequar ao que é exigido pelo Estado. Isso faz com que a ampla concorrência e livre mercado se desequilibre.

Com o cenário posto é que foi criado o *Compliance* a fim de instaurar medidas para pôr um fim nessas ações desonestas. Na esfera governamental foi-se instituído punições em legislações para atos de corrupção envolvendo empresas, bem como no mundo corporativo as empresas instalaram processos internos para conscientização dos colaboradores e assim evitar tais práticas.

O combate à corrupção e práticas antiéticas possui um relevante impacto social no que se refere ao imaginário popular sobre determinada figura, seja ela pública ou privada, pois as consequências no psicológico coletivo podem

ser devastadoras se acreditarem não haver solução para determinado mal. Dessa forma, aponta Cristiano Nabuco de Abreu em sua obra ao tratar da sociedade brasileira frente à corrupção institucionalizada:

Não tenho dúvidas de que a coletividade atual vive em estado de grande repressão psicológica. Estamos desacreditados de tudo e de todos, buscando desesperadamente alguma alternativa que sirva de remédio à grande desilusão social que nos aplaca e, de alguma forma, impede que voltemos a acreditar em alguma coisa. (ABREU, 2016, p. 285)

Apesar do contexto em que surgiu, o *compliance* não se trata apenas de punição para o descumprimento legal ou sanções para práticas de corrupção. O programa visa atingir de forma orgânica criando uma cultura de boas práticas, mostrar que é possível e melhor (por bem ou por mal) seguir dessa forma. Nas palavras de Serpa:

Todos sabem que é lei, mas muitos não cumprem. Cada um tem seu motivo para o descumprimento – ou como diz a teoria das fraudes, cada um terá a sua ‘racionalização’, ou desculpa, para o descumprimento – mas todos sabem claramente que estão descumprindo a lei, e fazem isso de forma consciente e racional. Então você não precisa de um programa que vise explicar qual é a lei, mas sim de um programa que vise fomentar a vontade, ou necessidade, de seguir a lei. Por vezes uma forma de fomentar o seguimento da lei é a pena/multa/sanção – mas eu não sou a favor de utilizar esta forma de convencimento dentro de uma empresa (SERPA, 2016, n.p.).

No Brasil, o *compliance* caminha de forma tímida, principalmente frente as barreiras culturais, principalmente no que se refere à educação de adequação. Contudo, é possível vislumbrar uma palpável evolução nos últimos 25 anos, isso porque o Brasil é signatário das três principais convenções internacionais sobre *compliance*, sendo a primeira em 1996, a OEA (Convenção Internacional contra a Corrupção).

O marco inicial no país, contudo, não se trata da ratificação do tratado OEA, pois em 1992 já foi criada a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92); esse ato legislativo não se funda, ainda, no termo *compliance* como se é entendido, no entanto, o teor da legislação permeia o tema e possui relevância no universo da adequação.

O Brasil desde então evoluiu nos pactos internacionais e nas legislações internas, em 1998 foi promulgada a primeira lei de lavagem de dinheiro, como um movimento para atender às pressões internacionais e os tratados da Convenção de Viena de 1988, da qual o Brasil é signatário. Desde então, principalmente nas entidades financeiras, iniciou-se um processo de aperfeiçoamento dos controles internos (GONSALES, 2016, p. 21 e 22).

Dentro das instituições financeiras foi criado o programa de adequação específico, o qual possui o objetivo de evitar o uso criminoso das operações

dessas instituições, sendo esse programa balizado pelos parâmetros do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, criado para orientar as entidades que desempenham atividades financeiras no país para um controle rigoroso de conformidade (SERPA, 2016, n.p.).

A criação da Controladoria Geral da União (CGU) foi um marco de suma importância para o desenvolvimento da adequação no quadro nacional. Esse órgão foi criado em 2003 substituindo a Corregedoria Geral da União. A CGU foi criada no intuito de ser órgão de controle interno e agência anticorrupção do Poder Executivo Federal.

No seu início a Controladoria se voltou internamente no setor governamental, até mesmo porque o Estado brasileiro é gigante e fragmentado em setores aos montes, com isso antes de lidar com a sociedade foi necessário fazer uma varredura internamente. Aos poucos a CGU instituiu alguns programas de transparência para os administrados saberem o destino das finanças, como o portal da transparência.

De 2003 a 2015, mais de cinco mil servidores públicos Federais foram punidos com demissão, destituição e até cassação de aposentadoria por atos ilícitos, como desvios de recursos e corrupção. Apesar de ser um número muito pequeno frente aos mais de dois milhões de servidores que atuam na esfera federal, foi uma evolução e tanto. Agora existia alguém dentro da estrutura do Governo zelando pelo bom uso do dinheiro público e punindo severamente quem fosse pego fora da linha (GONSALES, 2016, p. 28)

Nesse cenário governamental, a CGU em sua atuação já passou por casos pequenos e gigantes, sofrendo grandes pressões das empresas envolvidas (como o caso da empresa Delta que chegou a entrar em recuperação em 2015 por conta da atuação da CGU) e também de dentro do governo.

Ainda assim o Brasil quase ficou mal visto no cenário mundial segundo Alessandra Gonsales (2016, p. 25 e 26), mas em relação ao combate ao terrorismo, pois em 2016, ano de Olimpíadas no país, o Brasil ainda não tinha editado legislação que tipificasse o terrorismo, isso prestes a receber milhões de visitantes por conta dos jogos. O GAFI³ quase que considerou o Brasil um dos países que não coíbem o terrorismo, algo que certamente destruiria a imagem do país internacionalmente.

³ Grupo de Ação Financeira (GAFI) foi criado em 1989 como um organismo intergovernamental que visa a monitorar a se os países membros que concordaram em ser avaliados pelo grupo estão adotando medidas legais, regulamentares e operacionais de forma efetiva para combater a corrupção, terrorismo e ameaças a integridade financeira internacional. O grupo é composto por unidades da Inteligência financeira de cada país. (GONSALES, 2016, p. 19)

Voltando ao ponto da CGU, o que faz dessa controladoria algo importante dentro do país é que o *compliance* foi de fato tomando corpo a partir da sua atuação, seja na investigação ou na produção legislativa, aonde foi criado o tripé da Lei de acesso a informação, a lei de conflito de interesses e a polêmica lei anticorrupção; sendo essa última a mais importante em relação a prática dos *compliance officers*.

Como consequência do *compliance* muito se mudou dentro do Brasil, sendo os casos de corrupção mostrados para a população e indo a julgamento, desde o mensalão até o recente caso da Lava Jato, tudo por conta da atuação de programas de adequação instituídos internamente no estado.

Nesse passo, talvez a exigência do GAFI, de “aplicação e aprimoramento das leis de combate a corrupção” (exigência feita em sua última visita ao Brasil, em 2010), seja cumprida até a próxima visita, marcada para o ano de 2021. No entanto, especulações não é intuito da presente pesquisa.

2. *Compliance* na no ramo empresarial

No ramo empresarial o programa de adequação funciona de forma interna ao setor, procurando adequar a empresa internamente ao que o externo exige, com isso trabalha-se todos os setores de forma individual e com ações específicas ao contexto da empresa, mas sempre com foco sinérgico.

Tendo isso em vista, o *compliance* dentro de uma corporação não se confunde com o setor jurídico, apesar deste ser especializado em legislação o *compliance* necessita de um setor específico, vez que aplicar um plano de adequação em uma empresa vai muito além do que mera análise legislativa, consultoria e controle do contencioso. Nas palavras do catedrático Wagner Giovanini:

No mundo corporativo, *Compliance* está ligado a estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização. E, cada vez mais, o *Compliance* vai além do simples atendimento à legislação, busca consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas.

Obedecer tais princípios é o que se chama ‘ser compliant’ ou ‘estar compliant’. Já o contrário, expõe a empresa a riscos que vão desde a aplicação de multas e penalidade a perda da imagem. Para as pessoas, além de efeitos negativos a sua imagem, como profissional e ser humano, há os riscos relacionados às sanções aplicáveis: medidas disciplinares, perda do emprego multa e até prisão. (GIOVANINI, 2014, pg. 20)

Nesse contexto, além de uma gestão orgânica da empresa como um corpo único, o *compliance* é necessário no momento de tomada de medidas, pois este é capaz de prever a fragilidade da empresa em cada setor e os riscos aos

quais encontra-se expostos. A partir disso é possível agir preventivamente e corretivamente no que atinge a empresa, projetando sua eficiência e perenidade no mercado.

Para que o programa de adequação seja aplicado em tantos setores diversos das empresas é necessário de um *compliance officer* que dirija uma equipe multidisciplinar, com especialistas jurídicos, financeiros e de recursos humanos (no mínimo) para que cada um atua da melhor forma em cada setor crítico da empresa, sendo que a área financeira é a que exige maior cuidado.

A equipe de *compliance officer* possui um grande dever de adequação da empresa aos seus padrões desejáveis de missão e visão, fazendo do o corpo atuar de forma uníssona, bem como adequar a companhia ao que rege a legislação do local. Por isso, na equipe chefiada pelo CCO (*Chief Compliance Office*) tem de ter a presença de membros com notório saber jurídico.

A parcela de notório saber jurídico possui outra função além da legislação atinente a empresa, a sou outro ponto crítico são as diretrizes internas, pois precisa de esforço hermenêutico para interpretar as normas e adequar a empresa para tanto sem perder as próprias regras, bem como para formular o código de conduta que deve vigor internamente ditando a cultura de atuação dos colaboradores.

Outra atribuição da equipe de *compliance* é a gestão de pessoas, pois deve-se ter em mente que faz-se necessário influenciar o comportamento dos colaboradores através de um complexo sistema para que a boa prática do trabalho seja cultura incutida internamente, não apenas uma imposição hierárquica.

Por fim, a equipe também precisa ter em pauta os escopos daquela empresa, como metas e prazos, uma vez que o alinhamento de todos os setores é primordial para sinergia interempresarial, assim um programa de adequação deve sempre colaborar e se alinhar ao plano estratégico do negócio, aprovado também pelo *compliance officer*, quem diz os riscos do plano traçado e como isso pode atingir os negócios.

Posto a necessidade de especialização dos membros da equipe, após delicado estudo em cada setor do negócio, então tem de apresentar um parecer para a diretoria executiva. Nesse momento é que cumpre destacar que a relação da equipe tem de ser direta com o topo da pirâmide hierárquica, segundo Marco Cruz:

Quanto à estrutura no organograma da empresa, é recomendável que o compliance officer responda diretamente para o principal executivo ou o

conselho de administração, pois deverá ter autoridade para investigar atos praticados por todos os funcionários, independente de seu cargo/função. Caso de reporte para alguma diretoria ou gerência, terá sua autonomia e, por consequência, seus resultados de certa forma limitados, impactando diretamente na eficiência do programa de compliance. (CRUZ, 2017, l. 40)

Cumprindo com todos os requisitos para a equipe de *compliance*, a partir disso, no momento de aplicar um programa de adequação nas empresas é primordial que não seja algo imposto unilateralmente, ou forçado, nem mesmo de modo coercitivo, deve-se orientar toda a empresa e convence-los que tal programa é o melhor a se fazer e somente assim, pouco a pouco, a prática cotidiana criará a cultura das boas práticas.

Nessa abordagem, o plano de adequação tem de considerar a contextualização fática do negócio, vez que os riscos variam de acordo com cada empresa. Assim, devido aos tipos de riscos, estes são classificados de acordo com sua magnitude no contexto da empresa. Após os devidos levantamentos e classificação dos riscos inicia-se a próxima fase, a de gestão dos riscos.

A gestão dos riscos é tratada de forma abstrata no início do plano de *compliance*, pois a efetiva gestão desses dar-se-ão durante toda a estruturação do plano de adequação da empresa. Ou seja, enquanto na primeira parte do plano a gestão é planejada, nas demais fases serão traçadas estratégias para a aplicação.

Nesse contexto, diversas são as estratégias e ferramentas, bem como a composição de elementos que propiciam um terreno fértil para aplicação do plano de adequação e sua manutenção. Isso tudo é previsto no plano de adequação criado pelo *compliance officer* para o caso concreto de cada empresa, não existe um plano geral já feito como modelo que serve para a maioria.

3. Do plano de *compliance*

A materialização e aplicação do *compliance* em qualquer lugar dar-se-á através do que foi pautado (passo a passo) no planejamento, ou plano, jamais podendo ser chamado de projeto, isso porque o projeto carrega consigo o significado de temporário, enquanto a aplicação do sistema de adequação deve ser contínua; uma vez que as ferramentas e técnicas dependem de manutenção de tempos em tempos para ajustar a nova realidade, do mesmo modo ensina Marco Cruz:

Essa distinção se faz necessária pelo seguinte: no mundo corporativo, projeto tem a conotação de um processo com objetivo, partes, atividades e tempo definidos. Já um programa deve ser perene, ajustável de acordo com as necessidades surgidas durante sua criação e implementação, com atualizações

contínuas e, apesar de ter objetivos e prazos pré-estabelecidos, devem ser adequados à realidade que, de fato, encontrada durante seu processo; é algo mutável, adaptável aos requerimentos específicos (CRUZ, 2016, l. 60).

Assim, uma vez implementado um programa de adequação na empresa é necessário a devida manutenção, de forma mais intensa no início para instauração da cultura de boas práticas e de forma mais branda após todos os colaboradores já inseridos no meio com atitudes ditas *compliance*. Nesse momento, cabe trazer alguns pontos importantes elencados na obra de Giovanini (2014, p. 48 e 49), são eles a atitude, racionalização, incentivo, pressão e oportunidade.

No que tange as atitudes é necessário ter em mente que nenhuma delas que o ser humano toma está dissociada dos seus valores, de suas experiências pessoais, da cultura, dos padrões de comportamento, das ideias, ou seja, reflete em si seus próprios valores, pois está ambientado conforme seus usos e costumes no cotidiano.

Seguindo a análise, a racionalização diz respeito ao fenômeno pelo qual o sujeito tenta justificar o ato imoral ou antiético ou que julga ser errado, na esperança de maior aceitação da sua atitude, seja para si ou para os outros. Através disso o que se procura é a banalização da atitude tomada para que o erro seja algo pequeno, irrelevante, para assim, passar despercebido ou menos mal visto.

O misto de pressão e incentivos é uma técnica de gestão de pessoas na qual é possível desenvolver potencialidade e aumentar a capacidade produtiva (quantitativa e qualitativa) de alguém. O incentivo geralmente advém de fontes financeiras, mas também podem partir de reconhecimento perante os demais e colaboração, assim trabalhando o ego do colaborador ele se sente incentivado.

Nesse ponto um cuidado especial a geração de pressão, pois talvez as metas não sejam as únicas pressões sofridas pelo colaborador. Algumas pessoas adicionam pressões extras sobre si, por diversos motivos, fazendo com que o fator psicológico atinja sua produtividade de forma negativa, *in verbis* GIOVANINI, 2014, p. 48 e 49:

Pessoas, muitas vezes, com alto grau de ambição, geram pressões adicionais sobre si mesmas, no sentido de sempre provarem o alcance de resultados cada vez melhores. O mesmo ocorre com pessoas batizadas como “talentos”, “potenciais”, ou outras denominações equivalentes. Nem sempre, esses profissionais possuem estrutura psicológica suficiente para suportarem tais responsabilidades e, nessas circunstâncias, é possível sucumbirem, facilmente à tentação de cometem algum ato ilícito, à frente de eventual desafio não superável pelas vias naturais.

Outro grupo de profissionais merecedores de atenção especial são os novos gestores ou aqueles dotados do poder de decisão, ainda muito jovens. A imaturidade ou o desejo de demonstrar capacidade excepcional, as vezes levam esses profissionais a atribuírem, a si próprios, pressão adicional, igualmente às pessoas ambiciosas, citados no parágrafo anterior.

Complementado, mesmo sem a pressão das metas, existem pessoas de pressão sobre si mesmas, consciente ou inconscientemente, em busca de algum tipo de autopromoção ou de uma defesa contra eventuais fracassos.

No que tange a oportunidade, essa diz respeito aos momentos em que surgem ocasiões de praticar algo que supostamente não seria correto (mesmo que a pessoa jamais imaginou ou procurou meios para tais práticas), daí diante disso e da possibilidade de manter-se anônimo, então o sujeito sucumbe a tais práticas. Um sistema de *compliance* bem aplicado reduz radicalmente tais ocasiões e possibilidades de sucumbir diante disso, trabalhando os dois vieses em conjunto.

Dessa forma, não há um molde no qual a empresa se encaixa, o CCO necessita analisar para montar um plano, seja o foco na prevenção (prevenir, detectar e corrigir), na melhoria contínua (ciclo PDCA) ou sem qualquer outro ponto que mostre ser o mais adequado; importante é ser um plano simples, de fácil compreensão por todos e eficiente, gerando a maior adesão possível, principalmente da alta cúpula.

O apoio da alta direção não é imprescindível apenas por questões de financiamento do programa, trata-se de uma forma de implementar o plano na empresa, pois o que ocorre é o seguinte: Programas de qualidade, diminuição de custos, entre outros podem não ter apoio imediato do topo, mas pode ser implementado por algum diretor ou gerente, que ao demonstrar os resultados convence os chefes a implementação dessas estratégias para o resto da empresa.

O mesmo não ocorre com o plano de *compliance*, isso porque esse início a partir do meio da cadeia hierárquica recai sobre apenas uma parcela do público da empresa, mas um sistema orgânico de novas diretrizes comportamentais deve atingir a empresa como um todo. Não se trata de reformular as diretrizes, nem os valores da empresa, mas sim de uma mudança comportamental do organismo empresarial.

Dessa forma, tem-se que a maioria das empresas (se não todas) prezam pelas boas práticas, pelo menos teoricamente. O programa de adequação visa exatamente por na prática aquilo que a empresa se propõe a cumprir, fazer entender que nem sempre o que se pratica está de acordo com os valores prezados pela companhia.

A adequação a partir da mais alta chefia recebe o nome de *tone from the top*⁴, no sentido de que esse grupo seletivo deve apoiar integralmente o novo programa a ser instaurado, que trará um ar de renovação para a empresa e, com isso, deve-se ter em mente o padrão de líder desejado, dar exemplo e quebrar paradigmas.

O apoio a equipe de *compliance* significa definir as qualidades éticas de um líder da empresa, pois caso ele não atinja o padrão de exigência (recomenda-se o mais alto nível e performance) ética determinado pela empresa, então deve ser substituído imediatamente (por exemplo), não importando o seu cargo, nível hierárquico ou o quão fundamental seja para a empresa que ele ocupe tal função.

Para que a substituição do líder ocorra (ou até mesmo qualquer outra sanção) é preciso apoio integral do presidente ao programa de adequação. Isso encontra-se diretamente ligado ao exemplo, pois de nada vale o discurso ser em um sentido e as ações seguirem de forma contrária.

Uma expressão muito utilizada é a *walk the talk*, que significa andar em conformidade com o que se diz. Dessa maneira, não é útil para o programa de *compliance* um CEO que discursa em prol do plano de adequação e no momento de se desfazer de um funcionário dito fundamental e/ou perder um projeto grande em nome da ética e boas práticas assim não o faz.

Para o cumprimento de padrões éticos não há um meio termo, deve ser aplicado ou não, perder um projeto não significa afundar empresa. Obviamente ninguém gosta de perder receita, mas essa é uma excelente oportunidade para mostrar os valores da empresa para o externo e para os funcionários entenderem que não é um “faz de conta” a implementação de um programa de *compliance*.

Para chegar a esse nível de comprometimento é importante destacar a quebra de paradigmas comportamentais, isso porque geralmente quem está à frente de uma empresa segue o próprio padrão a um certo tempo (bem como qualquer outro funcionário antigo), assim já está pronto o cenário para a rejeição das novas práticas sugeridas pelo *compliance officer*.

Isso ocorre porque a quebra de padrão comportamental ao qual o sujeito já encontra-se habituado é difícil para qualquer pessoa e pode leva-la a deduzir que o modo que agia até então está sendo tachado como errado, antiético ou ineficiente; o que não é verdade, o que o plano de adequação propõe é a

⁴ Traduzindo ao pé da letra, o tom vem do topo. Isso significa que o *modus operandi* será ditado por quem está no topo da ordem hierárquica, ou seja, o jogo segue na forma que for determinada pelo(s) chefe(s) que está(ão) no mais alto escalão da empresa.

otimização através de novos meios, que irão adaptar o modo de ação o qual estava sendo praticado.

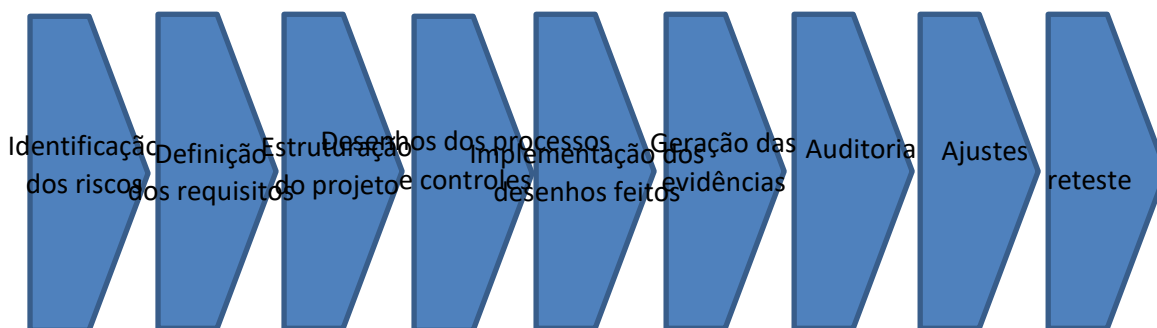
Esse momento é de crucial importância, vez que uma das maiores dificuldades é combater os pensamentos de “eu sempre fiz assim e sempre deu certo”, “em time que está ganhando não se meche”, “então agora chega alguém e diz que meu comportamento é antiético? Eu sou honesto!”, etc. Nesse contexto cabe ao *compliance officer* desfazer tais mitos e iniciar a quebra de paradigmas.

Diante de tudo isso urge destacar que o apoio da alta direção não deve ser apenas participação em reuniões, palestras e notas emitidas para os colaboradores. Os gestores devem incorporar as práticas no seu dia a dia, aceitar que a prática do *compliance* faz parte do DNA da empresa e colocar a boa prática como ponto de partida para todas as ações da empresa, seja interna ou externamente.

Depois de todo o exposto resta evidente que o programa de *compliance* não é uma profunda mudança cultural da empresa, nem um novo gerenciamento, é apenas uma aplicação de mudanças comportamentais que estarão de acordo com as normas externas e internas já instaladas, pelo menos teoricamente, no negócio; buscando a maior eficiência dos atos.

Da mesma maneira conforme já foi exposto, não há regras ou fórmulas para uma estratégia de aplicação do programa *compliance*, isso depende das particularidades de cada empresa, contudo Wagner Giovanini (2014, p. 61) em sua obra apresenta exemplos de etapas para implementação do plano nos seguintes termos:

Figura 3 – principais etapas de implementação do plano de *compliance*



Fonte: Wagner Giovanini (2014, p. 61)

As principais etapas de implementação plano de adequação são as apresentadas acima, contudo, o presente trabalho tem foco apenas nas duas primeiras etapas, trabalhando o levantamento, classificação e gestão dos riscos que permeiam a atividade dos agentes marítimos. Tendo tal ponto de

partida, faz-se necessário discorrer sobre a importância da implementação do programa de *compliance* nas agências marítimas e destrinchar a etapa dos riscos.

4. Dos riscos no plano de *compliance*

Conforme já trazido em outros momentos, o risco é fator primeiro de análise dentro de um plano de adequação, haja vista que este ponto mostra-se crucial para a estruturação do restante do plano, já que os riscos que envolvem o funcionamento do negócio gera a necessidade de adequação.

Dentre as diversas definições de risco, cabe trazer a que acreditamos ser a mais adequada à presente pesquisa, qual seja, o trazido pelo HB 231:2004 que o risco é “a chance de acontecer alguma coisa que deverá produzir um impacto sobre os objetivos, o qual é medido em termos de probabilidade e consequências” (DANTAS, 2011, p. 11).

Assim, vislumbra-se que o risco é um evento futuro e incerto, pois se já ocorreu ou está ocorrendo ou ocorrerá inevitavelmente; então não se trata de risco, mas sim de um evento que afeta de fato a empresa. De igual forma, é possível extrair da afirmação acima dois módulos de cálculo para equacionar o risco, quais sejam a probabilidade e a consequência.

Apesar de esses dois pontos terem definições bem acertadas, a medição do seu *quantum* de forma precisa não é tarefa simples, haja vista que os dados coletados e apresentados pela empresa nem sempre são confiáveis, bem como há a possibilidade do empreendimento trabalhar com elementos intangíveis como imagem ou marca, dessa forma mensuração se torna algo bem complexo.

Para a tarefa de equacionar o risco existem dois métodos antagônicos (porém que não se anulam) ditos como métodos quantitativos ou qualitativos.

O método quantitativo exige o fornecimento de dados precisos pois através dele deve quando é possível o cálculo numérico da probabilidade e as consequências apresentam resultados financeiros. Quanto a probabilidade, ainda que os dados coletados e fornecidos não sejam muito confiáveis, é possível o cálculo da média, desvio padrão e coeficiente de variação (DANTAS, 2011, p. 25).

Nesse método, os cálculos são os comuns da matemática, aonde a probabilidade de ocorrência do evento “e” (P_e) é o quociente da operação aritmética da frequência absoluta do evento “e” (F_e) pelo número de repetições do experimento ou tamanho da amostra (n), aonde o limite de n tende ao infinito. Desenhando:

$$Pe = \lim_{n \rightarrow \infty} \frac{Fe}{n}$$

Esse é o cálculo mais preciso que fica em função do número de vezes das ocorrências de determinado evento, devendo existir tantos dados disponíveis quanto necessários para trabalhar, bem como a precisão dessas informações. Contudo, não se pode generalizar, vez que o risco só se concretiza por um conjunto de fatores que não estão sendo levados em consideração.

O método ainda pode ser implementado utilizando-se outros elementos comuns da estatística, como a média aritmética, mas essa tem de ser complementada pelo desvio padrão e o coeficiente de variação, chamados de medidas de dispersão. A média (x) resulta como quociente da somatória composta pelo tamanho da amostra (n), o valor de x_i , sendo que a variação de i vai de 1 (um) até n .

$$x = \frac{\sum_{i=1}^n x_i}{n}$$

Aliado ao cálculo da média, como medida de dispersão, está o desvio padrão (s) que “é calculado pela raiz quadrada positiva da variância, que é média dos quadrados das diferenças dos valores em relação à sua média” (DANTAS, 2011, p. 26).

$$s_x = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^n (x_i - x)^2}{n}}$$

Assim como o desvio padrão, outra medida de dispersão, o coeficiente de variação (cv) vem em auxílio à média; sendo calculado a partir do quociente do desvio padrão pela média.

$$cv(x) = \frac{s(x)}{x}$$

Dessa forma, quando os dados para cálculo dos riscos são precisos então utiliza-se a probabilidade pura e simplesmente. No entanto, quando as informações não são tão seguras, então calcula-se a média dos eventos, com o auxílio das medidas de dispersão, das quais o desvio padrão mostrará a margem de variação do erro e o coeficiente de desvio mostrará (normalmente em porcentagem) a probabilidade da manutenção daquele evento ou não. (DANTAS, 2011, p. 26 e 27).

Além da probabilidade, para o cálculo risco seguindo o método quantitativo faz-se necessário o cálculo também da consequência, a qual se mostra como o resultado financeiro que o risco pode gerar. Assim, o *quantum* esperado de despesa com o risco utiliza como base os cálculos da probabilidade

anteriormente vistos.

A utilização do cálculo da probabilidade é importante porque há uma perspectiva de ocorrência do evento danoso (caso nenhum projeto corretivo seja implementado), dando margem para quanto será perdido em certo lapso temporal, fazendo-se importante nesse fato a análise do desvio padrão e coeficiente de variação caso seja necessária uma média dos eventos que possuem valores variados ou imprecisos.

Quanto a utilização do método qualitativo, este se utiliza de valores nominais para fazer o cálculo de descrição do risco. Esse método é utilizado quando não for possível a utilização do método quantitativo por qualquer motivo que seja, ou quando o outro método não for preciso o suficiente, ou ainda por qualquer outro motivo que justifique a melhor eficiência do método qualitativo.

Tal método se utiliza das palavras para a indicação das consequências e da probabilidade. Segundo o manual de gerenciamento de riscos (HB 436:2004), para análise das consequências ele sugere uma escala variando entre severo, maior, moderado, menor, insignificante; já para análise da possibilidade é utilizado uma escala que varia entre frequente, provável, possível, improvável, raro, muito raro e impossível. Com isso surge a necessidade de uma matriz de risco.

Tabela 2 – matriz de riscos (consequências X possibilidades)

Possibilidades	Consequências				
	Insignificante	Menor	Moderado	Maior	Catastrófico
A (frequente)	A	A	E	E	E
B (provável)	M	A	A	E	E
C (ocasional)	B	M	A	E	E
D (remota)	B	B	M	A	E
E (improvável)	B	B	M	A	A

Fonte: (DANTAS, 2011, p. 36)

Assim, o autor que utiliza a matriz de riscos a preenche da forma acima exposta com a aceitabilidade dos riscos, sendo o risco extremo (E), então é inaceitável de modo que impõe imediata ação corretiva; o risco moderado (M) pode ser inaceitável (exigindo monitoramento, mitigação e revisão) ou aceitável (requerendo revisão e autorização); o risco baixo (B) é aceitável e para tais riscos bastam os procedimentos de rotina (DANTAS, 2011, p. 31 à

37).

Nesse contexto é notório que o confronto entre a criticidade dos riscos e a aceitabilidade dos mesmos depende de cada empresa, não apenas por conta das singularidades de casa negócio, mas também pelo modelo de gestão que é empregado, devendo ser levado em consideração o “apetite de risco”⁵.

Assim, em um plano de *compliance* o primeiro modo é a análise de tudo que permeia o risco, estabelecendo métodos para o apontamento dos riscos, sua classificação e modos de gerenciamento, todos melhores explorados no próximo tópico de maneira específica. Até então foi possível vislumbrar de modo geral como são vistosos riscos conceitualmente em sua forma mais primitiva de probabilidade e consequência na ocorrência do evento negativo.

5. Da necessidade de *compliance* nas agências marítimas

Relembrando resumidamente sobre as agências marítimas, essas são elementos de triviais no modal marítimo, assim, suas ações possuem elevado impacto e importância no âmbito estatal e privado (tanto para pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas) direta ou indiretamente envolvidas no comércio marítimo, uma vez que o segmento econômico do comércio marítimo possui elevada magnitude, o que influencia diversas camadas sociais.

Diante da importância do modal marítimo e da figura do agente marítimo nesta ceara, então se pode concluir que qualquer ação equivocada fora do desejável pode gerar fortes resultados, no mínimo, para as partes envolvidas no contrato com o agente marítimo, quando o mesmo age em desacordo com as ditas “boas práticas”, ainda que sem culpa, já que a lei anticorrupção prevê a responsabilidade objetiva.

Ademais, é notório o crescimento do *compliance* no que tange a obrigatoriedade da sua aplicação, seja essa obrigação gerada por fonte legislativa ou por força do mercado, já que a importância da implementação desse tipo de programa tem sido evidente. Isso porque está sendo criado o costume de que: quem possui programa de integridade não se relaciona com quem não o implementou ainda.

O fato de as agências marítimas não possuírem delimitação jurídica é um

⁵ Esse termo é trazido pelo livro COSO de gerenciamento de riscos corporativos – estrutura integrada e significa a quantidade de risco (sentido amplo) que a empresa está disposta a se expor durante toda a sua caminhada para agregar valores. Assim, o apetite de risco dita a filosofia gerencial da empresa, podendo ser classificado qualitativamente como alto, moderado ou baixo, níveis que representam as empresas dispostas a correr mais riscos ou menos riscos respectivamente.

ponto particular que as diferem dos demais empreendimentos, já que, por conta desse elemento, as suas responsabilidades não são bem definidas e, por isso, podem ser incumbidas a arcar com gastos que não arcariam se estivessem tipificadas em natureza jurídica diversa (AUGUSTO, 2018, p.83-95).

Como exemplo, em um passado próximo as agências eram autuadas pela capitania dos portos por ações que aconteciam até mesmo dentro das embarcações, pois era entendido pela capitania que os agentes representavam os interesses do contratante e, logo, deveriam arcar com a satisfações das obrigações contraídas por quem o contratou, como preceitua Filipe Silva e Francisco Silva:

Como forma de alcançar eficiência no resultado das autuações derivadas de infrações a bordo dos navios ou diretamente dele, **a Capitania dos Portos exigia do agente marítimo a assinatura de termo de compromisso, onde se lhe impunha o compromisso pelo pagamento de qualquer multa decorrente de infrações à legislação.** Assim, o agente só poderia obter o passe de saída das embarcações consignadas, se cumprisse essa exigência. **(grifo nosso)** (Silva, 2014, p. 98)

Apesar do exemplo acima já ter pacificação nos tribunais, existem outros momentos em que o agente arca com uma responsabilidade que acredita não ser do mesmo, sendo que tal situação irá perdurar enquanto o vazio legislativo não for satisfeito, motivo pelo qual torna os riscos das atividades desses agentes algo tão peculiar.

Obviamente os riscos não se bastam na mera análise legislativa, conforme já foi debatido, para análise dos mesmos é necessário vislumbrar toda a estrutura orgânica da empresa, pois cada ato, plano, decisão ou meta possuem riscos a serem avaliados e gerenciados para que as perdas sejam as menores possíveis.

No que se refere à ampla atuação do *compliance* dentro das companhias, Augusto traz uma análise sobre a aplicação do sistema de integridade no que compete a ação dos colaboradores da empresa:

Para focar em apenas um dos pontos trazidos acima, o mais importante diz respeito à própria empresa e seus colaboradores, pois um efetivo programa de compliance identifica e corrige (preventivamente ou repressivamente) pessoas com desvio de caráter que possuem algum cargo. Segundo a reportagem da revista Visão Jurídica (agosto de 2017, p. 63), o número de executivos com desvio de caráter tem crescido: entre 2014 e 2017, foi constatado que 27% deles tiveram alguma ocorrência neste período.

Componentes da empresa com problemas de moral e/ou ética podem trazer severos prejuízos à companhia, não importando o nível e hierárquico e a

quantidade de poder que é atribuído àquele membro. O importante é eliminar todos os resíduos que tornem selvagem a área de mercado, vigorante quem não deveria prosperar pelos próprios méritos. (AUGUSTO, 2018, p 97)

Dessa maneira, mostra-se trivial a adequação das agências marítimas brasileiras ao mercado internacional que já vê o sistema de *compliance* como um programa basilar e espera o mesmo de quem contrai obrigações. Por ser escassa a aplicação desse tipo de programa nas empresas do Brasil, então quem implementa ganha destaque internacional e possui certo diferencial, vez que garante a outra parte do negócio segurança na relação pactuada ente os dois entes.

Ainda que de forma tímida o Brasil já tem tomado certas medidas para dirimir os riscos nas relações interempresariais, até mesmo por força da lei anticorrupção; assim, seguindo anova tendência o estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual nº 7.753/2017, que obriga a instauração de programa de integridade como requisito básico para as empresas participarem das licitações (AUGUSTO, 2018, p. 95-100).

Tais pontos desaguam na ideia de que uma empresa que implementa um plano de adequação está melhor preparada para as intemperes que atingem negativamente os objetivos do negócio, fazendo com o que o ente esteja melhor preparado para todos os obstáculos que podem se concretizar por conta do risco já previsto.

Assim, na mesma conclusão do artigo publicado por Augusto, afirmamos que o plano de *compliance* é pilar fundamental para fazer com que um negócio se torne perene em um mercado com ou sem oportunidades, aquecido ou sem movimentação, pois o programa vai além de apenas prevenir e combater a corrupção, o plano prepara o corpo inteiro da pessoa jurídica para qualquer evento.

Conclusão

Restou claro durante toda a discussão que os agentes marítimos sempre estiveram presentes na navegação, mesmo que não mantivessem a mesma característica, ainda assim exerciam a função principal de um agente, representar os interesses de um terceiro, seja em território estrangeiro ou não.

O fato de os agentes terem essa função como sua principal já lhe acarreta uma série de obrigações em diversos âmbitos, haja vista que os interesses podem se ancorar em diversos pilares, ora burocráticos, ora de gestão, ora negociais, etc. Com isso, a atividade desta categoria mostra-se bem diversificada.

Por conta dessa diversidade, aliada com a falta de legislação específica, a

natureza jurídica do contrato do agente marítimo é alvo de fortes discursões doutrinárias e jurisprudenciais, ou seja, mesmo após tanto tempo no Brasil ainda não há uma unicidade no discurso, diferente dos Estado Unidos da América (EUA), por exemplo, quem já teve a discussão pacificada há uns bons anos.

Em que pese as exposições doutrinárias e jurisprudenciais, as quais apontam os contratos existentes no CC/02 como aplicáveis aos agentes marítimos, não entendemos da mesma forma, vez que nenhum deles possuem moldes perfeitos para a atividade do agente, tendo de se formatar um molde específico para este ramo.

Outro ponto exaustivamente debatido foi o *compliance*, método que teve origem nos EUA e disseminou-se pelo mundo, sendo que no âmbito governamental há tratados internacionais (aos quais o Brasil é signatário) sobre a instalação de programas de integridade dentro dos governos, bem como há uma comissão que visita as nações em busca de efetivo cumprimento do tratado.

O Brasil desde a década de 90 tem editado leis com o objetivo de diminuir a corrupção, sendo a lei de lavagem de dinheiro a primeira dentro do cumprimento do tratado, então foi instituído a Controladoria Geral da União (CGU) a qual criou uma série de medidas visando o combate às práticas de corrupção dentro do governo, além disso, na última visita da comissão, esta determinou que apesar da legislações instituídas, que estar gerassem efeitos, não bastava ter leis, tinha de condenar através delas.

Dessa forma, o Brasil engatinha na evolução do *compliance* tanto no âmbito do governo quanto no ramo empresarial. Dentro das empresas o plano de adequação funciona de forma orgânica, ou seja, é instaurado um plano que age em todos os âmbitos da empresa visando adequar essa ao contexto no qual a mesma encontra-se inserida, no intuito de tornar-se perene no mercado.

Como contexto deve-se entender tanto o local geográfico, legislação, cultura, concorrência, peculiaridades do negócio. Dessa forma o plano de adequação faz com que a companhia seja adaptável a todas as intemperes e não seja pega de surpresa, para tanto é necessário um plano de *compliance* o qual não possui modelo genérico, faz-se necessário a formulação de um plano específico para cada empresa.

Dessa maneira, as empresas de agenciamento marítimo necessitam começar a visar o plano de *compliance* como um investimento, haja vista o seu limbo jurídico, sua diversificação de atividades, os riscos aos quais se apresenta

exposta e como diferencial de mercado, uma vez que a adequação têm se tronado tendência mundial e requisito básico para negociação interempresarial.

Referências

AUGUSTO, Ricardo Deo Sipione. A inconstitucionalidade do decreto que institui o Conselho Nacional para assuntos de praticagem (Decreto n. 7.860/2012). **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, São Paulo, V. 07, n. 39, p. 125-143, jul/ago 2017.

AUGUSTO, Ricardo Deo Sipione. Necessidade de *compliance* frente à atividade das agências marítimas. **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, São Paulo, V. 07, n. 42, p. 83-100, jan/fev 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 5, de 04 de abril de 1966. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 abr. 1966.

BRASIL. Lei n 4.886/65, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/14886.htm>. Acesso em: 23 FEV 2018

BRASIL. Lei n. 8.249, de 02 de junho de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 06 jun. 1992.

CHAVES, Érico Lafranchi Camargo. **O agente marítimo: Natureza jurídica da atividade e sua responsabilidade por atos praticados por seus representados**. disponível em: http://www.costalafranchi.com/site/images/pdf/Agencia_Maritima_Natureza.pdf. Acesso em: 12 mar. 2018

COELHO, Fabio Ulhoa. **CURSO DE DIREITO COMERCIAL: DIREITO DE EMPRESA**, v. 3. Ed. 17 São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016

COSTA, Sandra Bueno Cardoso da. GAMEIRO, Augusto Hauber. **Entendendo o custo Brasil**. 2005. Disponível em: <http://paineira.usp.br/lae/wp-content/uploads/2017/02/2005_Costa_Gameiro.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018

CONFEDERAÇÃO NACIONAL. TRANSPORTE. **Pesquisa CNT da navegação iterior 2013**. 2013. Disponível em: <<http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Pesquisa%20>

CNT%20Navegacao%20Interior/PDF_Relat%C3%B3rio_FINAL.pdf
>. Acesso em: 03 maio. 2018.

CRUZ, Marco. **Fazendo certo a coisa certa** – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance. 2017. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=EZsZBAAAQBAJ>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DECICINO, Ronaldo. **Litoral brasileiro**: Costa tem grande importância e deve ser preservada, 2007. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/litoral-brasileiro-costa-tem-grande-importancia-e-deve-ser-preservada.htm>>. Acesso em: 06 maio 2018.

FAL. 12(40), *Resolution. AMENDMENTS TO THE ANNEX TO THE CONVENTION ON FACILITATION OF INTERNATIONAL MARITIME TRAFFIC, 1965*. 2016. Disponível em: <<https://www.lvm.fi/lvm-site62-mahti-portlet/download?did=242942>>. Acesso em: 09 out. 2017.

FAZZIO JR, Waldo. **MANUAL DE DIREITO COMERCIAL**. Ed. 18. São Paulo: Atlas, 2017.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do Direito Marítimo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance**: a excelência na prática. 1ªed. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2014

GONSALES, Alessandra. **Compliance. A nova regra do jogo**. 1ª ed. São Paulo: LEC Editora e Organização de eventos ltda, 2016.

KOSUTIC, Dejan. **Avaliação de riscos da ISO 27001**: Como combinar ativos, ameaças e vulnerabilidade. 20--. Disponível em: <<https://advisera.com/27001academy/pt-br/knowledgebase/avaliacao-de-riscos-da-iso-27001-como-combinar-ativos-ameacas-e-vulnerabilidades/>>. Acesso em 05 maio. 2018.

PLANO mestre: porto de Vitória. 2015. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl/arquivos/planos-mestres-sumarios-executivos/se34.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018

SERPA, Alexandre da Cunha. **COMPLIANCE DESCOMPLICADO, UM GUIA SIMPLES E DIRETO SOBRE PROGRAMAS DE COMPLIANCE**. São Paulo: Create space Independent Publishing Platform, 2016.

SILVA, Filipe Carvalho de Moraes; SILVA, Francisco Carlos de Moraes.
Agenciamento Marítimo: Atribuições e Responsabilidades. 1ª ed.
Vitória/ES: Novacom, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2014.

ZOGAHIB, Miguel Jorge Elias. **Comércio Marítimo.** Rio de Janeiro, RJ: FEMAR, 2007. Disponível em:
<https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/sepm/portuarios/ativ_correlatas/COMAR.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

DERECHO DE FAMILIA

O Direito Internacional e a influência externa para a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil^(*)

International law and external influence for the application of shared guards as a rule in Brazil

El Derecho Internacional y la influencia externa para la aplicación de la tenencia compartida como regla en Brasil

Deisiane Araujo de Sousa¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Significado da expressão “poder familiar” nos diferentes povos e suas alterações. **2.** Modalidades de guarda e a lei 13.058 de 2014, **3.** A “vertente otimista” e a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 15 diciembre 2018 | Aceptado: 04 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). deisiane.araujo@hotmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

Resumo: A lei 13.058 de 2014 alterou artigos do Código Civil, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e adotando-a como regra no Brasil. A aplicação dessa modalidade de guarda como regra teve forte influência externa, com ênfase nos EUA e os países que adotam a vertente otimista acerca desse assunto. Salienta-se que após a ruptura conjugal muitos são os conflitos envolvendo os genitores. Tais conflitos dificultam no consenso destes, refletindo diretamente no menor, principalmente no que tange a estipulação da guarda e a forma de criação dos filhos. Dessa forma, o presente estudo busca compreender de que forma a “vertente otimista” acerca da guarda compartilhada influenciou na aplicação da Lei 13.058/14 no Brasil. Para desenvolver o tema, utiliza-se estudos de Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira e o método dialético, analisando argumentos favoráveis e contrários à aplicação desta guarda mesmo quando não há consenso entre os genitores.

Palavras-chave: família, guarda compartilhada, consenso, vertente otimista.

Abstract: Law 13,058 of 2014 amended articles of the Civil Code, establishing the meaning of the term "shared custody" and adopting it as a rule in Brazil. The application of this type of guard as a rule had strong external influence, with emphasis on the USA and the countries that adopt the optimistic side on this subject. It should be noted that after the marital breakdown many conflicts are involving the parents. Such conflicts hamper the consensus of these, reflecting directly on the minor, especially regarding the stipulation of custody and the way of raising children. Thus, the present study seeks to understand how the "optimistic side" about shared custody influenced the application of Law 13.058 / 14 in Brazil. In order to develop the theme, Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira and the dialectical method are used, analyzing arguments favorable and contrary to the application of this guard even when there is no consensus among the parents.

Keywords: family, shared guard, consensus, optimistic side.

Resumen: La Ley 13.058 de 2014 modificó artículos del Código Civil de Brasil, estableciendo el significado de la expresión "guarda compartida" (o “tenencia compartida”) y adoptándola como regla. La aplicación de esta modalidad de guarda o tenencia como regla tuvo fuerte influencia externa, con énfasis de parte de los Estados Unidos y los países que adoptan la vertiente optimista sobre ese asunto. Se destaca que después de la ruptura conyugal

muchos son los conflictos que surgen entre los progenitores. Tales conflictos dificultan en el consenso de éstos, reflejándose directamente en el menor, principalmente en lo que se refiere a la estipulación de la guarda o tenencia y la forma de criar a los hijos. De esta forma, el presente estudio busca comprender de qué forma la "vertiente optimista" acerca de la guarda o tenencia compartida influyó en la dación de la Ley 13.058 / 14 en Brasil. Para desarrollar el tema, se utiliza estudios de Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira y el método dialéctico, analizando los argumentos favorables y contrarios a la aplicación de esta figura aun cuando no hay consenso entre los progenitores.

Palabras clave: familia, guarda compartida, tenencia compartida, consenso, vertiente optimista.

Introdução

A lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014³, alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil⁴, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispoñdo sobre a sua aplicação. Com a referida alteração, esta modalidade de guarda passou a ser adotada como regra no Brasil.

O primeiro capítulo trata-se do significado da expressão “poder familiar” nos diferentes povos e suas alterações. O “poder familiar” é previsto no artigo 1.634 do Código Civil. Tem como conteúdo questões importantes para o desenvolvimento do menor, por exemplo, a criação e educação dos filhos, exigir que lhes prestem obediência e respeito e exercer a guarda unilateral ou compartilhada.

A expressão “poder familiar” corresponde a antiga expressão “pátrio poder” que foi alterada com o passar dos anos, nos diferentes povos, sofrendo interferências culturais no tempo.

O poder familiar não se encerra com a ruptura do vínculo conjugal. O dever de cuidado e proteção continua para ambos os genitores, sendo de extrema

³ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

importância a participação destes na vida dos filhos, havendo, assim, a necessidade de estipular qual é a modalidade de guarda mais adequada, visando sempre o melhor interesse da criança ou adolescente.

No segundo capítulo serão apresentadas as modalidades de guarda previstas no Ordenamento jurídico brasileiro. São duas as modalidades de guarda previstas expressamente no Brasil: a compartilhada e a unilateral.

A compartilhada, a partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014⁵, passou a ser aplicada como regra no Brasil, ela “[...] possui o escopo de proporcionar aos genitores plena participação na vida dos filhos, dividindo aqueles as obrigações e as responsabilidades, sempre buscando o bem-estar do menor”⁶. Devendo os genitores compartilharem os deveres e obrigações referentes ao menor, tomando as decisões conjuntamente, ou seja, exercendo o poder familiar concomitantemente, buscando a plena participação de ambos na vida.

Na guarda unilateral, adotada como regra antes da lei 13.058 de 2014, um genitor possui a guarda e o outro possui o direito de visita. Dessa forma, há um distanciamento entre o genitor que possui apenas o direito de visita e o seu filho, que é extremamente prejudicial na formação e desenvolvimento da criança ou adolescente.

Observa-se que há, também, uma terceira modalidade: a guarda alternada, porém, esta não foi recepcionada no Ordenamento Jurídico Brasileiro. É muito confundida com a guarda compartilhada, sendo de suma importância diferenciá-las.

A alternada trata do tempo de convívio entre os genitores e o menor, que deve ser dividido de forma igual. Ocorre que, esta divisão exata de tempo acaba interferindo na rotina da criança, prejudicando-o.

Já na compartilhada a preocupação não é com o tempo, mas, sim, com a ampla participação dos pais na vida dos filhos, através da divisão dos deveres e obrigações, sem modificar a rotina da criança e gerando uma maior aproximação e união da família como um todo.

O maior problema no que tange a aplicação da guarda compartilhada se refere ao consenso dos pais. Isso porque, após a ruptura conjugal existem

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

⁶ ASSIS NETO, Sebastião de. *et al.* **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1621.

vários problemas envolvendo brigas entre os genitores, que acabam criando uma resistência, dificultando para que estes cheguem a um acordo para a aplicação da guarda compartilhada.

Assim, o presente estudo busca responder, em seu último capítulo, se com a Lei 13.058 de 2014 o Brasil está inclinado a adotar a ideia da “vertente otimista” acerca da guarda compartilhada, defendido por EUA, para que se estipule esta modalidade mesmo que não haja consenso entre os genitores, priorizando o melhor interesse da criança e adolescente, e não os problemas pessoais do casal.

Busca-se responder tal questão utilizando o método dialético⁷, por se fundamentar nas contradições, presentes em toda a realidade, e no movimento, estando em transformação e inacabada.

1. Significado da expressão “poder familiar” nos diferentes povos e suas alterações

A expressão “poder familiar” sofreu diversas mudanças ao longo do tempo. Esta se refere ao poder que os pais exercem sobre seus filhos, sendo sinônimo da antiga expressão “pátrio poder”.

Por se referir apenas ao poder paterno, a expressão “pátrio poder” foi alterada, pois há a necessidade de abarcar o poder de ambos os genitores e não apenas do homem.

Em Roma, prevalecia o princípio da autoridade do *pater familias*, em que o pai exercia uma chefia incontestável sobre todos que eram subordinados a ele, tanto seus filhos, quanto sua esposa e escravos⁸.

Cabia ao chefe da família todas as decisões pois este detinha o poder absoluto. Decidindo, assim, questões relacionadas a religião, política, patrimônio, dentre outras. Todas as pessoas da família e todos os empregados deveriam obedecê-lo, sendo dele o poder supremo.

Esse modo de poder familiar de Roma só foi alterado após o advento do cristianismo como a religião oficial, que passou a defender a igualdade entre os cônjuges e a solidariedade entre os entes da família.

Entretanto, essa ideia de grande poder conferido ao chefe familiar não acabou de imediato, sendo predominante durante muitos anos e em muitos povos. Por exemplo, no Brasil colonial, sob influência das leis de Portugal,

⁷ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82.

⁸ Ibid, p. 687.

também foi predominante. O Código Civil de 1916⁹ também seguia esse modo de organização familiar, trazendo o homem como o chefe da sociedade conjugal.

Com a lei 4.121 de 27 de agosto de 1962¹⁰, o Estatuto da Mulher Casada, a esposa ganhou espaço para exercer esse poder. Porém, em caso de divergência, prevalecia a opinião do pai, havendo, ainda, a supremacia do homem e não uma igualdade. Esta ideia foi alterada no Ordenamento Jurídico brasileiro com a Constituição da República¹¹ prevendo o princípio da isonomia em seu artigo 226, § 5º, buscando uma posição de igualdade entre o homem e a mulher.

A expressão “poder familiar” traz essa igualdade entre homem e mulher, pois não coloca o homem como o detentor de tal poder, ideia trazida com a expressão “pátrio poder”. Porém, a expressão “poder familiar” também sofre críticas da doutrina no que tange ao conteúdo, pois não traz o real significado e importância dos deveres, direitos e obrigações que os genitores têm para com seu filho.

Insta destacar que o conteúdo do poder familiar é encontrado no artigo 229 da Constituição Federal¹², artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³ e 1.634 do Código Civil¹⁴, abarcando todas as questões relacionadas aos cuidados da criança.

Conforme Rolf Madaleno¹⁵ “existe um compreensível desconforto com o vocábulo poder, que ainda remonta à ideia de domínio dos pais sobre seus descendentes, e que não se concilia com a democratização da família”.

⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil.

¹⁰ BRASIL. **Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

¹¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

¹³ BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 688.

Por isso, expressões como “autoridade parental” e “responsabilidade parental” são as mais aceitas pela doutrina¹⁶, pois defendem melhor a ideia de proteção integral de crianças, adolescente e jovens, que é um princípio constitucional, previsto no artigo 227 da Constituição da República¹⁷.

Isso porque, “poder familiar” traz uma ideia de poder, de soberania e domínio, e não as responsabilidades abarcadas por tal expressão, que diz respeito a todas as questões necessárias para criação e desenvolvimento do filho que se encontra em uma situação de fragilidade, por exemplo, dever de assistir, educar, exercício de guarda, decisões atinentes a criança, dentre outros, sendo de suma importância todos esses cuidados.

2. Modalidades de guarda e lei 13.058/14

O modelo de família sofreu alterações ao longo do tempo, tendo reflexo na guarda dos filhos. Inicialmente, a mãe detinha o poder de guarda, pelo motivo de que cabia a ela as atividades domésticas, ficando o pai responsável por trabalhar e sustentar a casa.

A Constituição da República 1988¹⁸ em seu artigo 226, §5º, consagrou o princípio da igualdade, trazendo a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher.

A partir desse princípio e com a luta por igualdade de gênero, com o passar dos anos as mulheres foram sendo inseridas no mercado de trabalho, dividindo as atividades domésticas com os homens, que passaram a ter uma maior participação na vida dos filhos, gerando no genitor um maior interesse na convivência com o menor após a separação conjugal, passando a reivindicar este direito.

Essas mudanças refletiram nas modalidades de guarda aplicada após a separação conjugal. Isso porque, o que antes era facilmente decidido, sendo da mãe a guarda unilateral por ser esta a responsável pelas atividades domésticas, passou a ser objeto de discussão por ser, também, de interesse do pai.

¹⁶ SOUSA, Deisiane Araujo de. DUQUE, Bruna Lyra. A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**. Juiz de Fora, 2018.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

¹⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

Desse modo, a guarda unilateral, que era a única prevista no Ordenamento Jurídico brasileiro, passou a dividir espaço com a guarda compartilhada, que foi instituída no Código Civil com a lei 11.698 de 2008¹⁹.

Ocorre que, ao prever a modalidade de guarda compartilhada, usava-se a expressão “sempre que possível”, o que fazia com que os juízes não dessem prioridade e continuassem aplicando a unilateral como regra²⁰. Dessa forma, foi necessária uma nova alteração para trazer a real importância da aplicação desta modalidade.

A partir da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014²¹, os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil²² foram alterados, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada”, dispondo sobre a sua aplicação e adotando-a como regra.

Na modalidade de guarda unilateral um genitor possui a guarda e o outro o direito de visita. O problema é que o genitor que possui a guarda acaba tomando todas as decisões e tendo um maior poder sobre o filho, gerando um distanciamento entre o outro genitor e o menor.

Já a guarda compartilhada prioriza a divisão de deveres e responsabilidades entre os genitores em relação ao menor, tendo uma efetiva participação de ambos na vida do filho, priorizando a aproximação e união familiar, valorizando os deveres fundamentais de assistência, cooperação e respeito entre todos os membros da mesma família.

Assim, defende Maria Berenice Dias²³ que

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhe confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

²¹ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 517

ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

Ademais, a guarda compartilhada deve ser diferenciada da alternada. Esta não tem previsão expressa em nosso Ordenamento Jurídico e o foco é dividir o tempo dos pais com o filho, devendo a criança alterar a sua rotina para passar, de forma igual, um tempo com um genitor e com o outro, gerando grandes prejuízos ao menor.

De forma contrária, na compartilhada não há preocupação com a divisão igualitária de tempo e alternância de moradia, mas, sim, com a responsabilidade mútua dos genitores quanto aos deveres e obrigações, tomando decisões referentes ao menor de forma conjunta.

Observa-se que tanto a unilateral quanto a alternada são prejudiciais ao menor, devido ao afastamento de um dos genitores ou a alteração da rotina. Já a guarda compartilhada, atualmente, se mostra a mais benéfica, observando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, diz Rodrigo da Cunha Pereira que²⁴

A guarda compartilhada ou conjunta surge, então, como consequência do pós-feminismo e em decorrência de uma redivisão do trabalho doméstico. (...) esta modalidade de guarda interessa a mãe por retirar dela uma sobrecarga de trabalho, e ao pai para que ele possa verdadeiramente exercer a função paterna. Isso derruba a velha concepção de pai de fim de semana, que acabava se tornando apenas uma visita.

[...]

Assim, a verdadeira igualdade e isonomia entre os gêneros significa que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Neste sentido, limitar, restringir visitas/convivência familiar sem um motivo desabonador e que desautorize tal convivência, além de ser uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, desrespeita também o princípio da igualdade.

O “poder familiar” não acaba com a separação conjugal e, por isso, a responsabilidade dos genitores para a criação dos filhos permanece, não podendo recair sobre o menor as consequências do divórcio e dos conflitos entre o casal.

O problema é que, muitas vezes, não há consenso entre os pais para aplicação dessa modalidade de guarda, gerando grande discussão em torno da não necessidade de consenso, como será tratado no capítulo a seguir.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-176.

3. A “vertente otimista” e a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil

A separação conjugal em si já causa danos a todos os envolvidos, porém, quando não há filhos advindos dessa relação, há uma facilidade para interromper qualquer vínculo ali existente e começar do zero. A dificuldade surge quando desse relacionamento nasce um filho, em que há a necessidade de uma relação contínua para a sua criação.

Neste momento, a conscientização dos pais é essencial para fazer com que o filho compreenda e supere essa fase, demonstrando que “seguem íntegras suas relações de amor e afeto para com ambos os genitores, apesar da separação dos adultos”²⁵. Deve ficar claro para o filho que ele não é a causa da separação e de que a relação entre ele e seus genitores não será modificada.

Ocorre que, após a separação, devido a desentendimentos e mágoas, muitos genitores entram em uma disputa na qual o maior atingido será o filho. A guarda unilateral acaba acirrando essa disputa, na qual os genitores acreditam que vale tudo para se conseguir a guarda do menor.

Um dos motivos de se adotar a guarda compartilhada como regra é evitar problemas gerados devido as mágoas resultantes da separação, além do afastamento que ocorre entre pais e filhos após o início dessa disputa.

A ideia de guarda compartilhada teve início na common law, na década de 60 no direito inglês, quando ocorreu a primeira decisão sobre o assunto, possuindo a denominação de joint custody²⁶.

Observa-se que nos Estados Unidos existem diversas modalidades de guarda, por exemplo, Alternating custody, Sole Custody, Split Custody, Sole Physical Custody, sendo, respectivamente, a guarda alternada, exclusiva, dividida, física exclusiva, dentre outras.

E mesmo com essa diversidade de modalidades, passou a priorizar a guarda compartilhada, por ser mais benéfica a criança, pois, assim como o Brasil, preza pela proteção do melhor interesse da criança, lá conhecido como “best possible solution for the child”.

²⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 468.

²⁶ PRUNZEL, Adrielli Mozara; KANIESKI, Luana da Silva; CAPELLARI, Marta Botti. **Guarda Compartilhada: uma perspectiva jurídica**. **IBDFAM**.

Destaca-se que, no Brasil, com a lei 11.698 de 13 de junho de 2008²⁷, passou a ser aconselhável a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível, porém, apenas nos casos de consenso entre os pais, o que acabou fazendo com que esta modalidade fosse aplicada excepcionalmente.

Não se pode impor a obrigação de cooperação e afeto dos genitores para com os filhos, porém deve-se priorizar as necessidades do menor, sendo necessário que o Estado trate do assunto, buscando a proteção da criança e do adolescente. Dessa forma, a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014²⁸ prevê que deve-se buscar a aplicação da guarda compartilhada, mesmo se não houver consenso, sempre objetivando o melhor interesse do filho.

A discussão não é sobre a vontade dos pais e suas escolhas, mas, sim, o quanto a criança pode ser atingida e de que forma pode influenciar no desenvolvimento dela. Nesse sentido, dispõem Bruna Duque e Adriano Pedra que²⁹

O direito não tem o condão de impor condutas ao psiquismo humano e não pode obrigar o indivíduo a pensar, agir ou nutrir sentimentos dessa ou daquela maneira; mas pode corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica

Neste ponto, existem críticas a aplicação da guarda compartilhada nos casos em que não há consenso dos genitores, com o argumento de que os pais devem decidir o melhor para os filhos, cabendo a eles o direito de exercer o poder familiar e estipular a guarda a ser aplicada.

Sobre esse assunto, Rolf Madaleno³⁰ apresenta dois posicionamentos opostos, adotados em alguns países. O primeiro é o da “vertente otimista”, de países como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, que defende o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada. O segundo é o da “vertente pessimista”, de países como Espanha e Portugal, que confere o poder de veto a mãe e defende que deve haver consenso.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

²⁹ DUQUE, Bruna Lyra. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 445.

Dessa forma, dentre os países que adotam a “vertente otimista”, encontra-se os Estados Unidos, defendendo a aplicação da guarda compartilhada mesmo quando não há consenso dos pais. É importante observar os países que vem aplicando a guarda compartilhada independente do consenso dos genitores, objetivando o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, Rolf Madaleno³¹ sugere e defende que

Talvez seja o momento de se recolherem os bons exemplos de uma guarda compartilhada jurídica compulsória ou automática, sendo a regra da separação dos pais e a guarda unilateral, a exceção, devendo os pais tomar em conjunto as principais decisões relacionadas ao desenvolvimento e à educação dos seus filhos havidos em comum, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que os pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral em prol do genitor negligenciado.

A separação conjugal gera efeito a todos os envolvidos, sendo estes o casal e a criança. É um momento de fragilidade, porém, muitas vezes acaba-se priorizando as mágoas do casal, ignorando as necessidades do menor.

Assim, cabe ao juiz, um terceiro imparcial, explicar os benefícios da guarda compartilhada e atentar os genitores a importância desta para a criança. O juiz deve se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, conforme previsto no parágrafo terceiro do artigo 1.584 do Código Civil³², não sendo imposta a guarda compartilhada quando prejudicial aos filhos.

Dessa forma, tem-se como objetivo conscientizar os genitores dos benefícios, para que possam entender e desenvolver um projeto comum para a criação e educação, priorizando o que é melhor para criança.

A relação entre os pais, por si só, não deve ser obstáculo para a aplicação da guarda compartilhada. O objetivo é o melhor interesse da criança,

³¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 447.

³² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

independente de boa ou má relação entre os genitores³³, sendo essencial que haja um amplo apoio e participação dos genitores na vida do filho.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente busca uma ampla proteção destes, que necessitam de cuidado, afeto e toda assistência possível, no que se refere a alimentação, saúde, educação, necessidades físicas e emocionais, mas, também, a ampla convivência familiar e a continuidade desta, que é um ponto essencial para o desenvolvimento do menor e muitas vezes é esquecido e interrompido nos casos de separação conjugal.

Nesse sentido, concluiu a desembargadora Denise Volpato, da 6ª Câmara de Direito Civil do tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Apelação Cível de nº 2015.050655-3, julgada no dia 29 de setembro de 2015, que a guarda compartilhada deve priorizar e proteger o melhor interesse da criança, independentemente do consenso dos pais se “a prova demonstra a ausência de fatos que desabonem a conduta de quaisquer dos genitores”³⁴.

Em outro entendimento de setembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a guarda compartilhada pode ser estipulada pelo juiz mesmo que não haja consenso entre os genitores. Segundo Nancy Andrichi, “sem a guarda compartilhada o tranquilo desenvolvimento da criança é incompleto do ponto de vista social e psicológico. Ou seja, as crianças precisam conviver com os pais, estejam eles separados ou não”³⁵.

Destaca-se a resistência que os próprios pais criam para não dividir a guarda, pois o que eles têm em mente é que aquele que fica com a guarda é o grande vencedor de uma batalha em que a criança é o troféu. A jurisprudência ao aceitar a resistência que eles criam, acaba premiando essa conduta na qual o menor é totalmente ignorado.

Por estes motivos, deve o juiz aplicar a guarda compartilhada sempre que possível, mesmo que não haja consenso entre os genitores, porém, sempre respeitando o melhor interesse da criança e do adolescente, que deve ser analisado de acordo com o caso concreto. É necessária essa interferência do Estado justamente para atingir o objetivo de proteger o menor,

³³ SOUSA, Deisiane Araujo de. DUQUE, Bruna Lyra. A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**. Juiz de Fora, 2018.

³⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 441.

³⁵ STJ decide que guarda compartilhada prevalece mesmo com briga de pais. **Globo**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/stj-decide-que-guarda-compartilhada-prevalece-mesmo-com-briga-de-pais.html>>.

proporcionando a ele todos os seus direitos, que devem ser priorizados mas acabam sendo ignorados por seus genitores.

Conforme citado anteriormente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem adotando esse posicionamento de admitir a guarda compartilhada por decisão judicial e segundo Rolf Madaleno³⁶ não há o que discordar considerando que

[...] compartilhar a custódia é seguir pura e simplesmente exercendo suas funções como pais, da mesma forma como faziam quando coabitavam e exerciam os atos próprios e inerentes ao poder familiar, com a diferença de que estando os pais separados passam a existir dois domicílios, mas, de qualquer forma, a essência da guarda compartilhada nunca partiu da ideia de dividir os filhos em igual proporção de tempo, mas, sim, de que os pais cobrissem as necessidades dos filhos exercendo sem solução de continuidade o seu papel de progenitores.

Dessa forma, nota-se que, apesar das divergências e discussões ainda existentes, o Brasil tem-se inclinado a ideia defendida pela “vertente otimista”, conforme aqui demonstrado, adotando, assim como os Estados Unidos, a guarda compartilhada como regra, aplicando-a mesmo quando não há consenso entre os genitores.

Considerações finais

Conforme observado no presente estudo, a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 trouxe diversas alterações relacionadas a guarda dos filhos, por estipular a aplicação desta como regra, mesmo nos casos em que não haja consenso.

Esta modalidade de guarda preza pelos princípios do direito de família, com ênfase no princípio do melhor interesse da criança e adolescente e da afetividade, dando continuidade no exercício do poder familiar que não se encerra com a separação conjugal.

Acerca da aplicação da guarda compartilhada mesmo que não haja consenso dos genitores, há dois posicionamentos opostos, sendo o da “vertente otimista”, adotada por países como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, que defende o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada, e o da “vertente pessimista”, de países como Espanha e Portugal, que defende que deve haver consenso.

Apesar de divergência por parte da doutrina e até mesmo da jurisprudência, com a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 o Brasil está inclinado a adotar a ideia da “vertente otimista” acerca da guarda compartilhada, para que se

³⁶ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

estipule esta modalidade mesmo que não haja consenso entre os genitores, priorizando o melhor interesse da criança e adolescente, e não os problemas pessoais dos genitores

Referências

- ASSIS NETO, Sebastião de. et al. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 21 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm >. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm >. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em 01 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 21 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm >. Acesso em: 21 agosto 2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

(Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 21 agosto 2018.

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DUQUE, Bruna Lyra; Adriano Sant’Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: Elda Coelho de Azevedo Bussinger. (Org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRUNZEL, Adrielli Mozara; KANIESKI, Luana da Silva; CAPELLARI, Marta Botti. Guarda Compartilhada: uma perspectiva jurídica. **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Guarda%20compartilhada%2006_06_2012.pdf>. Acesso em 21 de agosto de 2018.
- SOUSA, Deisiane Araujo de. DUQUE, Bruna Lyra. A eficácia da guarda compartilhada na diminuição dos casos de alienação parental. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**. Juiz de Fora, 2018.
- STJ decide que guarda compartilhada prevalece mesmo com briga de pais. **Globo**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/stj-decide-que-guarda-compartilhada-prevalece-mesmo-com-briga-de-pais.html>>. Acesso em 21 de agosto de 2018

DERECHO PENAL

**Ideologia penal comum, “doutrinas panacéias” e seus
pressupostos:
a influência do neoliberalismo, da globalização e da
mídia (*)**

**Common criminal ideology, "panacea doctrines" and its
assumptions:
the influence of neoliberalism, globalization and the
media**

**Ideología penal común, "doctrinas panacea" y sus
presupuestos:
la influencia del neoliberalismo, la globalización y los
medios de comunicación**

Bruno Pazini Pereira¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

(*) Recibido: 10 diciembre 2018 | Aceptado: 15 enero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Estudante de graduação do Curso de Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. brunoppazini@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

Sumário: Introdução; 1. Homogeneização, ideologia e a (re)produção do medo: a criação do problema e da solução. 2. “Doutrinas panaceias” e o “respaldo internacional” como argumentos de legitimidade: uma espécie de irracionalidade pensada. – Conclusões. – Referências.

Resumo: A investida da pesquisa é no sentido de analisar o movimento atual mundial de adoção de um tipo de senso comum penal, a partir de definições equânimes de “problemas criminais gerais”. O estudo foi realizado a partir da delimitação de contornos básicos de globalização, neoliberalismo e poder midiático, como pontos de contato para a criação das “pautas genéricas” e da conseqüente definição de antídotos globais. A partir da utilização precípua das obras “Globalização”, de Zygmunt Bauman, “As prisões da miséria”, de Loïc Wacquant e “Criminologia Midiática”, de Raphael Boldt, fez-se um intercâmbio dos pressupostos postos e de alguns exemplos em espécie que demonstram a aplicação desse tipo de ideologia uniforme. Importante ressaltar que trata-se, também, de uma crítica, construída sem perder de vista a necessária personalização e individualização social que o Direito deve seguir-se e fundar-se permanentemente.

Palavras-chave: neoliberalismo, globalização, mídia, doutrina penal, senso comum.

Abstract: The thrust of the research is to analyze the current worldwide movement to adopt a kind of criminal common sense, from equitable definitions of "general criminal problems." The study was based on the delimitation of basic contours of globalization, neoliberalism and media power, as points of contact for the creation of "generic guidelines" and the consequent definition of global antidotes. From the inductive method of analysis, the assumptions put forward and some examples in kind have been exchanged to demonstrate the application of this type of uniform ideology. It is important to emphasize that this is also a criticism, built without losing sight of the necessary personalization and social individualization that the Law must be followed and founded permanently.

Keywords: neoliberalism, globalization, media, criminal doctrine, common sense.

Resumen: La finalidad de la investigación es analizar el movimiento actual mundial de adopción de un tipo de sentido común penal, a partir de definiciones equánimes de "problemas

criminales generales". El estudio se realizó a partir de la delimitación de contornos básicos de globalización, neoliberalismo y poder mediático, como puntos de contacto para la creación de las "pautas genéricas" y de la consiguiente definición de antídotos globales. A partir del método inductivo de análisis, se hizo un intercambio de los supuestos planteados y de algunos ejemplos muestra que demuestran la aplicación de ese tipo de ideología uniforme. Es importante resaltar que se trata también de una crítica, construida sin perder de vista la necesaria personalización e individualización social en que el Derecho debe fundarse permanentemente.

Palabras clave: neoliberalismo, globalización, medios de comunicación, doctrina penal, sentido común.

Introdução

O presente estudo surgiu em virtude da importância da análise da movimentação de diversos países, sobretudo os subalternos, no sentido de importar, integral e até mesmo irrefletidamente, doutrinas penais de outros países, como formas de panaceias. Muito embora tenha-se pela necessidade de adequação do Direito à realidade social, atividade que tem ganhado suporte não só pelas autoridades estatais, como também por grande parte da sociedade, calcados e legitimados sob os mantras da “experiência internacional”.

Perpassa-se, para tanto, pela ideia de “senso comum penal”, que é o suporte ideológico utilizado desse tipo de manejo. Investiga-se os motivos de os países, atualmente, considerarem um cardápio penal farto e definido, em escala mundial, como se os problemas político-criminais dos países fossem homogêneos em sua totalidade.

Com isso, demonstra-se um dos porquês da atividade de alguns países no sentido de importar modelos “acabados” de política criminal, imiscuindo no universo jurídico dogmas redundados, que foram objeto de discussão e criação em contextos e realidades totalmente diferentes.

Assim, o primeiro capítulo do texto se destina justamente à demonstração de como, apesar dessas realidades diversas dos países, cria-se um “senso comum penal” no mundo, e como esse processo se dá. A tentativa é a

delimitação, então, do “porquê” isso acontece, e quais são seus pressupostos e finalidades.

Para tanto, fez-se uma subdivisão dos três principais propulsores desse fenômeno, quais sejam: o neoliberalismo, a globalização e a mídia. Da demonstração da contribuição específica que cada um desses movimentos trouxe, em subtítulos separados, trata-se de entendê-los nas suas consequências e elucidá-los a partir do elo que os une.

O segundo capítulo, partindo do pano de fundo incutido pelos efeitos do neoliberalismo, da globalização e da mídia, trata de, primeiramente, solapar a ideia de um Direito “apolítico, desinteressado e integralmente científico”. O ponto de partida é justamente do Direito como um tipo de projeto, articulado e pensado à determinada finalidade.

Após, a investida é no sentido de demonstrar os entornos e as consequências de não se pensar o Direito de forma personalidade, e sim como uma “política mundial comum”, cabível a todos em sua totalidade. Para tanto, traz-se dois exemplos paradigmas: o da adoção da “política de tolerância zero” de New York e o movimento que inspirou a privatização dos presídios em diversos países.

Importante destacar que fez-se um decote metodológico que se debruça especificamente sobre a interferência dos citados fenômenos do neoliberalismo, da globalização e da mídia nesse processo, em virtude da extensão e da complexidade do tema. Contudo, não se olvida da interferência de fatores outros, ainda que tangentes, na formação desse cenário.

O estudo, desse modo, e antes de mais nada, funciona como uma crítica, justamente a partir demonstração dos perigos e problemas potenciais que uma simplificação tal imbrica na realidade.

1. Homogeneização, ideologia e a (re)produção do medo: a criação do problema e da solução

O Direito, na essência, funciona como instrumento moldado e destinado para determinada sociedade, invariavelmente contextualizada em um momento histórico específico. Não há, portanto, compreensão do universo jurídico senão consoante com seus pressupostos e finalidades, sejam eles mediatos ou imediatos. Inegável, pois, que criteriosa análise de tais fundamentos se denota, nesse sentido, imprescindível para uma abordagem sóbria sobre utilizações, possibilidades e formulações a partir do aparato forense.

Nessa linha, nítida é a importância de personalizado exame do enredo a qual se pretende propor o Direito, como meio idôneo de atingir eficientes políticas

públicas para além de formulações de institutos de “deveres-ser” abstratas e imperitas.

A personalização de categorias, sobretudo as forenses, portanto, há de respeitar e, acima de tudo, infundir-se e permanecer calcada nos influxos sociais, políticos, econômicos e até mesmo simbólicos pertencentes ao corpo social e cultural a que se destina.

Muito embora imprescindível a individualização do Direito à *finalidade próxima* que se pretenda, não se olvida, notório, a imperiosa e, até certo ponto, necessária influência do intercâmbio entre diferentes comunidades. A máxima de “aprender com os erros dos outros” e até mesmo com os “acertos” é, inegavelmente, corolário básico de qualquer tipo de Administração que se conceba. Não se imagina, também, um aparato jurídico e institucional que funcione de forma solteira, sem inevitáveis ligações e relações internacionais. O Direito Comparado e a comparação de Direitos são espectros fundamentais.

Três singulares movimentos contemporâneos, entretanto, dão contornos ímpares ao enredo forense na maioria dos países, sobretudo os subalternos, quando dessa permuta por eles realizada. A troca de experiências internacionais, fundamental em qualquer contexto, dá lugar a uma transposição cega de sistemas jurídicos, como se uma atividade basilar de rearranjo fosse. Ao final, a fundamentação para tanto deságua no “argumento” da experiência internacional positiva, discurso extremamente dócil que dispõe de ampla aceitação até mesmo por grande parte da comunidade acadêmica.

O primeiro fenômeno de impulsão desse movimento é o neoliberalismo. Também chamado de “terceira fase do capitalismo”, o neoliberalismo, dentre outras peculiaridades, denota-se marcadamente pela tentativa de homogeneização e padronização social, ou da percepção comum, a partir da formação de *slogans* e *stands* (no caso, jurídico-penais).³

Ao segundo desses movimentos, dá-se o nome de globalização: uma nova ordem, de geométrico destaque a partir do final do século XX, assentada

³ FILGUEIRAS, L. **O Neoliberalismo no Brasil**: estrutura, dinâmica e ajuste do Modelo Econômico. In: MASUALDO, B.; ARCEO, E. (Org.) *Neoliberalismo y sectores dominantes - tendencias globales y experiencias nacionales*, Buenos Aires: CLACSO, 2006a, p. 179-206. (Colección Grupos de Trabajo).

sobre os mantras da eliminação de barreiras, da porosidade geométrica, da massificação e do escalonamento, nos mais variados setores da sociedade.⁴

O terceiro e elementar tópico a considerar, por ser um centro de “difusão de verdades”, inclusive as propagadas pelos ideais globalizantes e neoliberais, é justamente a mídia que, comandada e movida pelos interesses das grandes corporações, instila no ideário social o símbolo das “crises”: e, sob a percepção de “crises comuns” em todos os países, incute-se como lógica óbvia e direta a adoção, geral, de panaceias semelhantes.⁵

Portanto, movido por esses três fatores, dependentes entre si, o ideário do “problema comum” internaliza-se nos discursos políticos e jurídicos, transmutando-se, inclusive, na importação das doutrinas penais internacionais por diversas regiões. O argumento de autoridade, pontos base para os defensores da medida, é carta na manga às críticas que se façam, muito embora cediço sua desvinculação substancial e notória com o cardápio político criminal real: “foge-se” do problema e, de quebra, tem-se a aceitação popular.

1.1. Neoliberalismo e massificação ideológica

Filgueiras⁶ entende que o processo neoliberal passa necessariamente por três grandes transformações, quais sejam: a. a reestruturação produtiva, com a racionalização econômica em plano micro e macroeconômico; b. a globalização, azeitando o mercado à medida em que estreita “custos de transação”, a partir da quebra de fronteiras e barreiras tarifárias e não tarifárias; c. a própria ideologia neoliberal, aqui entendida pela busca ao capital, em que os lemas de liberdade, igualdade e fraternidade do liberalismo clássico foram paulatinamente trocados pela concorrência, desigualdade e acúmulo de capital.

Percebe-se que, qual seja a característica primária que se aponte ao neoliberalismo, invariavelmente passa-se pelo corolário econômico. Uma definição tal, em escala global, se estendida para ditames outros, leva a um

⁴ CONVERSI, Daniele. **Americanization and the planetary spread of ethnic conflict: The globalization trap.** in Planet Agora, dezembro 2003 - janeiro 2004.

⁵ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001; BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo.** Curitiba: Juruá Editora, 2013.

⁶ FILGUEIRAS apud FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 65.

tipo de colonização da ideologia, pois submetida e sempre dócil ao pretexto do capital.

Se analisado sob a perspectiva de ser um movimento gerador de uma nova ordem, de um novo *way of life*, o neoliberalismo incute uma espécie de filtro permanente que perpassa e forma um certo tipo de imaginário comum. Tudo, nesse contexto, tem um fio condutor, e por ela há de sempre concordar: massifica-se um entendimento de mundo que tem ponto de partida e de chegada na economia.

A defesa da economia e, sobretudo, do patrimônio privado, portanto, ganha destaque ímpar nesse contexto, passando a ser o principal tópico na agenda mundial. Reforça-se e recrudescem-se o Direito Penal como um todo, como forma de repressão às criminalidades de rua, ou ao patrimônio, tidas como os problemas maiores dos países.

Com efeito, a impressionante experiência estadunidense da “guerra ao crime” impôs-se na década passada como referência obrigatória a todos os governos do Primeiro Mundo, fonte teórica e inspiração prática do endurecimento generalizado da penalidade, que se traduziu, em todos os países avançados, por um inchamento espetacular da população carcerária.⁷

Como consequência desse tipo de política, estereotipa-se um “inimigo comum”, um inimigo também massificado, mundialmente reconhecido como tal, e tido como a escória da humanidade.⁸ Veiculação tal, além de extremamente simplista, não demonstrando a realidade e a singularidade de cada região unicamente considerada, gera consequências lógicas e diretas para a política criminal de diversos países: a assimilação, interna, de pretensos “problemas mundiais gerais” e, daí, a necessidade de adoção dos antídotos também gerais.⁹

Em última análise, esse tipo de ideologia do conforto, de simples assimilação dos “problemas de adesão” ora colocados, desemboca na adoção dos países nas variadas espécimes de “doutrinas penais gabaritos”. Com a formação de tais ideologias uniformes, pois pertencentes ao mesmo pretexto, tem-se iguais conclusões acerca das soluções, para todos os enredos. Consequência? A imersão no fenômeno da importação jurídica internacional.

⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos** [A onda punitiva]. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.12.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

1.2. Globalização e mundialização

Globalização, nos dizeres de Antonio Negri e Michael Hardt¹⁰, é um fenômeno de recoberta de toda a existência humana, em sua completude, de maneira não mais vertical, como propunham as formas de comando até então – chamadas, pelos autores, de “sociedade disciplinar” –, mas de forma horizontal, como “sociedades de controle”. Há portanto, uma espécie de arborização das estruturas de poder, uma assimetria, de modo a valorizar os requisitos de mobilidade internacional (tentativa de eliminação das barreiras geográficas) e da imanência do capital como nova ordem.

Não há, é verdade, consenso uníssono sobre uma determinação conceitual precisa do fenômeno da globalização. Autores que debruçaram sobre o tema, entretanto, como por exemplo Mário Murteira, Benjamin Barber, Zygmunt Bauman e os citados Negri e Hardt, acordam sobre a existência de um reflexo direto desse tipo de ordem, seja econômica, política e/ou socialmente – embora cada autor conceba, à sua forma, um de tais pilares como eixo principal –.¹¹

Essa linha de destaque, de plano, desmantela focos verticais de poder, sobretudo os estatais internos, e as horizontaliza a partir da emulsão da liquidez nas relações – sejam elas políticas, econômicas ou sociais. Esse processo, com erros sempre acobertados pelas exculpantes do “avanço” e da “necessária nova ordem mundial”, na verdade impinge, em última *ratio*, no enfraquecimento das instituições jurídicas e da legitimidade estatal, desviando centros de poder para outros setores.

Nesse esteio, enfraquece-se focos estatais de poder e propulsiona-se o aumento gradativo e escalonado das grandes corporações, reais detentoras do poderio econômico – que é o lastro considerado primário nas relações de poder –. Com o deslocamento dos focos de poder antes imbuídos aos Estados, de modo que qualquer iniciativa pública passe, anteriormente, pelos ditames dos “novos comandantes”, o controle e o ritmo político dos países se pautam, agora, em escala mundial, e não mais regional.¹²

¹⁰ NEGRI, A. e HARDT, M. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro, Record, 2001.

¹¹ MURTEIRA, Mário Luis da Silva. *Globalização: Pela invenção dum tempo global e solidário*. Quimera, 2003; BARBER, Benjamin R. **Jihad vs. McWorld**. Hardcover: Crown, 1995, ISBN 0-8129-2350-2; Paperback: Ballantine Books, 1996, ISBN 0-345-38304-4; BAUMAN, Zygmunt (2001). **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999; NEGRI, A. e HARDT, M. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro, Record, 2001.

¹² HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações: e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

No contexto de implementação e acepção das políticas criminais dos países, isso se traduz em uma espécie de homogeneização do conhecimento penal de forma linear sobre todo o mundo. Os ideais se alinham, as soluções se compatibilizam e são concebidas pelo mundo como reais, corretos e perfeitos *modus operandi*.

Em sociedades desprovidas de indivíduos autônomos, críticos e informados, abre-se espaço para a massificação, manipulação e dominação. Alguns teóricos da Escola de Frankfurt definiram, sociologicamente, a sociedade de massa como carente de grupos e instituições sociais independentes e fortes, como uma sociedade dominada de cima.¹³

Stuart Hall e Daniele Conversi¹⁴, inclusive, concordam sobre o desmantelamento do sistema de referências das instituições, sobretudo as jurídicas, que provocam a instabilidade social que leva à inevitável pluralização das formas de poder. Infusão tal instila à criação de um modelo universal não personalizado de “proceder penal”, resultado da massificação resultante da própria globalização.

Eliminam-se barreiras geográficas, define-se um novo lastro (econômico) a ser seguido e investem na porosidade das relações de poder: a soma de tais elementos desemboca na reprodução redundante e reificada da opinião pública e acadêmica.

Novamente, esse tipo de acepção deságua na criação de ideologias uniformes, de polarizações entre “certo e errado”, de modo que é dispensada uma análise crítica sobre a realidade criminal do país. Ideias iguais, pois “problemas iguais”, logo, políticas criminais importadas e *standartizadas*. Também iguais.

1.3. A mídia e a opinião pública

A referência às “grandes corporações” que controlam a agenda mundial nas suas diversas pautas, dentre elas as jurídicas, dado os fenômenos neoliberais e de globalização, envolve, inegavelmente, a mídia e seus poderes de persuasão. A importância da criação de um “discurso vencedor” é imprescindível nesse sentido, justamente pelo poder simbólico de definir problemas gerais e difundidos mundialmente.

Nos dizeres do criminalista Raphael Boldt,

¹³ SWINGEWOOD *apud* BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática**: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p.69;

¹⁴ HALL, Stuart. **Questions on cultural identity**. Londres: Sage, 2002.; CONVERSI, Daniele. **Americanization and the planetary spread of ethnic conflict**: The globalization trap. in Planet Agora, dezembro 2003 - janeiro 2004.

[...] os meios de comunicação de massa fabricam opiniões e enfatizam a função manipulativa da mídia, o exercício e a mediação do poder e do controle por meio da “super-estrutura” cultural da sociedade.

Por sua vez, a ‘indústria cultural’ (termo que Horkheimer e Adorno preferiam ao de ‘cultura de massa’) sugere o domínio de cima, proveniente de classes superiores – não obstante seu sucesso dependa de uma classe operária passiva e irracional – bem como a transformação da cultura em mercadoria.¹⁵

Em raciocínio semelhante, contextualizado ao enredo Penal, dispõe Vanessa Maria Feletti:

E isso também ocorre no âmbito penal, pois a mídia exerce importante papel na construção dos estereótipos de criminoso [...], na maximização desmensurada do medo, na eleição de discursos de Lei e Ordem para ocupar sua grade, os quais clamam por maior recrudescimento penal, na crença que vivemos em uma permanente guerra contra o crime, em especial o tráfico, etc.¹⁶

É cediço, portanto, que a veiculação estereotipada do medo e de um cenário permanente de “crise”, impulsionado pelos movimentos de globalização e do neoliberalismo, criam pautas criminais mundiais, criando um “senso comum penal”.

Isso faz com que reduzida seja a capacidade crítica dos indivíduos, agora apenas consumidores de uma ideologia do conformismo que suprime a consciência, reifica o pensamento e não tolera qualquer tipo de desvio à “norma dominante”.¹⁷

Seja na televisão ou na internet, nas revistas ou nos jornais, diariamente nos deparamos com o “senso comum penal” reproduzido pelos meios de comunicação e absorvidos pela sociedade. Com base neste senso comum, surgem propostas de contenção da criminalidade sem nenhum tipo de fundamento, mas que conquistam a população em razão de seu apelo

¹⁵ BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p.69.

¹⁶ FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p.128.

¹⁷ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985; ADORNO, Theodor W. **A indústria cultural**. In: COHN, Gabriel. **Comunicação e indústria cultural**. São Paulo: Nacional; Editora da Universidade de São Paulo, 1971; BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p.71.

dramático e de sua consonância com a demanda punitiva que a própria mídia ajuda a criar.¹⁸

A imagem total criada dos problemas político-criminais ganha destaque pela legitimidade da mídia em ser a “autorizada oficial” à transmissão da verdade. A incumbência dos veículos de comunicação funcionam como eixo central de poder, pois pinçam acontecimentos capeados por atividades mais gerais de economia, sociedade e política na formação dos discursos legítimos.

Há, nesse sentido, uma substituição do pensamento crítico e natural pelo pensamento enlatado, *fast food*, e o resultado é novamente a difusão de uma ideologia criminal comum e mundial que se expande para setores mais variados das comunidades sociais, jurídicas e acadêmicas.

2. “Doutrinas panaceias” e o “respaldo internacional” como argumentos de legitimidade: uma espécie de irracionalidade pensada

Não se concebe, atualmente, uma campanha política que não tenha como um dos pilares a questão da segurança pública. Eixo central de maioria dos discursos partidários, sejam eles partidos do Estado ou até mesmo da sociedade, o “combate à criminalidade” é enfoque imediato de qualquer plano de governo, pois tido como o epicentro de diversos problemas colaterais como, por exemplo, a recessão na economia, com consequente desemprego, falta de infraestrutura etc. Mais ainda, a temática tem ampla aceitação pública: é, portanto, inegavelmente, um discurso altamente palatável e de fácil digestão política e social.

Uma concepção tal parte, antes de tudo, de uma percepção generalizada sobre os “alvos”, os “inimigos” e os “problemas-chave” existentes em um país. Não raro, tipificam-se *slogans* penais indicando o percurso definido como imediato e necessário – e, por que não, “óbvio”? – da utilização penal estatal, muitas vezes representadas e apresentadas publicamente sobre o mantra das “crises”: a crise da imigração ilegal, a crise da criminalidade jovem, a crise causada pelas drogas e pelo narcotráfico e assim por diante.

Essa homogenia analítica tem raízes próprias e não se dá por geração espontânea, e muito menos por, como pretendem afirmar alguns autores, uma suposta evolução da doutrina penal nesse sentido. A história e, portanto, as percepções sociais, são fruto de complexa gama vetorial de relações atuais e futuras, mas também, e acima de tudo, pretéritas. As disposições

¹⁸ BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p.70.

(ideo)lógicas e circunstanciais utilizadas e compartilhadas no enredo do surgimento das disposições político-legislativas são de absoluta indispensabilidade se da análise dos pressupostos e da ontologia das *criações*. Nada se deu por acaso; e sim, em um caso ou ocasião.

Sistemas penais e processuais penais, ou seja, doutrinas penais *lato sensu* são, antes de tudo, espécies extrínsecas de opções e projetos políticos. Têm destinações específicas e respondem a interesses, ora vulgares, ora latentes. Não são, portanto, acepções naturais: são, claro, e anteriormente, imposições artificiais nas quais invariavelmente encontramos um (ou uns) pioneiro (s), que de certa maneira daquela forma dispôs sobre o assunto.

Eugenio Raúl Zaffaroni, nesse sentido, destaca a não neutralidade e a presença de entornos políticos no âmbito jurídico. Dispõe que

A natureza da doutrina penal é política, os penalistas fazem projetos políticos, dão decisões de poder. As sentenças são atos políticos e o juiz que as aplica tem que ter consciência de seus efeitos sociais.¹⁹

Não se concebem, portanto, doutrinas penais como resultados de vazios ideológicos, como muitos que defendem a cientificidade pura do Direito²⁰ tentam transparecer, fato que instila à necessária extração dos fundamentos utilizados na sua concepção.²¹ E da onde partem essas concepções?

E é justamente nesse tocante, do Direito Penal como um todo enquanto projeto político, que é impensável imaginar uma transposição cega à outras realidades como se os problemas criminais de um país homogêneos fossem. É o que, muitas vezes, acontece: graças, dentre outros motivos, à globalização, ao neoliberalismo, à mídia e à porosidade das relações mundiais contemporâneas, a partir da criação do “senso comum penal”.

A ideia de um “imaginário criminal” se dilui no enredo das relações internacionais e agenda-se pautas-base que cabem para todos os contextos. Como consequência, o remédio é o mesmo para todos e cria-se um “modelo base” da panaceia: da importação de sistemas processuais e penais, ou

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Disponível em: <<http://www.edgardigital.ufba.br/?p=3068>>. Acesso em: 16 de setembro de 2.018.

²⁰ GODÓI, Edgar da Mata Machado. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4ª ed - Editora UFMG, 1995, Belo Horizonte.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. tradução João Baptista Machado. - 8a. ed. - Editora WMF Martins Fontes, 2009.

²¹ “É preciso abandonar esse imaginário do Direito como uma ciência objetiva e neutra. Não basta a simples comparação entre comportamento e norma, mas sim uma relação entre desses dois critérios através da valoração”. BECHARA, Ana Elisa. Disponível em:<<http://www.edgardigital.ufba.br/?p=3068>>. Acesso em: 16 de setembro de 2.018.

experiências criminais de outros países, os resultados obtidos serão os mesmos. Nada menos que um tipo de (ir)racionalidade projetada.

2.1. A ideologia comum e alguns exemplos de seus reflexos político-criminais concretos

As consequências de uma ideologia penal comum são desastrosas no cotidiano da maioria dos países. Não se resolvem os problemas, as taxas de criminalidade tendem a aumentar, pois as “soluções” são sempre desconexas com a realidade, e o sistema se reproduz de forma autopoiética, inflacionando-se cada vez mais, como se um vício de ordem de efetivação fosse.

Além disso, em um cenário ideal criado em que estão definidas pautas mundiais acerca da criminalidade, perfeitas para todos os contextos, cresce com veemência uma horda de discursos que se apropria das “experiências internacionais” como argumento para legitimar a importação de doutrinas penais em outros países. A lógica é simples: problemas iguais, soluções ideais.

Foi isso que aconteceu, por exemplo, no caso da privatização dos presídios em diversos países. Aureolados pelos mantras da experiência estadunidense, a primeira no ramo, em meados da década de 70, diversos signatários da medida, de forma impensada e desmedida, apropriaram-se desse tipo de argumento de autoridade como pretexto para a importação da privatização carcerária em outros contextos.

Aponta Minhoto, nesse contexto, a expressividade desse elemento, citando o exemplo do “Relatório Ômega”, que acabou por justificar a ratificação das penitenciárias privadas na Inglaterra e em outros países. Segundo o autor, em 1984, o Instituto Adam Smith, um *think-thank* da direita britânica, publicou o “Relatório Ômega”, recomendando a adoção das prisões privadas e fazendo expressa referência à experiência norte americana. Paulatinamente implantado e utilizado como critério de justificação, o “Relatório Ômega” legitimou a plausibilidade da adoção da política de privatização dos presídios, calcados nos seguintes pressupostos: basicamente, a prisão envolve apenas uma combinação entre empresas de segurança e operações hoteleiras. As duas atividades são práticas correntes no âmbito do setor privado.²²

²² Sobre isso, MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 65-66; O Relatório Ômega, que realiza um estudo sobre a penitenciária Blantyre House, em Kent, Estados Unidos, definida pela sua “reputação de excelência no reassentamento de infratores”, pode ser encontrado em

Um outro exemplo que merece destaque são as demonstrações norte-americanas de “cidades seguras”, utilizadas como exemplo por outros países para adoção das mesmas medidas de recrudescimento penal.

Aureolado pelo lustro “êxito” de Nova York (exageradamente apresentada como a metrópole-líder da criminalidade subitamente transformada em exemplo das “cidades seguras” nos Estados Unidos, ao passo que estatisticamente jamais foi nem uma nem outra), esse tema proporciona aos políticos de cada um dos países importadores a oportunidade de dar ares de “modernidade” à paradoxal pirueta retórica que lhes permite reafirmar com pouco prejuízo a determinação do Estado em punir os “distúrbios” e, ao mesmo tempo, isentar esse mesmo Estado de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à responsabilidade *individual* dos habitantes das zonas “incivilizadas”, a quem incumbiria doravante exercer por si mesmos um controle social próximo [...].²³

Portanto, sob o pretexto de, como afirma Loïc Wacquant, “modernizar” o sistema penal, os países dóceis a esse tipo de sistema ideológico, massificado e global, e também como forma de isenção sobre eventuais problemas reais e concretos, tornam-se signatários daquilo que sugerem à população como o gabarito político criminal, sob o respaldo da “experiência internacional positiva”.

Desenvolve Wacquant:

A experiência de Giuliani conquista êmulos apressados em todos os continentes. Em agosto de 1998, o presidente do México lança uma “Cruzada nacional contra o crime”, através de um pacote de medidas apresentadas como “as mais ambiciosas da história do país”, visando “imitar os programas como a ‘tolerância zero’ em New York City”. Em setembro de 1998, é a vez do secretário da Justiça e da Segurança de Buenos Aires, León Arslanian, assinalar que essa província da Argentina aplicará, ela também, “a doutrina elaborada por Giuliani”. [...]. E janeiro de 1999, depois da visita de dois funcionários da polícia de Nova York, o novo governador de Brasília, Joaquim Roriz, anuncia a aplicação da “tolerância zero” [...] em resposta a uma onda de crimes de sangue do tipo que a capital brasileira conhece periodicamente.²⁴

Percebe-se claramente, do trecho, uma espécie de adoção cega da política de tolerância zero de Nova Iorque, que desvincula-se dos princípios e pressupostos da doutrina aplicada e passa a ser vista como um bloco, completo e acabado, de solução penal. É quase uma fé messiânica na

<<https://www.publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmhaff/904/90403.htm>>. Acesso em 17 de setembro de 2018.

²³ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.30.

²⁴ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.31.

salvação penal a partir da importação de modelos internacionais, ainda mais partindo de uma grande metrópole estadunidense.

Os contextos a que se pretendem aplicar as “medidas modelo” são completamente diferentes do de Nova York – que, por sinal, como anteriormente demonstrado por Wacquant, também não representou um êxito estatístico –, seja econômica, política, social ou culturalmente. Dispensável salientar que México, Argentina e Brasil contém realidades absolutamente distintas dos Estados Unidos.

Os exemplos, como cediço, são fartos. E o resultado desse tipo de política é óbvia e implacável: fada-se, conscientemente, ao fracasso.

Conclusões

Os movimentos mundiais contemporâneos de formação de doutrinas penais panaceias são inegáveis e imanentes, pois são produtos de uma ideologia penal comum. A contribuição do presente estudo fez-se no sentido da demonstração de alguns dos contornos e dos perigos dessa atividade, o que restou claro pela elucidação de determinados pressupostos da globalização e do neoliberalismo – principalmente os da homogeneização e da liquidez das relações mundiais atuais – enquanto propulsores do fenômeno.

Inicialmente, a estratégia foi a de definição das algumas características principais do “problema criminal” em escala mundial, delimitando a gênese dessa construção ideológica uniforme, além da concordância sobre seus antídotos. Para tanto, além do apontamentos fenômenos supracitados (neoliberalismo, globalização), destacou-se o poder da mídia e do simbólico como elementos importantes para a construção da “versão real”.

Após, fez-se um intercâmbio desses pressupostos para análise de como sua interação resulta na visão de um Direito Penal comum, e seus efeitos práticos em diversos países. Para tanto, foi trazido à baila alguns exemplos reais para demonstração de como esse tipo de atividade se exterioriza e pontua suas consequências.

Trata-se de estudo integrativo e transdisciplinar, envolvendo searas do Direito, da Sociologia, das Ciências Políticas, dentre outros, fomentando e enriquecendo os ditames e o acervo existente sobre o debate ora proposto.

Referências

ADORNO, Theodor W. **A indústria cultural**. In: COHN, Gabriel. Comunicação e indústria cultural. São Paulo: Nacional; Editora da Universidade de São Paulo, 1971.

- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BARBER, Benjamin R. **Jihad vs. McWorld**. Hardcover: Crown, 1995, ISBN 0-8129-2350-2; Paperback: Ballantine Books, 1996, ISBN 0-345-38304-4.
- BAUMAN, Zygmunt (2001). **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BECHARA, Ana Elisa. Disponível em:<<http://www.edgardigital.ufba.br/?p=3068>>. Acesso em: 16 de setembro de 2.018.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CONVERSI, Daniele. **Americanization and the planetary spread of ethnic conflict**: The globalization trap. in Planet Agora, dezembro 2003 - janeiro 2004.
- FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança**: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- FILGUEIRAS, L. **O Neoliberalismo no Brasil**: estrutura, dinâmica e ajuste do Modelo Econômico. In: MASUALDO, B.; ARCEO, E. (Org.) Neoliberalismo y sectores dominantes - tendencias globales y experiencias nacionales, Buenos Aires: CLACSO, 2006a, p. 179-206. (Colección Grupos de Trabajo).
- GODÓI, Edgar da Mata Machado. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4ª ed - Editora UFMG, 1995, Belo Horizonte.
- HALL, Stuart. **Questions on cultural identity**. Londres: Sage, 2002. htm>. Acesso em 17 de setembro de 2.018.
- HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações**: e a recomposição da ordem mundial. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

- Império de Toni Negri e Michael Hardt.** Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro : Record, 2001. Resenha, por Peter Pál Pelbart. Revista de Administração de Empresas ISSN 0034-7590 vol.42 n°4, São Paulo out.-dez. 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** tradução João Baptista Machado. - 8a. ed. - Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da metodologia da pesquisa no Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global.** São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MURTEIRA, Mário Luis da Silva. **Globalização: Pela invenção dum tempo global e solidário.** Quimera, 2003.
- NEGRI, A. e HARDT, M. **Império.** Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro, Record, 2001.
- RELATÓRIO ÔMEGA.** Disponível em:
<<https://www.publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmhaff/904/90403>>.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva].** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Disponível em:
<<http://www.edgardigital.ufba.br/?p=3068>>. Acesso em: 16 de setembro de 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana.** Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

Os mecanismos de ressocialização na sociedade durante a execução penal e sua eventual redundância: o sistema de progressão de regime da pena privativa de liberdade, o livramento condicional e o indulto (*)

The mechanisms of re-socialization in society during the criminal execution and its possible redundancy: the system of progression of the regime of deprivation of liberty, the conditional release and the pardon

Los mecanismos de resocialización en la sociedad durante la ejecución penal y su posible redundancia: el sistema de progresión del régimen de privación de libertad, la libertad condicional y el indulto

Larissa de França Campos¹

Sumário: Introdução. **1.** Mecanismos de Ressocialização. **1.1.** Sistema de Progressão de Regime da Pena Privativa de Liberdade. **1.2.** Livramento Condicional. **1.3.** Indulto. **2.** A redundância dos mecanismos de ressocialização. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Este artigo apresenta um estudo sobre os principais mecanismos previstos na norma de execução penal, informando suas exigências, sua estrutura e sua forma de aplicação, bem como

(*) Recibido: 15 abril 2019 | Aceptado: 20 mayo 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Advogada. Pós graduada em direito penal, processo penal e segurança pública. gvfranca@uol.com.br

uma análise crítica de sua possível redundância, ou seja, avaliar se a aplicação conjunta de todos os institutos é realmente necessária para a ressocialização do preso ou se é uma questão de benefícios cuja coexistência é dispensável, pois são direcionados ao mesmo objetivo. Os autores foram considerados como Nestor Távora e Cléber Masson, critérios do Supremo Tribunal Federal, entre outras fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-chave: execução penal, duplicidade, redundância, ressocialização, liberdade condicional, indulto.

Abstract: This article presents a study on the main mechanisms foreseen in the penal execution rule, informing of their requirements, their structure and their form of application, as well as a critical analysis of their possible redundancy, that is to say, to evaluate if the joint application of all the institutes is really necessary for the resocialization of the prisoner or if it is a question of benefits whose coexistence is dispensable, since they are directed towards the same objective. Authors have been considered as Nestor Távora and Cléber Masson, the criteria of the Federal Supreme Court, among other doctrinal and jurisprudential sources.

Keywords: penal execution, duplicity, redundancy, resocialization, parole, pardon.

Resumen: El presente artículo expone un estudio sobre los principales mecanismos previstos en la norma de ejecución penal, informando de sus requisitos, su estructura y su forma de aplicación, así como un análisis crítico de su posible redundancia, es decir, evaluar si la aplicación conjunta de todos los institutos es realmente necesaria para la resocialización del preso o si se trata de beneficios cuya coexistencia es prescindible, ya que se dirigen a un mismo objetivo. Se ha considerado a autores como Nestor Távora y Cléber Masson, el criterio del Supremo Tribunal Federal, entre otras fuentes doctrinales y jurisprudenciales.

Palabras clave: ejecución penal, duplicidad, redundancia, resocialización, libertad condicional, indulto.

Introdução

A execução penal nada mais é do que um procedimento que efetua a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos, a pena pecuniária ou a medida de segurança prevista na sentença penal. É a através deste procedimento que o Estado, efetivamente, faz valer o seu direito de punir, já que impõe ao condenado o cumprimento da sanção imposta.

Não há dúvidas que a execução penal se configura como um processo autônomo, sendo etapa diferente do processo de conhecimento, onde discute-se a culpabilidade ou não do réu.

Não obstante, a natureza jurídica da execução é assunto que causa dissenso entre os doutrinadores. Parte da doutrina se posiciona a favor da natureza jurisdicional do procedimento, afirmando que o juiz da execução pratica atos eminentemente jurisdicionais, como por exemplo decisões sobre o livramento condicional ou a progressão de regime; Outra parte defende a natureza administrativa, já que os atos de recolhimento de guia de execução, por exemplo, são atos administrativos; e há, ainda, quem fale sobre a natureza jurídica híbrida da execução, considerando-a como um procedimento preponderantemente jurisdicional e secundariamente administrativo.

Além de efetuar as disposições da sentença condenatória, a execução penal tem por objetivo a reintegração do preso ou do internado no âmbito da sociedade, buscando a readaptação e a reeducação para que o mesmo não volte a delinquir.

Isto pode ser visto no artigo 1º da lei de execução penal que dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Sendo assim, a execução penal procura orientar o condenado ou internado para que ao retornar ao convívio em sociedade tenha condições de viver dignamente, tanto no sentido da não delinquência, ou seja, para que o mesmo não volte a praticar crimes, como dando assistência material, educacional, jurídica, à saúde, religiosa e social.

Para realizar as finalidades supracitadas, a Lei de Execução Penal prevê mecanismos que, na percepção de parte da doutrina, possuem a função de ressocialização do indivíduo fazendo implementar, justamente, o objetivo descrito do artigo 1º.

Assim, este artigo busca estudar os principais mecanismos previstos na norma de execução penal, relatando os seus requisitos, sua estrutura e sua forma de aplicação, como também tece uma análise crítica sobre sua eventual redundância, ou seja, avalia se a aplicação conjunta de todos os institutos é realmente necessária a ressocialização do preso ou se são benefícios cuja coexistência é dispensável, visto que se dirigem ao mesmo objetivo.

1. Mecanismos de ressocialização

Os mecanismos de ressocialização são benefícios concedidos pela lei de execução penal aos apenados que cumprem certos requisitos. Eles buscam não só a ressocialização do indivíduo, mas também a humanização do cumprimento da pena e o implemento das garantias constitucionalmente previstas, como por exemplo o respeito a integridade física e moral assegurado aos presos pelo art. 5º, inciso XLVIII, e a proibição de penas de caráter perpétuo, de banimento, de trabalhos forçados ou cruéis, prevista no art. 5º, inciso XLVII.

Os institutos previstos na norma de execução nada mais são do que “medidas de proteção aos direitos dos presos que necessitam ser tomadas pelo Estado para manter o sistema prisional brasileiro satisfatório às exigências postas pelas normativas de proteção e garantia dos direitos humanos”², possibilitando, desta forma, a tão sonhada, ressocialização.

Assim, incumbe ao Estado aplicar medidas que capacitem ao preso o retorno a vida em sociedade, oferecendo orientações e condições dignas durante a execução da sanção.

A Lei de Execução Penal prevê inúmeros benefícios, tais como a remição, a saída temporária, a permissão de saída, a progressão de regime, o indulto e o livramento condicional. Todos esses benefícios são de extrema importância para o direito penal e processo penal, entretanto o presente trabalho dará enfoque aos últimos três citados, tendo em vista que, todos os três acabam por antecipar a colocação do indivíduo no corpo social.

1.1. Sistema de progressão de regime da pena privativa de liberdade

² COSTA, Aluska Gomes; LEITE, Dhávila Beatriz Vitorina; TOMAZ, Luana Sabrina Xavier.

(Des) humanização da pena: mecanismo de ressocialização e garantia de direito dos presos. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19065>. Acesso em 14 de abril de 2019.

O sistema da lei 7.210/84 é o da progressividade, visto que todas as infrações penais que preveem a pena privativa de liberdade no preceito secundário, permitem, ou melhor, devem ser punidas através da progressão de regime.

Isto porque, a LEP prevê expressamente no seu artigo 112 que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, não havendo outra alternativa de satisfação desta sanção.

Ao proferir a sentença, o juiz penal deve nela determinar o regime inicial de cumprimento de pena, o qual não pode ser fixado em patamar mais gravoso do que o permitido pela pena em concreto.

Segundo Nestor Távora, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com os parâmetros determinado no Código Penal, não sendo possível a fixação de regime mais severo do que aquele determinado por lei, levando em conta apenas a gravidade abstrata do crime.³

Esse entendimento é corroborado pela súmula 440 do STJ (“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”)⁴ e pela súmula 718 do STF (“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”).⁵

Ademais, de acordo com o STF no HC 111.840 não é possível o estabelecimento em abstrato do regime integralmente ou inicialmente fechado, mesmo para os crimes hediondos, devendo sempre o Juiz da Vara de Execuções penais verificar a presença dos requisitos estabelecidos em lei. Vejamos:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59).

³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Rev. Atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2017. Pg. 1745

⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 440**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub.>) Acesso em 14 de abril de 2019.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 718**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> Acesso em 14 de abril de 2019.

Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado“. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.⁶

A progressão de regime é regulamentada pelo artigo 112 da LEP e possui como base principiológica o princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, que garante aos indivíduos a fixação da pena segundo as peculiaridades do caso concreto.

A aplicação deste princípio pode ser dividida em três etapas:

O primeiro momento é uma etapa que se chama de fase in abstracto. O legislador faz a aplicação deste princípio para elaboração do tipo penal incriminador, com a determinação das penas em abstracto estabelecendo os patamares mínimo e máximo de pena que poderá ser aplicado pelo juiz a cada caso concreto. A segunda fase, a individualização judiciária, é o momento em que o juiz faz a aplicação do tipo penal ao ato que o acusado cometeu, verificando qual será a pena mais adequada, levando em conta as características pessoais de cada réu. E a última fase, quanto à aplicação da

⁶STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PÚBLIC 17.

sanção, é aquela em que o magistrado responsável pela execução da pena do apenado vai determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada.⁷

Portanto, a fixação do regime integralmente fechado importa em grande ofensa ao princípio da individualização da pena, mais especificamente a terceira etapa de aplicação.

Existem três principais sistemas que disciplinam a progressão de regime, quais sejam, o sistema da Filadélfia, o sistema de Auburn e o sistema progressivo ou inglês.

No sistema da Filadélfia, o preso fica isolado sem poder sair da sua cela, exceto, em poucas ocasiões, para banhos de sol. No sistema de Auburn, o condenado trabalha durante o dia com o outros presos e a noite se submete a isolamento. Já o sistema inglês ou progressivo, é dividido em 3 momentos: no primeiro momento, que ocorre no início da pena, há o isolamento do preso; o segundo momento ocorre após determinado tempo de cumprimento, onde o condenado obtém autorização para trabalho em conjunto com outros detentos; e no terceiro momento, há a concessão da liberdade condicional.⁸

O cumprimento de pena de forma progressiva representa a possibilidade de o preso gradativamente voltar ao convívio em sociedade, ou seja, a pena aplicada será cumprida inicialmente no regime que o código penal indicar para o crime cometido, mas após o preenchimento de alguns requisitos é possível que o condenado cumpra pena em regime mais brando, sendo assim transferido do regime mais gravoso para um menos gravoso.

Como se percebe, o Brasil adotou o sistema progressivo ou inglês, porém com algumas modificações, uma vez a progressão de regime ocorre do regime fechado para o aberto, e do regime semiaberto para o aberto.

No regime fechado, o condenado cumpre a pena na penitenciária, havendo alojamento em cela individual durante a noite e trabalho obrigatório durante o dia.

No regime semiaberto, o cumprimento da pena se dá em colônia agrícola, industrial ou similar, onde preso será alojado em compartimento coletivo durante a noite e se submeterá ao trabalho obrigatório durante o dia.

No regime aberto, a pena será executada em casa de albergado, que deverá se situar em centros urbanos, separados dos demais estabelecimentos e

⁷LEHNEN, Adriana Marcos. **Princípio da Individualização da Pena**. Disponível em: <http://www.sintese.com/comentario.asp?id=5450>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

⁸MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. pg.640 e 641.

caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Este regime, é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade, havendo recolhimento ao estabelecimento penal apenas durante a noite e no final de semana, durante o dia e a tarde o apenado deve trabalhar, estudar ou exercer outra atividade fora do estabelecimento e sem vigilância.

De acordo com o art. 112 da LEP, para que a progressão seja concedida, o detento deve cumprir cumulativamente dois tipos de requisitos, quais sejam, requisitos objetivo e subjetivo.

O requisito objetivo exige para a progressão de regime que o preso tenha cumprido ao menos um sexto (1/6) de sua pena privativa de liberdade. Já o requisito subjetivo demanda que o preso ostente bom comportamento carcerário, que será atestado por parecer do diretor do estabelecimento prisional.

A lei não exige para a decretação desta medida, a realização de exame criminológico, mas o juiz, por cautela, e em decisão devidamente fundamentada poderá determinar que seja feito, sendo este entendimento embasado pela súmula 439 do STJ, que diz: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.”⁹

Em relação aos crimes hediondos, não há dúvidas que também a eles se aplica o sistema de progressão de regime, entretanto o quantum de cumprimento de pena é mais elevado devida a maior gravidade dos crimes, assim para o deferimento na medida é necessário que o preso por crime hediondo tenha cumprido ao menos dois quintos (2/5) da pena se primário, ou três quintos (3/5) da pena se reincidente, devendo também ostentar bom comportamento carcerário, atestado por parecer do diretor do estabelecimento prisional. Da mesma forma, a lei não exige exame criminológico, mas o juiz, por cautela, e em decisão devidamente fundamentada pode exigir.

Por fim, vale salientar que o sistema brasileiro de progressão não admite a chamada progressão per saltum ou por saltos, que possibilita que o condenado em regime inicialmente fechado, depois de cumprir os requisitos, passe diretamente para o regime aberto, sem ter passado 1/6 de sua pena no

⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub..](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub..)> Acesso em 15 de abril de 2019.

regime semiaberto. Ou seja, o condenado salta do regime fechado diretamente para o regime aberto.

O Superior Tribunal de Justiça também não admite este tipo de progressão, sumulando o seu entendimento no enunciado de Nº 491, que afirma: “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.”¹⁰

Assim, a progressão per saltum é majoritariamente afastada tanto pela doutrina como pela jurisprudência brasileira, visto que o sistema progressivo de cumprimento de pena consiste justamente na experimentação pelo sentenciado dos regimes existentes, fazendo com o que o mesmo se adapte gradativamente ao convívio em sociedade.

1.2. Livramento condicional

O livramento condicional é o benefício concedido ao preso com pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, que permite a colocação do custodiado diretamente em liberdade, sem que necessite passar pela progressão de regime. Esta liberdade é condicionada, pois para que seja concedida, além de cumprir os requisitos estabelecidos em lei, o egresso (nomenclatura dada àquele que foi concedida a liberdade condicional) deve cumprir alguns condições durante a sua liberdade antecipada.

Segundo Cléber Masson, esta liberdade é

antecipada, condicional e precária. Antecipada, pois o condenado retorna ao convívio social antes do integral cumprimento da pena privativa de liberdade. Condicional, pois durante o período restante da pena o egresso submete-se ao atendimento de determinadas condições fixadas na decisão que lhe concede o benefício. E precária, pois pode ser revogada se sobrevier uma ou mais condições previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal.¹¹

De acordo com Nestor Távora, “a pena que deve ser tida como parâmetro para a concessão do benefício, conforme a jurisprudência majoritária e entendimento sumulado do STF, é a efetivamente a aplicada (...).”¹²

A súmula que o autor se refere e cita em sua obra é a 715 do Supremo Tribunal Federal que tem o seguinte enunciado: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do

¹⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 491**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27491%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27491%27).sub.)> Acesso em 15 de abril de 2019.

¹¹ MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. pg.879 e 880.

¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Rev. Atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2017. Pg. 1758

Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”¹³

Para fazer jus ao livramento condicional o preso com penal igual ou superior a dois anos deve cumprir cumulativamente os requisitos objetivos e subjetivos previstos do Código Penal.

Os requisitos objetivos determinam que para ter a concessão do livramento condicional o preso deve:

- a) Ser condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos;
- b) Cumprir mais de um terço (1/3) da pena se não for reincidente em crime doloso e possuir bons antecedentes;
- c) Cumprir mais da metade da pena se for reincidente em crime doloso;
- d) Cumprir mais de dois terços (2/3) da pena nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza;
- e) reparar o dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Já os requisitos subjetivos exigem para a concessão do livramento condicional que o preso demonstre:

- a) Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena;
- b) Bom desempenho do trabalho que lhe foi atribuído;
- c) Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.
- d) Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, deve-se ainda constatar as condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 715**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2548>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

Além desses requisitos, o artigo 131 da LEP ordena que para a concessão do livramento condicional devem ser ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. Apesar disso, o juiz ao invés de ouvir o conselho penitenciário, deve exigir parecer do diretor do estabelecimento prisional, isto porque a alteração legislativa realizada pela lei 10.792/2003 inseriu no art. 112 da LEP o §2º que determina a aplicação do procedimento da progressão de regime ao livramento condicional. Desta forma, o parecer do Conselho prisional participa apenas da concessão de indulto, não sendo pressuposto da concessão do livramento condicional.

As condições impostas ao egresso aplicada durante o período de prova (tempo que resta da pena privativa de liberdade) são divididas em condições legais e condições judiciais.

As condições legais, de aplicação obrigatória pelo juiz da vara de execução penal, são previstas no art. 132, § 1º da LEP, quais sejam:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

As condições judiciais são de aplicação facultativa, podendo o juiz da execução escolher se irá aplica-las ou não, como também é possível ao juiz aplicar outras condições não previstas expressamente na lei. Estas condições estão exemplificativamente dispostas no art. 132, §2º da LEP, que assim determina:

Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não frequentar determinados lugares.

Ainda podem ser citadas as condições legais indiretas que assim são denominadas porque a sua realização leva a revogação do livramento condicional, exigindo a abstenção de determinadas condutas do egresso.

O Código Penal prevê algumas causas de revogação, que podem ser divididas em causas de revogação facultativa e causas de revogação obrigatória, de acordo com a vinculação do magistrado em determinar ou não o cancelamento do benefício.

As causas de revogação obrigatórias são aquelas em que o juiz não possui discricionariedade na determinação da revogação, devendo cancelar o benefício se comprovada a sua ocorrência. São previstas no artigo 86 do Código Penal, que prescreve:

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

Já as causas de revogação facultativa, conferem ao juiz a possibilidade de realizar um juízo de valor, isto é, de avaliar se a revogação realmente é necessária ou não. Portanto, sua ocorrência não obriga a revogação.

As hipóteses de revogação facultativa estão previstas no art. 87 do Código Penal, que estabelece que o juiz poderá revogar o livramento condicional se houver condenação, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade ou se o liberado descumprir injustificadamente as obrigações constantes da sentença que concede o benefício.

O cumprimento do período de prova com observância de todas as condições e sem efetivação de causa de revogação, leva a extinção da pena privativa de liberdade.

1.3. Indulto

O indulto é o benefício que isenta total ou parcialmente o condenado da pena imposta, sendo, portanto, umas das causas da extinção da punibilidade.

Este instituto caracteriza-se como um ato de clemência soberana do Poder Público, emanado privativa e discricionariamente pelo Presidente da República que através de decreto estabelece todos os requisitos que devem ser cumpridos para obtenção deste benefício.

É através do decreto de indulto que o Presidente da República determina que crimes e apenados terão suas penas extintas, atingindo dessa forma os efeitos executórios da condenação. Apesar disso, os efeitos secundários e os efeitos civis da sentença condenatória ainda subsistem, uma vez que o indulto atinge somente o cumprimento da pena.

Segundo o Supremo tribunal Federal:

O indulto é instrumento de política criminal de que dispõe o Chefe do Poder executivo, configurando o seu emprego de típica sanção premial, decisão esta

sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal¹⁴

O indulto pode ser individual, também chamado de Graça, sendo este dirigido a pessoas determinadas que tenham sua sentença condenatória transitada em julgado, ou coletivo, chamado de indulto propriamente dito, que se destina a um grupo de pessoas que preenchem certas condições estabelecidas no decreto, não se exigindo o trânsito em julgado da condenação.

De acordo com o art.188 da LEP, O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

Já em relação ao indulto coletivo, o artigo 193 da LEP, dispõe que caso o sentenciado seja beneficiado, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará sua concessão.

Vale lembrar que o indulto é benefício que não pode ser concedido aos crimes hediondos e equiparados por expressa vedação do art. 2º da lei 8.072/1990 (Lei dos Crime Hediondos).

Discute a doutrina e a jurisprudência sobre a concessão do indulto aos condenados que estejam em suspensão condicional da pena. Parte da doutrina entende que é possível a concessão deste benefício a quem esteja em suspensão condicional da pena, isto porque o indulto se destina as pessoas condenadas a pena privativa de liberdade, e o sursis é apenas uma maneira diferenciada de execução. Outra parte, entende que não é possível conceder indulto a quem esteja cumprindo período de prova, uma vez que o indulto deve ser aplicado somente àqueles que estejam efetivamente cumprindo pena privativa de liberdade.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal já denegou pedido de Habeas Corpus que tinha como fundamento o cumprimento do requisito temporal para concessão do indulto, durante o período de prova da suspensão condicional da pena.

Em informativo de jurisprudência o Pretório Excelso publicou o seguinte extrato:

A 1ª Turma, por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se pretendia o cômputo do período de prova cumprido em suspensão condicional

¹⁴ HC 90.364/MG apud MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método,2016. pg.995.

¹⁵ MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método,2016. pg. 873.

da pena para o preenchimento do requisito temporal para concessão de indulto, instituído pelo Decreto 8.172/2013. Na espécie, o réu permanecera preso provisoriamente por cinco dias até obter o benefício do “sursis” na própria sentença condenatória. A defesa insistia na possibilidade de concessão do indulto, tendo em vista que o paciente cumprira um quarto do período de prova do “sursis”. A Turma consignou que o réu não teria jus ao benefício do indulto porque não preencheria o requisito temporal objetivo para sua concessão, qual seja o cumprimento, em prisão provisória, de um sexto da pena ou, se reincidente, um quinto (Decreto 8.172/2013, art. 1º, XIV). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. Destacava que o “sursis” seria uma ficção jurídica de execução da pena e que o período cumprido nesse sistema deveria ser considerado como tempo de cumprimento de pena restritiva de liberdade. HC 123381/PE, rel. Min. Rosa Weber, 30.9.2014. (HC-123381) ¹⁶

2. A redundância dos mecanismos de ressocialização

A Lei de execução penal com fim de fazer cumprir o seus objetivos, quais sejam, executar a sanção e reintegrar o condenado ao convívio social, institui diversos benefícios ao apenado, dentre ele a progressão de regime, o livramento condicional e o indulto.

Como visto acima, esses três institutos, cada de uma de sua maneira, acabam por reinserir o preso mais rapidamente na sociedade, fazendo com que a pena imposta não seja cumprida integralmente em uma penitenciária, mas sim de forma alternativa em regimes mais brandos no caso da progressão, ou em liberdade, mas com certas condições, no caso da livramento condicional, e até mesmo sendo extinta quando se decreta o indulto.

Diante disto, verifica-se que a existência ao mesmo tempo desses três benefícios se mostra redundante, pois para que se alcance objetivo da execução penal, bastaria a aplicação de somente um deles e não de todos.

Isto porque a coexistência desse institutos é desnecessária, e de certa forma acaba fazendo com que a sanção imposta perca sua importância, pois a probabilidade de um preso cumpri-la por completo é diminuída. Isto faz com que o sentimento de impunidade perante a sociedade aumente, causando insatisfação com o Estado e com a forma de punir.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC123381/PE**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo761.htm#%E2%80%9CSursis%E2%80%9D%20e%20requisito%20temporal%20para%20a%20concess%C3%A3o%20de%20indulto>. Acesso em 15 de abril de 2017.

Ademais, é de se questionar se os próprios fins retributivo e preventivo da pena são cumpridos, pois a lei penal orienta o juiz a aplicá-la em certo quantum de acordo com o crime praticado, sua gravidade, circunstâncias de cometido, etc. Assim, de acordo com todos esses fatores, a legislação estabelece a quantidade necessária para evitar que novos delitos votem a ser cometidos e para retribuir o mal causado pelo indivíduo.

Não obstante, os mecanismos de ressocialização da lei de execução concedidos aos condenados fazem com que a pena imposta na sanção penal de acordo com todos os critérios necessário para o seu fim, se torne mais branda e o apenado acaba cumprindo outro quantum que não aquele estipulado.

Tal situação fere o princípio inderrogabilidade ou inevitabilidade da pena que determina o fiel e total cumprimento da pena aplicada na sentença condenatória. Segundo Cleber Masson, “esse princípio é consectário lógico da reserva legal, e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida.”¹⁷

A concessão do livramento condicional e do indulto configuram-se como mitigação a este princípio, porém entende-se que esta mitigação é violadora dos fins da pena, visto que a aplicação de ambos os benefícios, juntamente com a progressão de regime, reduzem o potencial retributivo e preventivo da sanção, caracterizando uma aplicação exagerada de benefícios penais.

Isto posto, este trabalho não busca questionar os direitos dos presidiários, pois como pessoa humana todos são sujeitos de direitos e deveres, inclusive protegidos pela constituição. Acredita-se que deve sim existir uma busca pela ressocialização e pela humanização da carcerização, entretanto não vê a imprescindibilidade da existência de tantos mecanismos que buscam o mesmo fim, ou seja, antecipar a convivência social. Assim, acredita-se que essa redundância é maléfica para a sociedade como um todo, pois apesar de tratar de direitos de uma pessoa específica, de forma reflexa essas decisões afetam toda a coletividade.

Considerações finais

A execução penal é processo que coloca em prática a decisão mais importante do processo penal de conhecimento. É através desse

¹⁷ MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. pg. 611.

procedimento que se realiza as imposições da sentença condenatória ou absolutória imprópria.

Dessa forma, é através da execução que o fim da pena privativa de liberdade ou o da medida de segurança é atingido, somando-se ao próprio objetivo desse processo.

Para fazer cumprir tantas finalidades, a Lei de execução penal constitui mecanismos que irão ajudar no seu alcance. Esse mecanismos mostram-se como benefícios aos apenados que cumprem certos requisitos ou preenchem determinadas condições.

Dentre eles encontram-se a progressão de regime prisional, o livramento condicional e o indulto. A progressão de regime gradualmente vai colocando o preso mais próximo da convivência em sociedade, transferindo o preso que está do regime fechado para o semiaberto e deste para aberto, depois de cumprir certo tempo de pena e apresentar bom comportamento carcerário.

O livramento condicional coloca o preso diretamente em liberdade sem a necessidade de progressão de regime, entretanto essa liberdade é condicionada, pois durante o restante da pena deve o egresso cumprir as determinações impostas pelo juiz.

E o indulto é medida privativa e discricionária do presidente da república que extingue a pena imposta, configurando-se como uma sanção premial àqueles que preenchem as condições estabelecidas no decreto presidencial.

A existência simultânea desses institutos é considerada desnecessária e portanto, redundante, uma vez que acabam abrandando a pena imposta na sentença penal. Além disso, a aplicação de todos os benefícios violam o princípio da inderrogabilidade da pena, que determina o cumprimento integral da sanção imposta, não sendo possível a revogação da execução da pena.

Acredita-se, ainda, que os fins almejados pela aplicação da punição podem ser alcançados com a concessão de apenas um benefício, não sendo indispensável a presença de tantos privilégios àquele que violou a norma jurídica.

Dessa forma, busca-se um equilíbrio entre as medidas de execução, de forma que as finalidades da pena e do processo executivo sejam alcançados sem causar malefícios a sociedade como um todo.

Referências

- BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 15 de abril de 2019.
- BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 15 de abril de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439**. Disponível em:
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub..](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub..)> Acesso em 15 de abril de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 440**. Disponível em:
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub.)> Acesso em 14 de abril de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 491**. Disponível em:
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27491%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27491%27).sub.)> Acesso em 15 de abril de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 715**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2548>>. Acesso em 15 de abril de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 718**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> Acesso em 14 de abril de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC123381/PE**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo761.htm#%E2%80%9CSursis%E2%80%9D%20e%20requisito%20temporal%20para%20a%20concess%C3%A3o%20de%20indulto>>. Acesso em 15 de abril de 2017.
- COSTA, Aluska Gomes; LEITE, Dhávila Beatriz Vitorina; TOMAZ, Luana Sabrina Xavier. **(Des) humanização da pena: mecanismo de ressocialização e garantia de direito dos presos**. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19065>. Acesso em 14 de abril de 2019.

EHNEN, Adriana Marcos. **Princípio da Individualização da Pena.**

Disponível em: <http://www.sintese.com/comentario.asp?id=5450>.

Acesso em: 19 de abril de 2019

MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – vol.1 parte geral.** 10^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método,2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12 ed. Rev. Atual. Salvador: Ed. Juspodvim,2017.

DERECHO LABORAL

¿La estabilidad laboral significa trabajar para siempre? Perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano (*)

Does labor stability mean to work forever? Perspectives of the Inter-American Court of Human Rights and the peruvian Constitutional Court

Manuel Gonzalo Lupa Yucra¹

Stephany Ariel Puma Cheje²

Sumario: Introducción, **I.** La estabilidad laboral. **II.** La estabilidad laboral según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Lagos del Campo vs. Perú. **III.** La estabilidad laboral según el Tribunal Constitucional. **IV.** Nuestra postura. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: El derecho a la estabilidad laboral implica que el trabajador debe permanecer en su puesto hasta que ocurra alguna causal de despido. Este derecho tiene dos dimensiones: la estabilidad de entrada y la estabilidad de salida. La Corte

(*) Recibido: 1ro. mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Seleccionado por la Universidad Nacional de San Agustín y el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica del Perú (CONCYTEC) para ser subvencionado en su tesis de pregrado. Asesor legal en el Estudio Jurídico “Lupa & Rimachi”.
manueluyu93@gmail.com

² Estudiante del quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.
stephany_pch@hotmail.com

Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “Lagos del Campo vs. Perú” ha manifestado que los Estados deben proporcionar mecanismo de protección de este derecho, como por ejemplo la reinstalación (reposición), indemnización o cualquier otro concepto similar. El Tribunal Constitucional peruano se ha adscrito a esta postura, con excepción de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

Palabras claves: derecho laboral, estabilidad laboral, reposición, indemnización, “Lagos del Campo vs. Perú”.

Abstract: The right to job security means that the worker must remain in his place until a cause of dismissal occurs. This right has two dimensions: the stability of the entrance and the exit. The Inter-American Court of Human Rights, in the judgment of the case, "Lagos del Campo v. Peru", has stated that States have the obligation to protect this right, such as reinstatement, compensation or any other similar concept. The Peruvian Constitutional Court has subscribed to this position, with the exception of judges Sardón de Taboada and Ferrero Costa.

Keywords: Labor law, labor stability, reinstatement, compensation, “Lagos del Campo v. Perú”.

Introducción

Las empresas tienen temor de suscribir contratos de trabajo a plazo indefinido con sus empleados. Una de las razones que alegan es que un contrato sin fecha de término significa que el trabajador no podrá ser despedido. Es por lo cual, también prefieren un contrato sujeto a modalidad con un plazo de duración determinado, a pesar de que el trabajador desempeñe actividades permanentes de la empresa.

Suscribir contratos con plazo indeterminado conlleva a la estabilidad laboral, sin embargo, ¿es posible afirmar que el trabajador permanecerá para siempre en su puesto? En el presente artículo se resolverá esta interrogante desde las perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

I. La estabilidad laboral

La estabilidad laboral es la exigencia a todo empleador de mantener al trabajador bajo una contratación a plazo indefinido, a menos que se produzca una causal de despido por cometer una falta previamente establecida. Asimismo, se le considera un derecho laboral que sirve de sustento para el desarrollo de las demás garantías que el Derecho otorga al trabajador (Villavicencio Rios, 1996).

El Protocolo de San Salvador, instrumento internacional que acoge el derecho a la estabilidad laboral, implica la exigencia de una “causa de justa separación” como requisito para la validez del despido, de lo que se deduce, que este instrumento descarta el despido sin causa, o por ser contrario al derecho al trabajo. De igual forma, enumera como medidas reparadoras específicas del despido injustificado la indemnización (tutela resarcitoria) o la readmisión (tutela restitutoria) (Blancas Bustamante, 2012).

En palabras del profesor Concha Valencia (Concha Valencia, 2014) la estabilidad laboral es un derecho del trabajador de mantener su puesto en un tiempo indeterminado, a menos que se verifique una causal de despido.

Este derecho tiene su sustento en el principio de continuidad, que es aplicado en contratos a plazo indeterminado, mas no en aquellos sujetos a modalidad (Blancas Bustamante, 1991) (Toyama Miyagusuku, 2011).

Dimensiones de la estabilidad laboral

La doctrina ha distinguido dos dimensiones de la estabilidad laboral:

Estabilidad de entrada

Se aplica a los trabajadores que han superado el periodo de prueba y les garantiza protección ante una eventual finalización del contrato de trabajo (Toyama Miyagusuku, 2011, p. 404).

Implica que el trabajador al iniciar su periodo laboral debe ser contratado a tiempo indeterminado siempre que la actividad a desempeñar sea de carácter principal de la empresa.

Estabilidad de salida

Implica la protección al trabajador en un escenario de despido. Dentro de esta sección se ubica la estabilidad absoluta que exige la reposición (reinstalación o reincorporación) del trabajador a su centro de labores; y la

estabilidad relativa que acoge el otorgamiento de una indemnización a favor del afectado (Toyama Miyagusuku, 2011, p. 404).

II. La estabilidad laboral según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Lagos del Campo vs. Perú

Remitirnos al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es parte de un ejercicio de interpretación de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, que señala que las disposiciones y tratados de Derecho Internacional que el Estado peruano haya suscrito forman parte del derecho interno. En ese sentido, nuestro país se ha adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos la institución encargada de velar por su cumplimiento.

Conforme al detallado contexto, en el presente artículo se explicará los tópicos principales que han motivado el caso “Lagos del Campo vs. Perú”, sentencia relevante en materia de estabilidad laboral.

Hechos del caso

El señor Alfredo Lagos del Campo trabajó para una empresa durante 13 años. En el último año llegó a ocupar el cargo de presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la Empresa. Antes de que se efectúen las elecciones, el señor Lagos declaró en una entrevista hechos que sindicaban a los propietarios de la empresa como personas que habían manipulado el proceso electoral, ante reporteros del Diario “La Razón”. Por tal motivo es que la empresa despide al señor Lagos. Posteriormente el afectado inicia un proceso laboral ante el Poder Judicial a fin de que se le reponga en su puesto. En primera instancia declaran fundada la demanda; sin embargo, en segunda instancia, revocan la decisión y declaran infundada la demanda (“Lagos del Campo vs. Perú,” 2017).

Parte resolutive

Por mayoría (5 votos a favor y dos en contra) se declara al Estado peruano responsable de la violación del derecho a la estabilidad laboral (artículo 2.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos) (“Lagos del Campo vs. Perú,” 2017).

Análisis

En los fundamentos 143, 144 y 145 se examina el derecho a la estabilidad laboral ubicado en el artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos Humanos; y asimismo en los artículos 45b, 46 y 34g de la Carta de la

Organización de Estados Americanos, concluyendo que a partir de las reglas de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 29 b, c y d), los elementos de la estabilidad laboral (sector privado) se resume en los siguientes deberes que el Estado asume ("Lagos del Campo vs. Perú," 2017):

- Establecer medidas adecuadas para regular y fiscalizar el derecho a la estabilidad laboral.
- Proteger al trabajador contra el despido injustificado.
- Posibilidad de remediar la situación de despido injustificado mediante la reinstalación (reposición), indemnización u otras formas.
- Diseñar mecanismos efectivos de acceso a la justicia y debido proceso en caso de despido injustificado.

Asimismo en el párrafo 149 se precisa que la estabilidad laboral no implica una "permanencia irrestricta" en el puesto; más bien, se refiere a una protección jurídica frente a un despido injustificado ("Lagos del Campo vs. Perú," 2017).

III. La estabilidad laboral según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano, máximo ente de defensa de la Constitución, manifiesta en sus sentencias una postura conforme con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como se ha detallado, el referido órgano internacional sostiene que la vulneración al derecho de estabilidad laboral debe remediarse mediante la reinstalación del trabajador en su puesto, de lo contrario el pago de una indemnización o algún concepto similar. A su turno, el Tribunal Constitucional peruano señala la posibilidad, a elección del trabajador, de una reposición o indemnización, estas opciones son excluyentes.

En el caso José Gómez Caramantín, expediente Nro. 833-2014-PA/TC, fundamento 12, ("Jose Gomez Caramantín," 2014) se sostiene que frente a un despido arbitrario es posible aplicar una tutela reparadora, es decir la reposición; o de lo contrario la tutela resarcitoria que implica la indemnización.

el hecho que el empleador haya efectuado el depósito de la liquidación de beneficios sociales del demandante, incluyendo la indemnización por despido arbitrario, no significa aceptación del pago de ésta última, salvo que el afectado acepte el pago de la indemnización otorgada por el empleador, en cuyo caso operará la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 34 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, por lo que el trabajador no

podrá luego pretender su reposición a través de un amparo. ("José Gómez Caramantín", 2014).

También en el expediente Nro. 3052-2009-PA/TC, se ha establecido que el trabajador es quien elige ser beneficiado de una indemnización o pide la reposición, siendo indispensable la expresión de voluntad del afectado con el despido arbitrario. Asimismo, no es posible optar por las dos vías, estas son excluyentes:

si un trabajador cobra su indemnización por despido arbitrario, de manera voluntaria, como protección adecuada contra el despido arbitrario, la interposición de un proceso de amparo devendrá en improcedente.

Este criterio resulta adecuado pues si el trabajador acepta la indemnización por despido, acepta la protección que la brinda el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin que pueda luego pretender la vía de la reposición por ser una pretensión contradictoria. ("Lara Garay, Yolanda", 2009).

Posición de los magistrados José Luis Sardón de Taboada y Raúl Ferrero Costa

El pleno del Tribunal Constitucional peruano está conformado por 7 magistrados, dos de ellos, José Luis Sardón de Taboada y Raúl Ferrero Costa, están a favor de la postura que sostiene que no existe estabilidad laboral absoluta en el Perú, por tanto no es posible amparar la tutela reparadora mediante la reposición. No obstante, esta posición no ha llegado a ser mayoría en el pleno.

El magistrado Sardón de Taboada, en el expediente Nro. 833-2014-PA/TC (José Gómez Caramantín, 2014) mediante un voto singular, ha argumentado su criterio de la siguiente manera: la Constitución Política de 1979, en su artículo 48, contemplaba claramente que "El Estado reconoce el derecho a la estabilidad en el trabajo". Sin embargo, la actual Constitución de 1993 ha dejado de lado tal expresión es así que en el artículo 27 señala que "la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario", lo que implica que las normas con rango de ley deben especificar los alcances del referido dispositivo, mas no acoge la postura de la estabilidad laboral absoluta.

Por su parte, el magistrado Ferrero Costa en el expediente Nro. 5199-2015-PA/TC, ha argumentado que el concepto de estabilidad laboral absoluta no es coherente con una economía social de mercado aplicada en el Perú. Asimismo, concluye que la reposición de un trabajador no es un elemento del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo.

IV. Nuestra postura

Nosotros nos adscribimos a la postura mayoritaria del Tribunal Constitucional que sostiene que sí existe estabilidad laboral absoluta, es decir los trabajadores pueden solicitar la reposición ante un despido arbitrario. Sostenemos lo mencionado en base a que interpretando el artículo 27 de la Constitución Política que *ad pedem literae* señala:

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

En aplicación del principio *pro homine*, el mismo que es un criterio de interpretación que exige acudir a la norma más amplia en caso se pretenda determinar el sentido de disposiciones que otorguen derechos; y a la norma menos restrictiva cuando se busque analizar disposiciones que limiten derechos (Pinto, 2014); en el caso concreto, se ha citado el artículo 27 de la Constitución, dispositivo del cual podemos establecer las siguientes normas:

- La ley otorga al trabajador la posibilidad de reposición contra el despido arbitrario.
- La ley otorga al trabajador la posibilidad de indemnización contra el despido arbitrario.
- La ley otorga al trabajador la posibilidad de cualquier forma adecuada de protección contra el despido arbitrario.

La norma que permite un mayor ejercicio de derechos es la tercera. Esta contempla la posibilidad de reposición, indemnización o de cualquier otra forma de tutela. Por lo tanto, es adecuado sostener que tanto la indemnización o la reposición son vías posibles de aplicación en el Perú.

Conclusiones

- La estabilidad laboral es un derecho del trabajador que exige que el empleador suscriba contratos de trabajo a plazo indeterminado y solo proceda el despido por una causal expresa.
- La dimensión del derecho a la estabilidad laboral se resume en: a) estabilidad de entrada (preferir una contratación a plazo indefinido) y b) estabilidad de salida (reposición o indemnización frente a un despido arbitrario).
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Lagos del Campo vs. Perú”, fundamentos 143, 144 y 145, ha establecido que si un trabajador es perjudicado por un despido arbitrario, es posible la reinstalación (reposición), la indemnización o algún otro concepto de similar característica.

- El Tribunal Constitucional peruano (expediente Nro. 833-2014-PA/TC) ha resuelto que es posible aplicar una tutela reparadora (reposición); o una tutela resarcitoria (indemnización), frente a un despido arbitrario. Ambas opciones son excluyentes y el trabajador es quien decide la vía más adecuada; en consecuencia, se trata de una estabilidad laboral absoluta.
- Los magistrados del Tribunal Constitucional peruano, Raúl Ferrero Costa y José Luis Sardón de Taboada, se inclinan por la postura que sustenta la no existencia de estabilidad laboral absoluta en el Perú.

Referencia

- Blancas Bustamante, C. (1991). *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.
- Blancas Bustamante, C. (2012). *Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral*. Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, (68).
- Concha Valencia, C. R. (2014). *Análisis de la Estabilidad Laboral de los Trabajadores de Confianza según el Tribunal Constitucional*. (Magister), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- José Gómez Caramantín (Tribunal Constitucional 2014).
- Lagos del Campo vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017).
- Pinto, M. (2014). Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos., 163. Retrieved from <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf> website: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- Toyama Miyagusuku, J. (2011). *Derecho Individual del Trabajo* (S. Laborales Ed. Primera ed.). Lima
- Villavicencio Rios, A. (1996). PROEM. *Revista Coyuntura Laboral*, 9.
- Yolanda Lara Garay (Tribunal Constitucional 2009).

**Os impactos da reforma trabalhista no contexto
internacional:
embate entre as novas disposições e as Convenções n.º
98 e n.º 154 da OIT (*)**

**The impacts of labor reform in the international
context: conflict between new provisions and
Conventions n.º 98 and n.º 154 of the ILO**

**Los impactos de la reforma del derecho del trabajo en el
contexto internacional: choque entre las nuevas
disposiciones y las Convenciones n.º 98 y n.º 154 de la
OIT**

Julia Teixeira Ramos¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

(*) Recibido: 19 setiembre 2018 | Aceptado: 15 enero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
juliateixeiramos@outlook.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. **1.** Análise principiológica do direito trabalhista e contraponto ao artigo 611-a, introduzido na legislação trabalhista pela Lei 13.467/17. **2.** A proteção do trabalhador sob a ótica do Direito Internacional. **3.** Análise da compatibilidade do artigo 611-a da clt com as Convenções nº 98 e nº 154 da OIT. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: A presente pesquisa objetiva analisar os pressupostos básicos do Direito do Trabalho brasileiro, bem como as disposições acrescidas ao ordenamento jurídico pátrio pelo Direito Internacional do Trabalho, por intermédio das convenções nº 98 e nº 154 da Organização Internacional do Trabalho. Com tais conclusões, buscar-se-á enfrentar tal arcabouço legislativo, e, por conseguinte, as garantias básicas dadas ao obreiro na relação de trabalho, para com o novel artigo 611-A da CLT, acrescida ao direito trabalhista pela Lei 13.467 de 2017, verificando, desta forma, suas compatibilidades. Para tanto, a pesquisa será desenvolvida com base em estudos de convenções internacionais (abarcando aqui a Convenção nº 154 e nº 98 da OIT), bem como no estudo de leis infraconstitucionais, de leis constitucionais e de doutrinas referentes ao Direito do Trabalho e ao Direito Internacional do Trabalho, tendo como principais bases os autores Maurício Godinho Delgado e José Carlos Sussekind. Tal estudo se desenvolverá a partir da metodologia dialética.

Palavras-chave: Direito Internacional do Trabalho, reforma trabalhista, Lei 13.467, Convenção 98, Convenção 154.

Abstract: The present research aims to analyze the basic assumptions of Brazilian Labor Law, as well as the provisions added to the legal order of the country by International Labor Law, through Conventions No. 98 and No. 154 of the International Labor Organization. With such conclusions, this legislative framework, and therefore, the basic guarantees given to the worker in the labor relationship, will be sought in relation to the novel article 611-A of the CLT, added to labor law by Law 13467 of 2017, verifying, in this way, their compatibilities. The research will be developed on the basis of studies of international conventions (including Conventions No. 154 and No. 98), as well as the study of infra-constitutional laws, constitutional laws and doctrines pertaining to Labor Law and International Labor Law, having as main bases the authors Maurício Godinho Delgado and José Carlos Sussekind. Such a study will develop from the dialectical methodology

Keywords: International Labor Law, labor reform, Law 13.467, Convention 98, Convention 154.

Resumen: La presente investigación tiene como objetivo analizar los conceptos básicos del Derecho del Trabajo brasileño, así como las disposiciones añadidas al ordenamiento jurídico patrio por el Derecho Internacional del Trabajo, por intermedio de los convenios n.º 98 y n.º 154 de la Organización Internacional del Trabajo. Con las conclusiones, se buscará enfrentar tal marco legislativo, y, por consiguiente, las garantías básicas dadas al obrero en la relación de trabajo, junto con el artículo 611-A de la CLT, más el derecho laboral por la Ley 13.467 de 2017, verificando de esta forma sus compatibilidades. La investigación se desarrollará sobre la base de estudios de Convenciones internacionales (incluyendo el Convenio n.º 154 y n.º 98 de la OIT), así como en el estudio de leyes infraconstitucionales, de leyes constitucionales y de doctrinas referentes al Derecho del Trabajo y al Derecho Internacional del Trabajo, con base en los autores Mauricio Godinho Delgado y José Carlos Sussekind. Tal estudio se desarrollará con la metodología dialéctica.

Palabras clave: Derecho Internacional del Trabajo, reforma laboral, Ley 13.467, Convenio 98, Convenio 154.

Introdução

A lei 13.467/17 surge em um contexto de crise econômica e, por conseguinte, circundado por um ambiente de recessão e desemprego crescente, carregando consigo o peso da promessa de mudança nesse cenário.

Contudo, como é de fácil percepção, tais tentativas imediatistas de reestruturação econômica, muitas vezes, ancoram-se em restrições a direitos fundamentais, desse modo, ferindo gravemente prerrogativas previstas tanto em nossa Constituição quanto em Tratados Internacionais em relação aos quais o Brasil é signatário.

Nesse contexto, no presente trabalho se busca analisar pontos específicos da reforma trabalhista trazida pela lei 13.467 de 2017, enfrentando-os a partir dos direitos já assegurados aos trabalhadores pela Constituição de 1988, bem como pelas garantias concedidas pelas Convenções nº 98 e nº 154, as quais versam sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva.

Insta frisar, que será tido como enfoque o artigo 611-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, que fixa a possibilidade do negociado prevalecer sobre o legislado, em nome da autonomia privada e do poder negocial.

Neste diapasão, o estudo em um primeiro momento irá se voltar a uma análise do artigo 611-A da CLT em contraponto com os princípios do direito do trabalho, os quais se constituem como sua base.

Em seguida, no segundo tópico, a abordagem será direcionada às convenções nº 98 e nº 154 da OIT, e à exploração de seus conteúdos no que diz respeito à proteção da vulnerabilidade do obreiro na relação de trabalho, bem como a análise da compatibilidade destas para com o dispositivo instituído como o objeto deste estudo.

Por fim, serão desenvolvidas as considerações finais, retomando os pontos principais de todos os tópicos analisados de modo a possibilitar uma análise da compatibilidade destes para com o disposto no artigo 611-A da CLT.

1 Análise principiológica do direito trabalhista e contraponto ao artigo 611-a, introduzido na legislação trabalhista pela Lei 13.467/17

O Direito do Trabalho surge na sociedade como elemento essencial para um maior equilíbrio na relação “empregado x empregador”, visando oferecer aos trabalhadores ferramentas que os propiciem uma condição mínima de equiparação em relação aos donos do capital, os quais detêm o poder dentro dessa relação.

Sobre tal aspecto, Maurício Godinho Delgado preleciona (2017, p. 211):

Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da contestação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como *ser* coletivo, isto é, m agente socioeconômico e político cujas ações – ainda que intraempresariais – têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla.

Nesse cenário, emergem como barreira às arbitrariedades patronais, uma série de princípios trabalhistas que visam manter esse equilíbrio frente à hipossuficiência (intelectual, social e econômica) da classe obreira.

Tendo como núcleo basilar o princípio da proteção do trabalhador, que como já deixa transparecer por sua denominação, trata-se da criação de um sistema especializado em regras majoritariamente protetivas, que garantam o tão almejado equilíbrio nas relações de trabalho (DELGADO, 2017, p. 213).

Insta ressaltar, que esse princípio se trata de uma máxima a ser seguida no contexto justralhista, de modo com que todas as disposições referentes a essa matéria devem passar por sua análise, e, por óbvio, todos os demais princípios que a circundam dele decorrem e nele buscam fundamento.

Tem-se também o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, segundo o qual se orienta que no direito trabalhista à prevalência de normas essencialmente imperativas, as quais não podem ter sua obrigatoriedade afastada por meio de simples disposição contratual acordada entre as partes, sendo raras as hipóteses nas quais se vislumbrará em seu regramento hipóteses de regras dispositivas (DELGADO, 2017, p. 216).

Tal disposição principiológica se ancora justamente no fato de o sistema trabalhista ser extremamente protetivo, haja vista a já elencada relação desigual a que se cumpre resguardar, mostrando-se, desse modo, incompatível com as disposições civilistas que trabalham, em sua maioria, em igualdade de equiparação.

Ademais, também é um princípio caro no contexto justralhista o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, segundo o qual se fixa a inviabilidade técnico-jurídica de o empregado de abrir mão de seus próprios direitos, assegurados legal e contratualmente, por simples manifestação de vontade (DELGADO, 2017, p. 217).

Princípio este, que também busca fundamento na hipossuficiência do obreiro, tendo em vista que este tem suas vontades submetidas aos mandos e desmandos do empregador, haja vista que este tem os meios de produção, e, por conseguinte, a fonte de renda do obreiro em suas mãos. Desse modo, a manipulação do trabalhador se torna demasiado fácil, já que este tende a se submeter a condições degradantes para ter mantido sua fonte de renda, logo, seu sustento.

Outrossim, tem-se o princípio da vedação ao retrocesso social, fixado no artigo 3º da nossa Constituição³, bem como no caput do artigo 7º da CLT⁴, o qual fixa que será vedada a revogação de direitos sociais já instituídos sem a criação de alternativas para a compensação do impacto causado pela anulação dessas garantias (CANOTILHO, 2002, p. 336).

E, também, da vedação da *reformatio in pejus* no que tange à criação de direitos para o trabalhador, tendo como pressuposto que o artigo 7º da CLT

³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II – garantir o desenvolvimento nacional (BRASIL, 2018).

⁴ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social** (BRASIL, 2018).

fixa que apenas serão criados direitos que melhorem sua condição social, jamais podendo essa ser piorada por interferência da atividade legiferante.

Além dos já listados, existe um farto aparato principiológico no Direito do Trabalho, tais como o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, da condição mais benéfica ao trabalhador, da norma mais favorável, da intangibilidade salarial, dentre outros, que possuem como núcleo o mesmo objetivo já vislumbrado em todos os supracitados, a proteção e o resguardo ao obreiro.

Nesse contexto, tem-se o objeto de análise do presente estudo, que se trata do artigo 611-A⁵ da CLT, acrescentado pela lei 13.674 de 2017, o qual fixa

⁵ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

uma série de hipóteses nas quais a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei, sendo estas meramente exemplificativas, haja vista o termo “entre outros” expresso no dispositivo.

Ante a leitura do referido dispositivo, é límpida a constatação de que a alteração trazida pela reforma causa grande impacto em todo o sistema jurídico trabalhista brasileiro, rompendo com preceitos basilares e essenciais deste ramo especializado.

Ou seja, o sistema trabalhista, tão voltado à proteção da parte mais fraca da balança na relação de trabalho, abre espaço para que negociações derroguem os preceitos mínimos instituídos pela legislação para a efetivação do equilíbrio no ambiente laboral.

2 A proteção do trabalhador sob a ótica do Direito Internacional

Tal como preleciona Godinho, são três grupos de normas trabalhistas heterônomas que sustentam o arcabouço de direitos que representam o patamar civilizatório mínimo a ser dado ao trabalhador. Sendo o primeiro o texto constitucional em geral, as normas de tratados e convenções internacionais que vigoram no plano interno do país, bem como as normas legais infraconstitucionais (2008, p. 1403).

Desse modo, entende-se que os três diplomas legais supracitados devem se desenvolver em prol de uma regulamentação equânime, visando a integração e a complementação legal visando o resguardo desse patamar mínimo civilizatório do cidadão. Sendo incabível, portanto, a supressão de um pelo outro em direção à revogação de direitos outrora instituídos.

Neste diapasão, o Direito Internacional do Trabalho visa a universalização dos princípios de justiça social, assim como ampliar a cooperação internacional em benefício da melhoria das condições de vida do obreiro. E, por conseguinte, buscar a harmonia entre o crescimento técnico-econômico e o desenvolvimento social, por intermédio da incorporação de garantias e deveres aos sistemas jurídicos nacionais (SÜSSEKIND, 2000, p.17).

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Ou seja, o objeto central justralhista internacional é justamente buscar a completude dos diplomas legais, buscando o desenvolvimento humano juntamente com o econômico, por intermédio do resguardo aos direitos dos trabalhadores por intermédio da atuação de normas protetivas ao sistema jurídico nacional.

O que mais uma vez nos leva a depreender que é incabível, no âmbito do direito internacional, a interferência no patamar civilizatório mínimo e a supressão de direitos fundamentais.

Ante tais objetivos, a Organização Internacional do Trabalho, por intermédio da conferência internacional do trabalho tem como atribuição a elaboração de convenções internacionais e recomendações, as quais são instrumentalizadas pela regulamentação internacional do trabalho da OIT (ALVARENGA, p.4).

Dessa maneira, a OIT buscará a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores e concretizar tal universalização do direito laboral e da proteção ao desenvolvimento humano por intermédio de convenções e recomendações internacionais.

3 Análise da compatibilidade do artigo 611-a da clt com as Convenções n.º 98 e n.º 154 da OIT

Primeiramente, insta citar o conteúdo da Convenção nº 98 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 33.196 de 1953, a qual tem como objetivo a aplicação dos princípios do direito de organização coletiva, visando a liberdade sindical e a proteção dos obreiros contra atos atentatórios dos empregadores, no que diz respeito à concretização deste direito.

Entrementes, tal análise não se obsta à concretização das negociações coletivas, assim como se observa no artigo 2º do referido diploma, o qual fixa limpidamente o interesse de proteção dos trabalhadores no âmbito da relação de emprego, colocando como destaque o combate aos atos de ingerência dos empregadores sobre os empregados.

ARTIGO 2º. 1 - As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas em outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionante e administração.

2 - Serão particularmente identificadas a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por meios financeiros ou outros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

Dessa maneira, depreende-se que até mesmo o diploma legal que tem como objetivo central o incentivo às negociações coletivas deixa ressaltado de forma expressa o cuidado ao se promover tal medida, haja vista que reconhece a hipossuficiência do obreiro frente aos aparatos patronais.

Ressalta-se, assim, a necessidade de observância do já aludido princípio da proteção ao trabalhador pelo sistema trabalhista, como forma de se alcançar o equilíbrio na relação de trabalho.

Sendo assim, tem-se como objetivo final, que a promoção às convenções coletivas como fonte de regulação de termos e condições de emprego não se torne possibilidade de sobreposição dos interesses patronais em relação à parte hipossuficiente (em sentido amplo) da relação empregatícia, tal como se observa no artigo 4º da Convenção.

ARTIGO 4º. Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

Na mesma linha segue a Convenção 154 da OIT, promulgada pelo decreto nº 1.256 de 1994, a qual se volta ao incentivo à negociação coletiva como um princípio a ser aplicado por todos os povos. Em seu teor busca claramente utilizá-la de modo equânime, visando uma solução do litígio por vias externas ao judiciário, porém sempre visando o resguardo de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse diapasão, busca-se também o resguardo aos obreiros, de modo com que seus interesses não sejam sobrepujados por interesses patronais, haja vista sua clássica submissão, tal como se observa no artigo 3º da referida Convenção.

Artigo 3º. 2. Quando, em virtude do que dispõe o parágrafo 1 deste artigo, a expressão "negociação coletiva" incluir também as negociações com os representantes dos trabalhadores a que se refere o parágrafo mencionado, deverão ser adotadas, se necessário, medidas apropriadas para garantir que a existência destes representantes não seja utilizada em detrimento da posição das organizações de trabalhadores interessadas.

Desse modo, novamente, busca-se efetivar o princípio da proteção do trabalhador, e se materializa a necessidade do sistema de criar meios a não tornarem tais negociações abusivas e desequilibradas.

Insta-se ressaltar, que o objetivo principal das referidas convenções é a liberdade de negociação, para ambos os polos da relação trabalhista, assim como se dispõe o artigo 8º da Convenção nº 154:

Artigo 8º. As medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concedidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de nego de negociação coletiva

Dessa forma, a negociação desmedida, sem ter suas bases calcadas na liberdade e na autonomia, de nada satisfariam seus preceitos, tornando-se apenas mais uma forma de corrupção das disposições protetivas aos trabalhadores em prol das ingerências e do fortalecimento dos desmandos patronais.

Vale-se também ressaltar que além da incompatibilidade com as referidas convenções internacionais, tal dispositivo legal fere diretamente o Pacto San José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1992, e dispõe em seu artigo 26 sobre o desenvolvimento progressivo dos países signatários:

Capítulo III – Direitos econômicos, Sociais e Culturais

Artigo 26 – Desenvolvimento Progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de **conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais** e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (grifo nosso) (BRASIL, 2018).

Desse modo, observa-se o descumprimento claro do princípio do desenvolvimento progressivo, na medida em que se permite uma revogação direta de direitos trabalhistas já constituídos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, sem se atentar para o progresso e plena efetividade dos direitos decorrentes de normas econômicas e sociais.

Nesse diapasão, tem-se também a ocorrência do desrespeito do já mencionado princípio da vedação ao retrocesso social, haja vista a inexistência de medidas compensatórias à revogação de tais direitos e a permissão expressa a tal conduta, tal como se observa no §2º do artigo 611-A⁶.

⁶ § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico (BRASIL, 2018).

Depreende-se, portanto, pela inadequação da norma, no plano internacional, tanto no que diz respeito às Convenções n.º 98 e n.º 154, quanto à referida disposição do Pacto de San José da Costa Rica.

Considerações finais

Inicialmente, conclui-se que o dispositivo estudado revoga direitos e garantias já instituídos por lei, haja vista que torna um arcabouço indeterminado de direitos passíveis de mera revogação, por convenções e acordos coletivos, sem qualquer espécie de compensação ou controle no que tange a hipossuficiência dos obreiros e a possibilidade de tais negociações se darem de forma descompensada e desmedida.

Nesse diapasão, constata-se também que tal disposição vai de encontro a uma série de disposições principiológicas já explicitadas na pesquisa, as quais possuem como cerne o resguardo ao trabalhador na relação de emprego e o equilíbrio na relação laboral, na medida em que não se criam mecanismos capazes de equilibrar essa relação, mas tão somente de torna-la ainda mais contrastada.

Além disso, tem-se também como conclusão a percepção de que o dispositivo vai contra valores instituídos constitucionalmente, tais como a contrariedade aos princípios da vedação da reformatio in pejus aos trabalhadores, da vedação ao retrocesso, do desenvolvimento progressivo, dentre outros.

E, por fim, no que diz respeito às Convenções Internacionais, é clara a constatação de que não se encontra respaldo nos diplomas estudados, haja vista que por mais que as convenções n.º 98 e n.º 154 da OIT visem em um primeiro plano o incentivo às negociações coletivas, não se vislumbra no novel artigo seus objetivos principais.

Sendo estes, a promoção de tal atividade calcada na liberdade de negociação, no resguardo ao trabalhador e seu reconhecimento como parte hipossuficiente da relação de emprego, e na criação de instrumentos visando efetivar esse resguardo, primando pelo equilíbrio na relação laboral, vedando a revogação de direitos e, por conseguinte, não permitindo um retrocesso no que tange à universalização da proteção social do trabalhador.

Desse modo, depreende-se pela incompatibilidade da norma inculpada no artigo 611-A da CLT no que tange a todo complexo de normas que sustentam o patamar mínimo civilizatório do trabalhador, o qual se ancora na tríade de direitos instituídos em: leis infraconstitucionais, leis constitucionais e tratados internacionais.

Haja vista que revoga direitos instituídos em normas infraconstitucionais, é contrária a normas de convenções internacionais que vigoram no plano interno do país, bem como vão de encontro a disposições constitucionais, infringindo princípios e garantias estabelecidas pelo constituinte.

Sendo assim, conclui-se pela incompatibilidade do dispositivo com o ordenamento jurídico brasileiro, e, desse modo, constata-se a necessidade de uma revisão do texto legal, de modo com que este se uniformize com o sistema legal brasileiro, no que diz respeito à legislação nacional e internacional trabalhista.

Referências

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/copia_de_vjklm-170407a.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas.** 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 16 ago 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 ago 2018.
- BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 18 de ago 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ED. Coimbra: Almedina, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

CRIMINOLOGÍA

*Estudios criminológicos contemporáneos (VII):***Cadena perpetua en España:
la falacia de su justificación en el Derecho comparado y
estado actual de la cuestión
(proposiciones no de Ley) (*)****Life imprisonment in Spain:
the fallacy of its justification in comparative law and the
current state of affairs****Sergio Cámara Arroyo¹**

Resumen: La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal reintrodujo en el sistema punitivo español la cadena perpetua en la forma de sentencia indeterminada (prisión permanente revisable). Uno de los principales argumentos del legislador español para justificar la pertinencia de esta nueva medida es que se trata de una sanción plenamente aceptada en el ámbito europeo. Asimismo, en la Exposición de Motivos de la reforma se hace expresa alusión a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en interpretación del legislador español, también mostrarían la adecuación de la prisión permanente revisable a la Carta Europea de Derechos Humanos. En el presente trabajo se pone de manifiesto que tal interpretación se encuentra fuertemente sesgada y que no se aplican las reglas metodológicas del Derecho penal y Criminología comparados, pues no se tienen en cuenta ni el bagaje cultural y social, ni las

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Profesor de Derecho penal y Criminología. Uned.
scamara@der.uned.es

especialidades o particularidades de evolución jurídica de cada país.

Palabras clave: cadena perpetua, prisión permanente revisable, Derecho comparado, Criminología comparada, sentencia indeterminada.

Abstract: The Organic Law 1/2015, of March 30, which modifies the Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code reintroduced in the Spanish punitive system the life imprisonment in the form of the indeterminate sentence (permanent prison reviewable). One of the main arguments of the Spanish legislator to justify the relevance of this new measure is that it is a sanction fully accepted in Europe. Also, in the Statement of Reasons for the reform also translates into the European Regulation of Human Rights, in the interpretation of the Spanish legislator, it also shows the adequacy of the permanent prison to the European Charter of Human Rights. This paper presents the manifesto that is interpreted translates into the strength of the burden and that does not apply the methodological rules of criminal law and comparative criminology, because they are not taken into account neither in the cultural or social baggage, nor in the specialties or particularities of legal status evolution of each country.

Keywords: life imprisonment, permanent prison reviewable, comparative law, comparative criminology, indeterminate sentence.

La nueva reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LO 1/2015) trae novedades importantes en materia penológica, como la implementación de un nuevo sistema de penas que pretende dar una respuesta más adecuada al delito y promete ser “más ágil y coherente” (EM I), si bien incluye nuevos y polémicos castigos penales.

Sin lugar a dudas, la figura penal protagonista de la reforma es la prisión permanente revisable. Su carácter mediático no pasa desapercibido: su aparición ha venido precedida de una campaña política centrada en el “compromiso” con el dolor -no con la reparación del daño- de las víctimas, recogidas de firmas, visitas a la Moncloa y toda suerte de encuestas a favor y en contra de su introducción en nuestro sistema (CÁMARA ARROYO & FERNÁNDEZ BERMEJO, 2016).

La prisión permanente revisable no queda específicamente definida en el articulado de nuestro Código penal. Se trata, sin duda, de una nueva consecuencia jurídica al delito, a la que se ha conceptualizado con naturaleza jurídica de “pena”, aunque sus características peculiares la distancian de algunos de los parámetros habituales del sistema de castigos de nuestro tradicional Derecho penal: su indeterminación, la revisión basada en una prognosis de peligrosidad criminal, etc. De este modo, no han faltado autorizadas voces en la doctrina española que le hayan atribuido a esta clase de sentencia indeterminada una sospechosa semejanza con las medidas de seguridad (TORIO LÓPEZ, 1985: 97; SANZ MORÁN, 2014: 121).

Esta hipérbole de la pena privativa de libertad tiene la particularidad de carecer de límite máximo de duración, contando solamente con unos límites mínimos de cumplimiento hasta la primera revisión. Su verdadera naturaleza es, por tanto, la de una pena de prisión de duración indeterminada sujeta a un régimen de revisión de carácter excepcional, por lo que, en principio, puede convertirse en una pena perpetua y de por vida.

Se trata, además, de una pena autónoma privativa de libertad diferente a la pena de prisión ordinaria. No obstante, como apunta LÓPEZ PEREGRÍN (2018: 8), no queda más remedio que interpretar la nueva pena como una forma de pena de prisión pues, de lo contrario, “si se sostuviera que se trata de una pena autónoma, nos encontraríamos con docenas de lagunas en la regulación de la prisión permanente revisable que no tendríamos cómo resolver”. Y es que, como pena privativa de libertad autónoma su regulación no ha sido exhaustiva, ni en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica ni respecto a las exigencias de imposición ni a las condiciones de su cumplimiento. Algunos autores la han identificado como una fórmula “*low cost*” de cadena perpetua (TÉLLEZ AGUILERA, 2015: 648), mientras que otros directamente la catalogan como un eufemismo de la cadena perpetua.

En realidad, el término “cadena perpetua” engloba actualmente en el panorama internacional toda una constelación de significados, que van desde la pena perpetua de prisión -cadena perpetua estricta- sin posibilidad de revisión o liberación (prisión vitalicia), hasta las penas privativas de libertad de larga duración (normalmente más de 25 años) pero de carácter determinado, pasando por un modelo intermedio de prisión indeterminada sometida a revisión.

Por tanto, el concepto de cadena perpetua ha trascendido en su significado etimológico y en él quedan englobadas diversas modalidades. Ya no hablamos de cadena perpetua exclusivamente en aquellos supuestos en los que la privación de libertad es realmente vitalicia –muerte del reo en prisión

sin posibilidad de salida— sino que la interpretación a escala internacional se ha flexibilizado, englobándola en el concepto de penas de prisión de larga duración. A partir de aquí, como ha expuesto con claridad meridiana CERVELLÓ DONDERIS (2016: 35-41), existen diversas conceptualizaciones:

a) Pena perpetua propiamente dicha o cadena perpetua stricto sensu: pena independiente, con denominación propia e inmodificable (permanente), que no admite cambios ni reducciones. Elimina la posibilidad de revisión o de liberación anticipada y no admite el acceso a beneficios penitenciarios, con la excepción del indulto que siempre se conserva como un Derecho de Gracia de carácter residual y, en muchos casos, bastante discrecional. Configura el techo punitivo de un sistema penal como alternativa a la pena de muerte para los delitos más graves y no admite graduaciones en atención a las circunstancias concretas del penado o del propio hecho delictivo. Se trata del modelo adoptado en los sistemas anglosajones, fundamentalmente EE.UU. ya que en la legislación británica ha sido recientemente matizado por el TEDH², así como en algunos países asiáticos, africanos e islámicos. Parece claro que no es éste el sistema adoptado para nuestra prisión permanente revisable, que admite revisión y la posibilidad (en teoría) de acceder a beneficios penitenciarios. En este modelo la privación vitalicia de libertad es segura —a excepción, como indicábamos, del indulto— y, por lo tanto, no hace necesario el establecimiento de un tratamiento penitenciario tendente a la resocialización. Por tales razones, este modelo de cadena perpetua sería abiertamente incompatible con nuestra regulación constitucional y penitenciaria.

b) Pena de prisión de larga duración o prisión ordinaria análoga a la cadena perpetua ratione materiae: tiene una duración determinada, si bien

² Véanse, al respecto, la STEDH Stafford contra Reino Unido, de 28 de mayo de 2002, STEDH Wynne contra Reino Unido, de 16 de enero de 2004. Especialmente importante es la apuesta del TEDH por una ejecución de la pena privativa de libertad progresiva hasta la efectiva liberación: STEDH Dickson contra Reino Unido, de 4 de diciembre de 2007. Especialmente importante es el caso Wells y Lee contra Reino Unido (STEDH James, Wells y Lee contra Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012). En esta resolución el Tribunal condenó al gobierno británico por violar el artículo 5.1 del CEDH, al considerar que las penas de cadena perpetua, para garantizar la posibilidad de reinserción social, deben de disponer o facilitar los medios necesarios para que el penado pueda conseguir su rehabilitación, de lo contrario estaríamos ante una pena de prisión indeterminada arbitraria e ilegal. Asimismo, en el caso Vinter y otros contra Reino Unido (STEDH Vinter and Others vs United Kingdom, de 9 de julio de 2013) se consideró vulnerado el artículo 3 de la CEDH, al contemplar la legislación británica un sistema de sentencias que negaba a los condenados el derecho real a una revisión real y eficaz de su condena, al quedar suprimida la revisión a los 25 años de condena, siendo los jueces los que determinaban cuándo se efectuaba dicha revisión, sin plazo alguno que se configurase como límite. El Tribunal consideró que «si un prisionero es encarcelado sin ninguna perspectiva de ser puesto en libertad y sin ninguna posibilidad de que su sentencia a perpetuidad sea revisada, existe el riesgo de que nunca se arrepienta de su crimen». Al respecto, Véase LANDA GOROSTIZA, 2017.

su duración puede extenderse en el tiempo hasta límites similares a los de la pena de prisión permanente revisable. No obstante, admite la posibilidad de revisión y acceso (completo o restringido) a beneficios penitenciarios. Se trata de una penalidad que ha sido tachada de “contradictoria” (GALLEGO DÍAZ, 2009: 57) por cuanto no reconoce la instauración de ninguna prisión perpetua, pero conduce a un sistema de mayor rigor y severidad. Las penas de larga duración unidas a la restricción de los beneficios de salida anticipada, como el sistema de cumplimiento efectivo de las penas que mantenía nuestra anterior regulación (con penas de hasta 40 años de prisión en determinados supuestos), conlleva el establecimiento de una cadena perpetua encubierta (GIMBERNAT ORDEIG, 2009; DíEZ RIPOLLÉS, 2013; MUÑOZ CONDE, 2012: 253), si bien es posible que se atemperen los rigores mediante la aplicación de una adecuada política penitenciaria.

c) Prisión permanente revisable o modelo indeterminado de prisión: se trata de un sistema bastante contradictorio en los términos en los que se expresa, por cuanto habitualmente se suele denominar a esta pena como prisión perpetua o permanente pero sujeta a revisión para la liberación del condenado. Así, según el Diccionario de la RAE, permanente significa “sin limitación en el tiempo” y permanecer “mantenerse sin mutación en un mismo estado”. Difícilmente podrá considerarse permanente lo que será revisable y, en consecuencia, alterado o mutado en el tiempo. Por el contrario, si tomamos como significado la primera de las acepciones, sin lugar a dudas, la nueva cadena perpetua revisable española es permanente, por indeterminada, ya que no tiene limitación alguna en el tiempo para el penado. También problemática es la consideración de “revisable”, cuyo significado lingüístico más adecuado al caso sería el de “someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo”. Por el contrario, lo cierto es que la revisión de la prisión permanente, aun cuando es favorable al reo, ni corrige, ni enmienda y, mucho menos, repara. Lo único que hace es dejar en suspenso la pena privativa de libertad. La revisión general tiene lugar a los veinticinco años pudiendo llegar excepcionalmente a los treinta y cinco años para la delincuencia terrorista y organizada. Ya advertía, al respecto, MESTRE DELGADO (2015: 16), que la prisión permanente “no se revisa nunca –en el sentido, al que aparentemente reconduce esa denominación, de cambiarse por otra de duración menor– sino que tan sólo, y en determinadas condiciones y plazos, puede suspenderse, lo que es radicalmente distinto”. Por su parte, GRIJELMO (2015) aludía a esta *contradictio in terminis* evidenciando la errática política criminal que se encuentra detrás de la nomenclatura de la nueva penalidad: “se ha creado la «prisión permanente revisable», con lo cual deducimos que será permanente

mientras no se revise. (...) Cuando esas contradicciones léxicas se incluyen en un discurso o en un escrito, puede que alguna lógica esté fallando”.

Por todas estas razones, tal vez la nomenclatura más correcta sería la de prisión indeterminada.

No obstante, es cierto que en la mayor parte de los sistemas que la admiten sí establecen unos plazos de revisión determinados a modo de periodos de seguridad en los que la privación de libertad no admite modificaciones en cuanto a su clasificación y régimen penitenciario. En la mayor parte de los países en los que se admite este modelo la prisión permanente revisable cumple una función simbólica con una finalidad preventivo general positiva e, incluso, negativa (intimidación) al ser un sustitutivo de la pena de muerte. Lo que verdaderamente importa en este sistema de cara a su legitimidad formal y material es la definición de los plazos de revisión obligatoria, so pena de incurrir en una tacha de inseguridad jurídica denunciada por el TEDH. El modelo de liberación más común en este tipo de condenas es el de libertad condicional en distintas vertientes (CERVELLÓ DONDERIS, 2016: 39 y 40):

- modelo de liberación discrecional, basado en criterios individuales;
- modelo de liberación de oficio, dependiente de un plazo fijo o mínimo de cumplimiento; y
- modelo mixto que combina los dos anteriores. También es posible finalizar la privación de libertad mediante un sistema de suspensión y *probation* o libertad vigilada, habitual en sus sistemas de corte anglosajón. Este último modelo es el que más se ajusta a nuestra actual regulación, en la que se ha denominado eufemísticamente a la prisión indeterminada como prisión permanente revisable.

Al margen de la dificultad para definir correctamente esta modalidad de la pena privativa de libertad, su introducción en el sistema punitivo español ha suscitado muchas dudas sobre su encaje formal. La cuestión de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable ha copado el interés de los juristas españoles.

No es que no considere la cuestión de constitucionalidad como algo importante o “nuclear”. Nada más lejos. A lo que me refiero es que hay un “más allá de la cuestión de constitucionalidad”. Teniendo en cuenta el estado general de la cuestión, sinceramente no extrañaría que el Tribunal Constitucional (TC) diera luz verde a la prisión permanente revisable, considerándola plenamente constitucional... a pesar de la existencia del art.

25.2 de la Constitución Española (CE). Por decirlo de un modo bastante coloquial, si tomamos como ejemplo algunas de las resoluciones del TC, existe un cierto “vaciado” de la norma constitucional que introduce la finalidad preventivo especial positiva de la pena privativa de libertad, a base de interpretaciones que matizan o tergiversan muchos de los artículos de nuestra norma fundamental. No obstante, dejamos este análisis para los constitucionalistas. Lo que quiero decir es que no veo difícil que, a pesar de todos los inconvenientes que plantea la constitucionalidad formal de la prisión permanente revisable, el TC español la considere finalmente como un castigo adaptado a nuestra normativa. Existen requiebros para ello: la famosa revisión, la presión mediática y popular, etc.

Ahora bien, no debemos olvidar que el debate no solamente órbita alrededor de la constitucionalidad o legitimidad formal de la prisión permanente revisable, sino que hay otras cuestiones de legitimidad material para descartarla.

Durante la confección y tramitación parlamentaria de los Anteproyectos y Proyectos de reforma del Código penal, se han esgrimido argumentos a favor de la implementación de la prisión permanente revisable en nuestro derecho positivo que han encontrado acomodo en un sector minoritario de la doctrina. Una de las ideas que con mayor fuerza justificaba la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro sistema penal es que se trata de un modelo penal extendido en el Derecho comparado. Asimismo, se decía, las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH 7-7-1989, 16-11-1999, 11-4-2006, 12-2-2008; 3-11-2009 y 3-02-2015) “avalan” la compatibilidad de la pena de prisión permanente revisable con la Convención Europea de Derechos Humanos y existe un informe favorable del Consejo de Estado sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada -pero revisable- a la luz de lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Los mismos argumentos, supervivientes frente a las críticas y remozados para la ocasión, pueden encontrarse nuevamente en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015.

Como puede apreciarse, el nuevo modelo de “cadena perpetua (revisable)” parece ser aceptado por los países de nuestro entorno y es tolerado por los tribunales internacionales, lo que ha llevado a pensar que no puede dudarse de su encaje constitucional en cualquier Estado democrático y de Derecho. Así parece demostrarlo, además, el bagaje constitucional de los países europeos que han adoptado esta medida en sus ordenamientos jurídico penales y el marco supranacional acerca de su adopción. Nadie duda que

países como Alemania o Finlandia sean Estados con considerables cotas de bienestar.

Así, penalistas de la talla de RODRÍGUEZ RAMOS (2000) se apoyan en que la pena de prisión perpetua existe en la actualidad en el Reino Unido, Francia, Alemania e Italia, mientras que “en España se aduce como obstáculo insalvable para el establecimiento de dicha pena la previsión del artículo 25.2 de la Constitución, que declara la necesaria "orientación" de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad hacia "la reeducación y reinserción social". Sin embargo, hay fórmulas para obviar dicho obstáculo, siendo especialmente significativa la alemana, que superó ante su Tribunal Constitucional esta misma prueba, y consiste simplemente en imponer al tribunal sentenciador una revisión de la sentencia”. Posteriormente, el autor añadiría que “la prisión permanente revisable, vigente en países con gran tradición democrática y de respeto a los derechos humanos se tendría que haber implantado en España inmediatamente después de la feliz abolición de la pena de muerte por la Constitución de 1978, que descabezó la escala de penas suprimiendo la más grave y dejando en sustitución la reclusión mayor de treinta años que, al regir la redención de penas por el trabajo, quedaba reducida a veinte años”. Si bien, posteriormente (RODRÍGUEZ RAMOS, 2014: 25) advertía acertadamente sobre la necesidad de “elaborar un nuevo Código Penal en el que la prisión perpetua pueda revisarse en un plazo más reducido (si no a los ocho años como Finlandia si a los quince de Alemania o a los dieciocho de Francia) y desapareciendo de la escala de penas privativas de libertad la actual de cuarenta años, que puede hoy resultar al menos tan gravosa que la de prisión perpetua revisable”. El autor, favorable a la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro sistema, admitía con estas palabras que nuestro legislador se había excedido en la vigente regulación.

Por otra parte, MANZANARES SAMANIEGO (2010 Y 2015), eminente jurista y gran penitenciarista además de miembro permanente del Consejo de Estado, mantenía una postura afín, señalando la necesidad del engarce de la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento jurídico, del mismo modo que habían sido admitidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural. También RODRÍGUEZ ARRIBAS (2015), miembro del Tribunal Constitucional parece favorable al establecimiento de un sistema penológico que, “con variantes de tiempo mínimo, está vigente en los más importantes países de la Unión Europea”. Más allá va ENRIQUE LÓPEZ, cuando argumenta que la prisión permanente revisable tiene acomodo constitucional porque “los países cercanos a España (Francia, Gran Bretaña, Italia, etcétera) contemplan la cadena perpetua y se considera compatible con

las correspondientes Constituciones que participan de valores comunes y cuyos derechos penales nacionales están informados por los mismos principios básicos” (LÓPEZ, 2012).

A partir de aquí, comienzan las puntualizaciones. De hecho, como ha indicado VIVES ANTÓN, “cuando se afirma por la Comisión de Justicia que seguimos el modelo imperante en el entorno europeo se oculta que esa semejanza es meramente nominal” (VIVES ANTÓN, 2016: 181). Y es que la argumentación basada en el Derecho comparado no ha convencido a otro sector más numeroso de la doctrina, ni tampoco a los principales operadores jurídicos que se han pronunciado sobre esta pena privativa de libertad de larga duración e indeterminada.

A continuación, trataré de exponer algunos importantes argumentos con los que se ha maquillado la realidad internacional alrededor de la prisión permanente revisable y cómo se han orillado algunas cuestiones fundamentales en la comparativa:

En primer lugar, la comparativa realizada por el legislador español con otros países para justificar la incorporación de la prisión permanente revisable parte de un desconocimiento histórico importante: la cadena perpetua en la mayor parte de los países europeos es un residuo histórico que se implementó como sustituto de la pena de muerte para el castigo de los delitos más graves. Por el contrario, en España la cadena perpetua se abolió con anterioridad a la pena de muerte (SERRANO TÁRRAGA, 2012: 168-170).

En este sentido, como ha apuntado GARCÍA VALDÉS (2016) la prisión permanente revisable es una “modalidad de involución punitiva”. Y ello, en mi opinión, en dos sentidos: en el aspecto historiográfico apuntado por los autores precitados y, por otra parte, en el sentido humanista y humanitario de nuestro sistema penal y penitenciario.

Si acudimos al plano internacional, ciertamente el art. 77 del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional), establece la posibilidad de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. No obstante, se observan en dicho Estatuto ciertos matices, previstos en el art. 110, que recogen la revisión y reducción a 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua (CONDE PUMPIDO, 2013). En última instancia, además, se incluyen en alguna cláusulas moduladoras en el art. 80 del Estatuto, en el que se indica que “*nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte*”. Por tanto, tal y como expuso el dictamen

que fue emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado el 22 de agosto de 1999 (Expediente número 1374/1999 Asuntos Exteriores) “aplicando esta última cláusula de salvaguardia España, como Estado de ejecución, no vería afectados los principios constitucionales previstos en el artículo 25.2 que –en su entendimiento más extremo y sin tener en cuenta otros mecanismos de interrupción de la ejecución de las penas– podrían conducir a rechazar penas perpetuas por colisionar con la reeducación y reinserción social de los condenados” (SÁEZ RODRÍGUEZ, 2013: 13). Finalmente, la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación de España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, apunta en su Disposición única que la condición para recibir a las personas condenadas por la Corte es que la duración de la pena impuesta no exceda el máximo de cumplimiento más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española (SERRANO TÁRRAGA, 2012: 175). No hay que olvidar tampoco que el Consejo de Estado advertía la falta de necesidad de una pena indeterminada atendiendo a la realidad criminológica española (GUTIÉRREZ CALVO, 2013). Introduciendo la pena de prisión permanente revisable el legislador español está entrando en contracción con el espíritu que inspiraba la redacción de este precepto y las condiciones de aceptación del Estatuto. En concreto, mientras que en la citada normativa se hace hincapié en la necesidad de establecer un máximo de cumplimiento sometido a término, la actual regulación solamente establece mínimos de cumplimiento o periodos de seguridad para la revisión que, por supuesto, no tiene por qué resultar en la efectiva liberación del penado.

Tampoco se compadece bien la interpretación del legislador español con la doctrina relativa al Derecho penal internacional (MACULAN, 2019: 382 y ss.), pues en relación con el sistema de penas contenido en el Estatuto de Roma se ha interpretado el recurso a la cadena perpetua como una penalidad de ámbito bastante restringido. En concreto, interpretándola al albur del art. 78 Estatuto de Roma la cadena perpetua de la Corte Penal Internacional solamente podrá imponerse cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes (arts. 77 y 145.3 Estatuto de Roma). Asimismo, la reclusión a perpetuidad como pena no es absoluta ni definitiva: después de 25 años, la CPI está obligada a examinar la pena para determinar si ésta puede reducirse, con lo que se deja a salvo la esperanza para el condenado de algún día recobrar su libertad y concilia el principio de la dignidad humana del condenado con los principios de justicia y de protección de los derechos de las víctimas y de sus familiares.

En cuanto a la justificación del legislador español, si bien se dice atender a una “valoración de la especial gravedad de determinados delitos particularmente reprochables”, se ofrecen pocas explicaciones sobre tal ponderación. Caben dos posibles interpretaciones al respecto: si entendemos que se hace referencia a la mayor antijuridicidad material que presentan algunos delitos considerados especialmente reprochables, es decir, al mayor desvalor social de la conducta del delincuente o del resultado delictivo, se trata, *a priori*, de un elemento objetivo y de valoración de la gravedad de la conducta o el resultado de determinados ilícitos. La segunda opción de interpretación sería entender que esta clase de hechos delictivos requieren una especial culpabilidad del sujeto, una mayor responsabilidad criminal por los hechos cometidos. Esta última opción ha sido asumida por algunos países europeos, como es el caso de Alemania.

Si tomamos la primera de las opciones, vamos a toparnos de bruces con la problemática de la proporcionalidad del castigo dependiendo de los tipos penales con los que se relaciona. Siendo el criterio el de un mayor desvalor de la conducta o del hecho, no se entiende cómo determinadas categorías delictivas pretenden castigarse del mismo modo, sin posibilidad de aumentar el *quantum* de pena en otras ocasiones en las que, sin lugar a duda, existe un mayor desvalor de la conducta o del resultado.

Pensemos en el elocuente ejemplo redactado por GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, Y NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2018): según la actual redacción del Código penal español el castigo por el asesinato de un menor de 16 años equivale a decenas de muertes provocadas por un acto terrorista.

Si nos decantamos por la segunda de las opciones, esto es, la exigencia de una mayor culpabilidad, no se entiende que los criterios de valoración para la revisión y concesión de la suspensión de la prisión permanente revisable estén basados en un juicio de peligrosidad criminal.

Más aún, con base en estos criterios de revisión y teniendo en cuenta que, a diferencia de otras regulaciones de ámbito europeo continental, no se hace expresa mención a la valoración de un plus de culpabilidad o una mayor reprochabilidad del hecho podría argumentarse que la prisión permanente revisable como pena infringe el principio de proporcionalidad (VILAJOSANA, 2015: 32). No se encuentra en la prisión permanente revisable un castigo ajustado a la gravedad del hecho cometido y a la culpabilidad del autor, necesario cuando hablamos de verdaderas penas y del sentido retributivo de las mismas. Estos elementos nucleares del concepto de pena son sustituidos en la prisión permanente revisable por un juicio de peligrosidad criminal, las circunstancias personales del reo, etc. La duración final de la privación de

libertad no se mide por la culpabilidad relativa al hecho, sino por la peligrosidad y las circunstancias concretas del autor del mismo. No es posible, por tanto, establecer una verdadera retribución proporcional al delito. La prisión permanente revisable solamente funciona bajo el paradigma de la finalidad preventivo general negativa (de muy escasa eficacia) o positiva (como algo meramente simbólico sin una efectividad real) y preventivo especial negativa (incapacitación del delincuente peligroso, algo más propio de una medida de seguridad).

Finalmente, hay que tener en cuenta que tal penalidad en el contexto de la Corte Penal Internacional es susceptible de imponerse ante los crímenes internacionales más atroces (genocidio, crimen de lesa humanidad, guerra y agresión) y, como ya se ha tenido oportunidad de explicitar, con numerosas restricciones, lo que lleva a establecer una complicada comparativa sobre la gravedad y legitimación de la imposición de esta penalidad indeterminada en otros tipos de delitos que carecen de las especiales connotaciones precitadas.

Aunque el legislador se apoye en la jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión, un conveniente sesgo le hace orillar que también sus resoluciones apuntan que una privación efectiva de libertad de una persona más de veinte años causaría una despersonalización de tal naturaleza que contravendría el art. 7 y el art. 13 del Convenio europeo de Derechos humanos. Asimismo, el TEDH también se ha pronunciado acerca de la vulneración del art. 5.1 del CEDH en aquellos supuestos en los que -a pesar de la previsión de revisión- las penas puedan convertirse en indeterminadas (DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013: 88; RÍOS MARTÍN, 2015: 92 y ss.). En este sentido, el TEDH distingue entre prisión perpetua ineludible contraria a los derechos consagrados en el Convenio por un lado, y por otro la prisión perpetua discrecional, que permite la excarcelación del condenado, entendiéndose que esta última es conforme a la doctrina de las declaraciones de derechos europeas (LOZANO GAGO, 2013). Además, como ha expuesto ACALE SÁNCHEZ “omite el legislador español en su justificación que lo que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada vez que se ha manifestado en torno a la cadena perpetua revisable existente en ordenamientos como el francés, el alemán o el italiano, ha sido interpretar la letra de la ley francesa, alemana o italiana, con el fin de conservar lo que había, y lo ha hecho partiendo del principio de interpretación histórica” (ACALE SÁNCHEZ, 2013: 180). Al fin y al cabo, el TEDH es un garante de los derechos supranacionales que puede vincular a los Estados miembro, pero su misión no es, ni mucho menos, promover determinadas figuras legales o imponer a los países líneas de política criminal concretas.

No hay que olvidar que el mandato constitucional de orientación primaria hacia la rehabilitación y reeducación de las penas y medidas de seguridad en España no se encuentra en todos los países del entorno europeo, por lo que estos Estados no contarían con tal barrera en su compatibilización constitucional con la prisión permanente revisable (FERNÁNDEZ BERMEJO, 2018). Asimismo, una inserción legislativa de este calado no puede implementarse sin un exhaustivo y adecuado enfoque comparativo que equipare la regulación constitucional de los distintos Estados. Sobre esta cuestión cabe recordar, en primer lugar, que la aplicación de las disposiciones supranacionales no tiene el mismo efecto en todos los Estados. Ello se comprueba fácilmente en el marco europeo, pues aunque todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE) son también estados miembros del Consejo de Europa y han ratificado el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEPDHLF), el cumplimiento del Convenio puede ser evaluado ante el TEDH con base en un proceso de aplicación individual. Este es el caso de Polonia y el Reino Unido, donde la aplicación de la Carta está actualmente restringida a aquellos derechos que existen en la legislación nacional (Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en Polonia e Inglaterra, Diario oficial de la UE 2007/C 306/01, 11/17/2007) (DRENKHAHN, 2009: 2).

Por otra parte, en la regulación prevista en los anteriores proyectos y en la actual reforma vigente se exaspera considerablemente el mínimo de cumplimiento antes de la revisión que desborda todas las previsiones internacionales y de Derecho comparado: a partir de los 7 años en Irlanda, de los 10 en Bélgica y Finlandia, 12 en Dinamarca, 15 en Austria, Suiza y Alemania, 20 en Grecia, 20/25 en Gran Bretaña, 22 en Francia y, finalmente, 26 en Italia. Asimismo, la prisión permanente revisable española se sitúa muy por encima de la media europea del periodo mínimo de cumplimiento, puesto que la mayor parte de los Estados establecen períodos de cumplimiento inferiores a los 20 años³.

Concretando más estos datos y siguiendo a CASALS FERNÁNDEZ (2018: 114 y ss.), los países de nuestro entorno con un periodo de cumplimiento inferior a 12 años son Irlanda con 7 años; Noruega, Suecia, Suiza y Mónaco con 10 años; o Finlandia, Dinamarca y Chipre con 12 años. Por otro lado, los países

³ Alemania (15 años), Austria (15 años), Bélgica (15 años), Chipre (12 años), Dinamarca (12 años), Finlandia (12 años), Inglaterra (12 años), Irlanda (7 años), Liechtenstein (15 años), Luxemburgo (15 años), Mónaco (15 años), Macedonia (15 años), Suecia (10 años), Suiza (10 años, 15 años), Armenia (20 años), Bélgica (19 años), Bulgaria (20 años), Francia (18 años), Grecia (20 años), Hungría (20 años), República Checa (20 años), Rumanía (20 años).

Europeos con un periodo de cumplimiento mayor de 12 años son Alemania, Austria, Liechtenstein, Luxemburgo, y Macedonia con 15 años; Bulgaria, Grecia, Hungría, República Checa y Rumania con 20 años. Dentro de éstos algunos tienen varios periodos de cumplimiento dependiendo del delito o delitos cometidos, por ejemplo, Bélgica tiene 10 años, 15 años y 23 años; Francia tiene la posibilidad de un primer periodo de 18 años o llegar hasta los 22 años; misma situación tiene el Reino Unido con un periodo mínimo de 12 años pudiendo llegar en caso muy excepcionales a los 30 años. Ciertamente, también tenemos algunos países que nos superan en temporalidad, pero son los menos, como Italia donde llega a los 26 años para el llamado “ergastolo” o Estonia con la revisión a los 30 años.

El único país que no mantiene un periodo de cumplimiento sometido a término fijo es Holanda. No se establece ningún sistema de revisiones por buena conducta, como en otras democracias europeas. La única posibilidad de regresar a la sociedad es un indulto, otorgado por el rey, que no suele obtenerse. No obstante, como ya se ha tenido oportunidad de anotar, cada vez son mayores las críticas contra un sistema que choca con el CEDH y también con la opinión del TEDH. La cuestión sobre su sostenimiento ha estallado cuando un Tribunal ordinario de la ciudad de Assen ha estimado que impedir la rehabilitación del reo es inhumano y la cadena perpetua merece lo antes posible una reforma “que compete al legislador” (FERRER, 2015).

Respecto a los plazos de revisión de nuestra prisión permanente revisable, se incumplen las normativas supranacionales europeas. Como han señalado LASCURAÍN, PÉREZ, ALCÁCER, ARROYO, DE LEÓN Y MARTÍNEZ, a extensión de los plazos anteriormente señalados “nos aleja (...) de las Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (76, 2) que establece que la primera revisión debe producirse entre 8 y 14 años. Y nos sitúa, también, al margen de la aplicación automática de la orden europea de detención y entrega pues el art. 5.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, establece que los estados podrán condicionar la entrega a que el ordenamiento del Estado emisor de la orden de detención y entrega prevea la revisión en un plazo no superior a 20 años. Incluso, aunque el Tribunal Europeo no ha querido pronunciarse sobre el plazo para la revisión dado el margen de apreciación de los Estados no ha dudado en señalar que en el Derecho Internacional se observa una tendencia clara a que la primera revisión se produzca en un plazo no superior a 25 años (STEDH, de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido pár. 120; al respecto, véase ROIG TORRES, 2013: 128 y ss., de la misma autora, 2016). Por consiguiente, al menos las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años no

cumplen con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (art. 3 CEDH y 15 CE), pues, por sí mismas y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de resocialización, no permiten concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., Y MARTÍNEZ GARAY, L., 2016: 40).

Otra cuestión a la que no se alude en la comparativa es en el modelo de ejecución de la pena de prisión permanente revisable. Dejando al margen los problemas a los que me referiré a continuación, lo cierto es que en el caso de España, la ejecución de la prisión indeterminada se llevará a cabo en términos de “especial dureza” (PRESNO LINERA, 2018): los permisos no se concederán antes de los 8 años en el mejor de los casos y se retrasarán en los demás a los 12; la progresión al tercer grado exigirá, como mínimo, haber cumplido 15 años de prisión efectiva pero, dependiendo de los delitos, se retrasará, indefectiblemente, a los 18, 20, 22, 24 y hasta 32 años de cumplimiento. Por otra parte, de cara a la revisión de la condena no se hace mención de las herramientas criminológicas que existen actualmente para determinar la peligrosidad criminal tal y como aconseja la normativa europea⁴.

En primer lugar, sorprende que no exista una estricta vinculación a los informes de los profesionales del centro penitenciario en el que ha permanecido el penado y que se admitan, con la misma carga de prueba en el proceso de revisión, informes de profesionales ajenos (CASALS FERNÁNDEZ, 2018: 357). Igualmente, sorprende que el artículo haya prescindido de la figura del criminólogo para la elaboración objetiva y profesional de esta clase de informes.

También asombra que no se hayan adoptado los criterios generales establecidos en el art. 80.1 CP, donde se regula el régimen general de suspensión de la pena privativa de libertad, en el que se indica que “para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Como puede observarse, el criterio es muy

⁴ Recomendación (2003) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la gestión de penas perpetuas y de larga duración.

similar pero, en el caso de la suspensión de la prisión permanente revisable, sorprendentemente se han dejado de lado algunas cuestiones que supondrían una mayor satisfacción a las víctimas del delito (conducta posterior al hecho, reparación del daño causado). En el supuesto de los reos pertenecientes a organizaciones y grupos terroristas o condenados por otros delitos de terrorismo, la reparación del daño ya se encuentra vinculada en la propia concesión, siendo un requisito “propio e ineludible” (CASALS FERNÁNDEZ, 2017).

De hecho, una de las críticas más frecuentes que ha realizado la doctrina penal española a la regulación de la prisión permanente revisable es precisamente la ambigüedad y complejidad de los requisitos de revisión (CASALS FERNÁNDEZ, 2017), muy similares a los establecidos para la suspensión de la pena, pero con un propósito muy diferente: el régimen general de suspensión se establece para penas de prisión de corta duración y, por tanto, por razones de prevención especial positiva, buscando evitar que un delincuente primario entre en un centro penitenciario; la revisión de la prisión permanente revisable, como trataré de exponer, supone un verdadero juicio de peligrosidad criminal que hace depender la paralización de la ejecución de un pronóstico de reincidencia. El régimen general de suspensión supone una alternativa al encarcelamiento, una segunda oportunidad antes del ingreso del sujeto en prisión. La suspensión de la pena de prisión permanente revisable supone, por el contrario, la única salida del internamiento para el reo.

La suspensión del art. 80.1 CP es un hiato de la prisión, un paréntesis de la privación de libertad que puede ser permanente; la del art. 92 CP que regula la suspensión de la prisión permanente revisable es una situación de libertad o semi-libertad posterior al cumplimiento de una condena prolongada de mínimo 25 años de privación de libertad.

Como advierte CASALS FERNÁNDEZ (2017), todos los requisitos sobre los que se establece el régimen general de suspensión de la pena privativa de libertad “son indudablemente fundamentales en el delincuente primario por la cercanía en el tiempo del delito, pero en el caso de los penados a prisión permanente revisable, la lejanía entre la comisión del delito y el período largo de internamiento que ha pasado hasta poder alcanzar la suspensión, dan lugar a una mayor dificultad para valorarlos, debiendo ser, a nuestro parecer, mucho más vinculantes los cambios operados por el sujeto a los largo de los años dentro de la institución penitenciaria”.

Con todo, como ha defendido nuestra mejor doctrina penal y penitenciaria (GIMBERNAT ORDEIG, 2015: 21; GARCÍA VALDÉS, 2016), a nivel comparativo la prisión permanente revisable en otros países europeos cumple una función

residual, simbólica o, en el peor de los casos, instaure simplemente una pena de privación de libertad de larga duración más y que perfectamente podría quedar copada en nuestro sistema por la pena de prisión ordinaria.

Asimismo, una inserción legislativa de este calado no puede implementarse sin un exhaustivo y adecuado enfoque comparativo que equipare la regulación constitucional de los distintos Estados. Sobre esta cuestión cabe recordar, en primer lugar, que la aplicación de las disposiciones supranacionales no tiene el mismo efecto en todos los Estados. Ello se comprueba fácilmente en el marco europeo, pues aunque todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE) son también estados miembros del Consejo de Europa y han ratificado el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEPDH/LF), el cumplimiento del Convenio puede ser evaluado ante el TEDH con base en un proceso de aplicación individual. Este es el caso de Polonia y el Reino Unido, donde la aplicación de la Carta está actualmente restringida a aquellos derechos que existen en la legislación nacional (DRENKHAHN, 2009: 2).

Además de las anteriores consideraciones, llama la atención que nuestro legislador se apoye en los países antes mencionados sin hacer revisión de los posibles problemas prácticos que la prisión permanente revisable ha planteado en los mismos.

Ya he reseñado la crítica de los tribunales holandeses, pero la doctrina y los operadores jurídicos alemanes son prudentes y tibios con el establecimiento de una pena privativa de libertad de larga duración como la cadena perpetua con una marcada tendencia jurisprudencial a intentar evitar su aplicación de forma preceptiva (SÁNCHEZ ROBERT, 2016: 45 Y 46). Gracias a un sistema de garantías y de plazos de revisión razonables, pocas son las personas condenadas a cadena perpetua en Alemania que sobrepasen los 20 años (MUÑOZ CONDE, 2011: 874; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2015: 16). La aceptación del *ergastolo* (prisión permanente revisable italiana) tampoco ha sido pacífica en Italia, existiendo movimientos sociales que abogan por su derogación, como la campaña *mai dire mai e*, incluso, en julio de 1989 se votó su derogación en el Parlamento, aunque de ello no se deriva ninguna iniciativa parlamentaria (CERVELLÓ DONDERIS, 2016: 71). Por otra parte, tampoco la doctrina ha sido demasiado benigna con la máxima pena italiana (PUGIUTTO, 2013), sometida a similares críticas que las que actualmente se dirigen en contra de la prisión permanente revisable: contradicción con los principios constitucionales de finalidad reeducativa de las penas, de humanidad de las mismas, etc. (GALLIANI, 2015: 1 y ss.). En Inglaterra y Gales en los casos en los que la cadena perpetua es de imposición obligatoria

y el penado tiene más de 21 años en los que puede darse una verdadera privación de libertad vitalicia, cuestión por la cual el TEDH en su sentencia de 2013 ha considerado esta sanción penal contraria al CEDH. Acerca de la regulación inglesa, CARBONELL MATEU (2015: 15) analiza la última resolución del TEDH: *Hutchinson vs. United Kingdom*, de 3 de febrero de 2015: “en ella la Sección IV afirma que el art. 3 del CEDH obliga a introducir la revisión de la condena, de manera que sea realmente posible su suspensión en caso de que haya alteraciones positivas en el comportamiento del reo y que se hayan producido progresos en la rehabilitación, de manera que el carácter permanente de la prisión ya no se justifique por motivos penológicos. Si no está prevista esa revisión, la condena sería contraria al art. 3. El condenado a cadena perpetua tiene derecho a conocer desde la misma Sentencia los mecanismos de revisión y qué debe hacer para obtenerla. En otros términos, no sería acorde al Convenio la legislación interna que no estableciera mecanismos seguros de acceso a la libertad condicional, ni que éstos no dependieran de la culpabilidad o el comportamiento objetivo del sujeto. En resumen, debemos destacar que es necesario, si se pretende adecuar la legislación al Convenio, no sólo prever un mecanismo de revisión, sino además que éste conduzca a la suspensión de la ejecución de la pena – o, en terminología más clásica, a la libertad condicional- si se dan los requisitos previstos, cuyo único fundamento es justificar la necesidad de la continuación de la privación de libertad al no haberse alterado las condiciones que obligaron a imponerla. Es esa continuación y no la libertad la que habrá de ser motivada”.

En definitiva, como anota FERNÁNDEZ BERMEJO (2018), “aunque el legislador se apoye en la jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión, el TEDH es un garante de los derechos supranacionales que puede vincular a los Estados miembro, pero su misión no es, ni mucho menos, promover determinadas figuras legales o imponer a los países líneas de política criminal concretas”. Hay que tener en cuenta, al respecto, que al ser un organismo supranacional europeo, el TEDH como institución jurisdiccional se basa en un consenso de mínimos y, por ello, su concepción sobre las finalidades de la pena, su ejecución e, incluso, sus garantías pueden ser menores que las establecidas en algunos de los Estados europeos. El CEDH, al igual que la mayor parte de la normativa supranacional –sea universal, de ámbito iberoamericano o europeo- establece simplemente un consenso básico irrenunciable, a partir del cual cada Estado podrá legislar libremente para aumentar las garantías mínimas.

Informa el CGPJ que la legislación penal francesa ha sido objeto de una revisión que la acerca más a los estándares europeos, pues el periodo máximo

de 30 años se rebajó. Por ello, el límite máximo durante el que se excluyen las medidas penitenciarias de individualización de las penas es 22 años (CGPJ, 2013: 29). Señala CERVELLO DONDERIS (2016: 65) que una de las cuestiones que no se ha tenido en cuenta en la comparativa con el país vecino es el diferente estado en el que se encuentran nuestros regímenes e instituciones penitenciarios. En Francia existe una problemática penitenciaria más acusada, en el que el estado de las prisiones se encuentra muy depauperado, lo cual es importante en las penas privativas de larga duración.

Por ello, resulta del todo necesaria una investigación criminológica comparativa a nivel internacional, que analice hasta qué punto existen unas condiciones de vida similares en los diversos sistemas penitenciarios, y que así mismo tenga bien presente la protección de los derechos humanos de los internos en los distintos países. Los pocos que se han realizado, al respecto, marcan importantes diferencias en los regímenes de vida penitenciarios de los distintos países y una configuración empírica divergente respecto a las finalidades de la pena en cada uno de los Estados (DÜNKEL, 2007: 99-126; ZOLONDEK & SAKALAIUSKAS, 2005: 151-157).

Finalmente, al igual que no parece correcta la argumentación del “antes estábamos igual o peor” refiriéndonos a la pretérita regulación del máximo de 40 años de cumplimiento, tampoco lo parece aquélla que justifica “lo malo” porque otros muchos lo han adoptado. En definitiva, aquí bien podría aplicarse el viejo refrán castizo que dice “mal de muchos, consuelo de tontos”, ya que buscar un argumento en la imitación de la mala praxis de otros países no parece la mejor de las técnicas legislativas para introducir una pena tan gravosa como la prisión permanente revisable (CÁMARA ARROYO, 2016: 256). En esto me uno a la argumentación de CUERDA RIEZU (2011), quien es bastante claro al expresar si “¿no debería dar lecciones España en alguna materia y que ésta fuera del respeto a los derechos humanos? El hecho que estos países mantengan una privación de libertad perpetua pero revisable pone de relieve la mala conciencia de esos legisladores foráneos que por un lado dicen que es perpetua pero, por otro, que dependen de su revisión”.

No se menciona, en este caso, la legislación de Portugal, Escocia y Noruega pues, pese a pertenecer a nuestro ámbito cercano, no cuentan en sus legislaciones con la cadena perpetua ni ninguna otra modalidad de prisión permanente revisable o no. La constitución portuguesa de 1976 no recoge con primacía el fin de prevención especial positiva que admite nuestro art. 25.2 CE, sin embargo dispone en su art. 30.1 que no “*no podrá haber penas*

o medidas de seguridad privativas de libertad con carácter perpetuo, ni de duración ilimitada o indefinida”.

En conclusión, respecto a la constitucionalidad o legitimidad formal de la prisión permanente revisable poco aporta este nivel comparativo. En cualquier caso, debería realizarse tal analogía teniendo en cuenta el fundamento constitucional de la pena en las normas supremas de los Estados, que bien pueden diferir y distanciarse con nuestro mandato constitucional de reinserción social, por más que nuestro TC haya indicado en reiteradas ocasiones que la prevención especial positiva ni es un derecho ni el único fin de la pena. En definitiva, el estudio de la pena de prisión permanente revisable debería partir de la propia Constitución, pues los textos y Tratados Internacionales pueden ser *“una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales, pero sin que pueda pretenderse que un precepto legal infrinja con relevancia constitucional autónomamente el art. 10.2”* (STC 236/2007, de 7 de noviembre, y 80/2010, de 26 de octubre) (MOLINA, 2016).

En la actualidad la puja por consolidar e, incluso, expandir la regulación de la prisión permanente en España es una realidad que contrasta con el retroceso de su uso y eficacia en los países de nuestro entorno cercano. Así, con anterioridad a las últimas elecciones generales celebradas en España han existido dos propuestas relativas a la prisión permanente revisable: una derogatoria, la Proposición no de Ley, para la derogación de la pena de prisión permanente revisable promulgada por el Grupo Parlamentario Vasco (EN-PNV)⁵; y otra ampliatoria, la Proposición no de Ley de ampliación de supuestos en los que puede utilizarse la prisión permanente revisable impulsada por el Grupo Parlamentario del Partido Popular (PP)⁶ (FERNÁNDEZ BERMEJO, 2018). La primera de ellas quedó paralizada y a la espera del Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable sobre el que debe pronunciarse el TC español. Por tanto, desde septiembre de 2016, se ha mantenido en un estado de hibernación en las cámaras parlamentarias. La segunda fue rechazada en sede parlamentaria tras un bronco debate en el que se utilizó de manera vergonzante y como arma política arrojadiza el dolor de las víctimas⁷.

⁵ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Serie D N° 18, de 21 de septiembre de 2016, pp. 52 y ss.

⁶ Informe sobre la modificación del Código Penal en materia de prisión permanente revisable, 9 de febrero de 2018. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la ampliación de los supuestos de prisión permanente revisable. Véase: BOLETÍN GENERAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. XII LEGISLATURA, N° 364-1, 11 de enero de 2019, pp. 1 y ss.

⁷ El Pleno del Congreso el 15 de marzo de 2018 rechazó las dos enmiendas a la totalidad del Partido Popular y Ciudadanos para la ampliación de la Prisión permanente revisable. El debate

Aunque en la primera de las proposiciones no se ha especial hincapié en la cuestión comparada ni en el Derecho penal internacional o europeo, la propuesta de derogación sintetiza los argumentos anteriormente expuestos desde una interpretación puramente nacional: vulneración de la exigencia de certidumbre del principio de legalidad (art. 9.3 CE); atentado contra la dignidad humana (art. 10 CE); pena inhumana (art. 15 CE); y se afirma con rotundidad que la propia Constitución proscribía la cadena perpetua, cuando incluye el mandato de reinserción de las penas (art. 25.2 CE).

En la Exposición de Motivos de la Proposición no de Ley para la derogación de la prisión permanente revisable se menciona por primera vez a la doctrina penal y sus recomendaciones. Con ello, se combate el clima de anti-intelectualismo existente en nuestro país en materia jurídica y se alude a las opiniones y razonamientos jurídicos obviados en las últimas reformas penales.

Además de aludir a la posible vulneración de los preceptos constitucionales, centra el debate de la cuestión en argumentos de cariz material. Así, “se propone la supresión de la prisión permanente revisable por no hallarse justificada desde razones de política criminal”. Es decir: considera que la pena de prisión indeterminada no está convenientemente justificada en nuestro sistema punitivo, existiendo otros instrumentos más eficaces. Ello tiene que ver también con un aspecto comparativo: España se mantiene desde hace unos años en un puesto bastante estable en cuanto a índices de criminalidad comparado con el resto de los países europeos, manteniendo una de las tasas de homicidios y delitos violentos más bajas de toda Europa según la Oficina Estadística Europea⁸ (Eurostat).

Asimismo, según la propuesta de derogación, la introducción de la prisión permanente en España quiebra el “pacto” político de la Transición, en el que se consensuó desterrar la cadena perpetua de nuestro arsenal punitivo. Más allá de este importante argumento de cariz político, la prisión permanente revisable sería contraproducente e introduce distorsiones en nuestro ordenamiento jurídico-penal, entre ellas, la citada por la proposición se asemeja a la invocada para refutar la pena de muerte: existen posibilidades de error judicial, que sería irreparable.

sobre la prisión permanente revisable y la utilización mediática y electoralista de las víctimas de graves delitos continúa aún en nuestras Cámaras parlamentarias: DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, N.º. 173, 19 de diciembre de 2018.

⁸ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Crime_statistics (consultado el 01/05/2019).

En realidad, este último argumento no parece del todo definitivo. Es cierto que en la prisión permanente revisable cabe la posibilidad de un irreparable error judicial; pero, a pesar de confiar en el buen hacer de nuestros jueces y Tribunales, hay que decir que esta clase de dislates también ocurrirían ante penas de prisión de larga duración determinadas y serían igualmente graves. No obstante, hay que darles la razón a los redactores de la Proposición en una cosa: la prisión permanente revisable aumenta inconmensurablemente la posibilidad de un error judicial. Así, tales imperfecciones judiciales podrían producirse en el momento inicial condenatorio a la hora de dictar sentencia e imponer la pena de prisión permanente revisable; y, a los 25, 30 o 35 años, en el momento de la revisión de la condena y en las sucesivas revisiones posteriores en las que pueda reproducirse el error judicial en la valoración de los vaporosos y ambiguos criterios anteriormente mencionados.

Por otra parte, la propuesta de aumento de supuestos de la prisión permanente revisable también ignora la adecuada comparativa europea e internacional e incurre en los mismos errores de técnica legislativa ya denunciados por la doctrina. Con todo, en la Exposición de Motivos de la frustrada reforma se volvía a los argumentos –sin mayores explicaciones ni matices- europeístas y de Derecho internacional, afirmando que: *“una gran mayoría de los países de nuestro entorno cultural tiene prevista, en sus respectivos ordenamientos penales, sanciones de prisión permanente, y la jurisprudencia, nacional e internacional, las ha avalado, atendiendo fundamentalmente al cumplimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad, humanidad y resocialización”*.

Entre los nuevos supuesto que acogerían la prisión permanente revisable como castigo nos encontramos con tipologías discutibles técnicamente, como la que justifica la imposición de tal penalidad cuando al delito le hubieran seguido actos de ocultación o destrucción del cadáver para dificultar la investigación por parte de la autoridad o de sus agentes o el asesinato cuando se impida u obstruya la recuperación del cadáver a los familiares. Puede encontrarse una regulación similar en la legislación penal italiana histórica: homicidio cometido inmediatamente después de haber realizado otro delito, para asegurarse beneficios o por no haber sido capaz de lograr su propósito, o por ocultar el crimen o suprimir los rastros o pruebas, o de otra forma obtener la impunidad para sí o para otros (CASALS FERNÁNDEZ, 2018: 141).

Respecto a esta adición, cabe preguntarse si se encuentra debidamente justificada en el plano moral y, lo que resulta más importante, en el plano ideológico de una democracia basada en el Estado social y de Derecho. La introducción de esta clase de cláusula nos lleva a preguntarnos si no se estaría

regulando una fórmula de chantaje institucional que, a modo de coacción, tratase de soslayar el principio “*nemo tenetur*” (Derecho a guardar silencio), por el que nadie está obligado a confesar en su contra, o modificar la interpretación jurisprudencial de la impunidad del auto-encubrimiento⁹. Y es que, mientras que tiene pleno sentido establecer una política de recompensa, en forma de atenuación de la pena, a quién *motu proprio* decide confesar el crimen y colaborar con la Administración de Justicia antes de saber que se ha iniciado un procedimiento penal en su contra, no parece apropiado ni ético solicitarlo como obligación bajo la amenaza de una penalidad más severa.

Se acude a las víctimas y a la emotividad social para justificar la inserción, razonando la necesidad de su inclusión “*puesto que con tal actuación no solo se busca dificultar la investigación de la autoridad y sus agentes, sino que es notorio que ello provoca un especial sufrimiento y humillación a los familiares de la víctima*”. Lo primero se transcribía en la norma, pero la referencia la vulneración de la dignidad de los familiares de las víctimas y el plus de sufrimiento no formaba parte del enunciado del nuevo tipo penal, por lo que debe considerarse como parte de su justificación material.

Desde los postulados teóricos de una adecuada política criminal la argumentación carece de sustento, puesto que ello llevaría a reclamar el establecimiento de una agravación para el resto de los tipos penales en los que, por mor de esta argumentación, también se estaría atentando contra la dignidad de las víctimas y se estaría obstruyendo la actividad de la Administración de Justicia para el esclarecimiento del delito.

Por otra parte, cabría preguntarse si esta nueva modalidad se formula de manera objetiva o introduce un elemento subjetivo en el tipo penal, esto es, que la finalidad del sujeto activo sea verdaderamente la de poner impedimentos a la actuación de la justicia y sus agentes o de aumentar deliberadamente el sufrimiento de los familiares (en una suerte de ensañamiento *indirecto o moral*) y humillarles con su actuar. La cuestión no es baladí, por cuanto en el primero de los casos se castigará el hecho objetivo de ocultación o destrucción del cadáver de la víctima independientemente de que ello haya supuesto verdaderamente un impedimento para el esclarecimiento del crimen, o que el autor se haya representado tal finalidad. También se castigaría el auto-encubrimiento aunque la víctima no tenga familiares ni allegados. En la segunda interpretación, será necesario que se verifique -y no solamente se presuponga- mediante un juicio de inferencia

⁹ La ocultación de cadáver, como forma de auto-encubrimiento impune (o como parte del delito de encubrimiento) ha sido admitida por la jurisprudencia española: véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 229/2000, de 11 mayo.

que la intención del sujeto iba más allá del dolo de cometer el asesinato y se deseaba impedir u obstruir la averiguación de los hechos, buscar la impunidad, provocar o aumentar deliberada e innecesariamente el sufrimiento de los familiares de la víctima. Dicho de otro modo, sería exigible que el autor del hecho hubiera buscado conscientemente tales finalidades o, al menos, las hubiera aceptado como parte de su actuación sin que ello le hubiera inhibido de llevarla a cabo.

En cualquier caso, atendiendo a una interpretación puramente literal, al considerarse agravado el asesinato cuando “*al delito le hubieran seguido actos de ocultación o destrucción del cadáver para dificultar la investigación por parte de la autoridad o de sus agentes*” (las negritas son un añadido), parece que se requiere una finalidad específica que deberá ser analizada en cada uno de los supuestos de manera individualizada. Como ya se advertía, la consideración al dolor de las víctimas no aparece como una exigencia del tipo, por lo que deberá ser entendida como parte de la retórica de justificación que subyace a la norma y no como un requisito del delito. Asimismo, no parece tener el mismo impacto en las víctimas la “destrucción” que la “ocultación” del cadáver de su ser querido. En ambos casos, la manipulación del cuerpo debe realizarse con la finalidad de buscar la impunidad o, al menos, de poner trabas a la investigación de los hechos, descartándose otras razones que, a lo sumo, podrán castigarse con el delito de profanación de cadáveres (CÁMARA ARROYO, 2016: 208 y 209).

Por otra parte, es dudoso que la propuesta tuviera en cuenta la diferencia de proporcionalidad entre tratar de “impedir” y efectivamente “obstruir” la acción de la Administración de Justicia. Siguiendo el tenor literal del precepto, se indica que basta simplemente con “dificultar” la labor de las autoridades, siendo una enunciación más amplia.

Finalmente, todavía quedarían algunas cuestiones prácticas por resolver: ¿Qué ocurre en el caso de ocultación si el acusado confiesa pero no aparece el cadáver? En este supuesto, el juzgador y las acusaciones se encontrarían frente a un importante brete: o bien se castiga el mero hecho de ocultar el cuerpo (llevar a cabo los “actos de ocultación o destrucción del cadáver” sin más), aunque se confiese su emplazamiento a posteriori, o se considera que el investigado miente y por ello no se encuentra el cuerpo del delito (lo que se consideraría contrario a todas las garantías procesales y a la presunción de inocencia) o, en fin, se aplicaría el principio *in dubio pro reo* y se dejaría de aplicar la agravación del asesinato que lleva a la prisión permanente revisable. Otra cuestión controvertida es que la acción se anunciaba sin que se requiera que sea llevada a cabo por el autor del delito, pudiendo proceder a la ocultación o destrucción del cadáver un tercero –participe o no en el

delito-, incluso sin la anuencia y conocimiento del perpetrador del acto. No parece que, en este último supuesto, pueda castigarse con la prisión permanente revisable a quien ha cometido el delito pero no ha sido responsable de la ocultación o destrucción del cuerpo. La cuestión, de nuevo, será la dificultad para establecer la carga probatoria acerca de la posible connivencia entre el destructor u ocultador del cadáver y quien cometió el delito.

No menos deficientes son las otras inserciones que se encontraban en la propuesta, como la que atendía a que “*el hecho fuera subsiguiente a un delito de detención ilegal o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima*”, que convierte el concurso real entre el delito contra la libertad y el asesinato en deudor de una condena a prisión permanente revisable. Al menos en este punto se advierte que debe ser el propio autor del asesinato quien previamente haya detenido ilegalmente o secuestrado a la víctima.

Aunque finalmente no fueron incluidas en la propuesta, se postularon en informaciones previas otros tipos penales que resultarían en la imposición de una cadena perpetua revisable para el autor, como es el caso de las “violaciones en serie”. Precepto poco afortunado desde la óptica de la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos en el ordenamiento constitucional español, toda vez que, con todo respeto a la comprensible consideración de gravedad que realizan las víctimas de esta clase de delitos sexuales, se equipara la consecuencia jurídica aplicable a reiterados asesinatos (ex art. 140.2 CP) y la imponible a reiterados delitos contra la libertad sexual, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad. Aunque existe poca información acerca de esta propuesta, es posible especular que por “violación” se asume el término técnico-jurídico y no lingüístico, esto es, no basta con que el delito se lleve a cabo mediante penetración, sino que debe considerarse en el marco de las agresiones sexuales excluyéndose la cometida en el abuso sexual. En este caso, al igual que ocurre con la imposición de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada en los delitos sexuales (ROBLES PLANAS, 2007; NAVARRO FRÍAS, 2011; CÁMARA ARROYO, 2012; BONSIGNORE FOUQUET, 2019), parece que se toma como referencia criminológica la figura del *sexual predator*, o psicópata sexual, minoritaria estadísticamente y cuya peligrosidad criminal debería ser acreditada en cada caso concreto.

También serviría la prisión permanente revisable para castigar las muertes en incendios y en delitos de estragos en los que se produzca la destrucción de grandes infraestructuras, así como en supuestos de liberación de energía nuclear o elementos radiactivos. En el primero de los supuestos, se

estandarizaría la alevosía o el ensañamiento que se viene estimando en los supuestos de muerte dolosa por cremación (MESTRE DELGADO, 2017: 650) y se lleva al acto de incendio genérico, convirtiendo toda muerte dolosa que se lleve a cabo en el curso de un fuego provocado en un asesinato agravado con los consiguientes problemas de *ne bis in idem*. Por otra parte, se introduce una modalidad nueva de delito de riesgo catastrófico, tradicionalmente considerados delitos de peligro y mera actividad (art. 341 CP), consistente en la producción de un resultado concreto (muerte) a través de determinados medios especialmente devastadores. Este modo de proceder parece tergiversar la finalidad de protección de la seguridad colectiva que mantienen estos preceptos y que se basa en la tutela de bienes jurídicos cuya importancia justifica que la intervención penal se anticipe al momento en que se desarrolla una actividad que vulnera tal seguridad como consecuencia del riesgo que produce, aunque la lesión no haya tenido lugar, por ser esta de extraordinaria gravedad (ALONSO DE ESCAMILLA, 2017: 637).

Dejando al margen que la producción de múltiples asesinatos, así como los atentados terroristas con resultado de muerte ya está castigada en el CP español vigente con la prisión permanente revisable –lo que hace que este nuevo tipo penal sea superfluo, toda vez que por la naturaleza de los medios utilizados es más que probable la multiplicidad de víctimas–, la utilización de esta clase de vías de comisión es estadísticamente anecdótica y no añade –más allá de la espectacularidad y virulencia de los medios– ningún *plus* de desvalor o reproche a la conducta que no pudiera resolverse mediante un concurso de delitos o quedar absorbido por la alevosía o el ensañamiento del asesinato. En suma, parece que en todos los tipos penales relativos a la producción de una muerte que se desean castigar con la prisión permanente revisable el prelegislador selecciona y extrae de los elementos de alevosía o ensañamiento, aquellos medios que considera especialmente impactantes y los convierte en una nueva instancia de agravación.

En cuanto a la inserción de las denominadas “grandes infraestructuras”, parece tratarse de una ampliación del concepto “infraestructura crítica” utilizado actualmente en la regulación de los daños informáticos del art. 264 CP y que recoge, a su vez, la normativa europea para su definición: aquellas que sean esenciales para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad y la protección y el bienestar económico y social de la población, cuya destrucción tendría un impacto significativo. En este caso no se exige que las infraestructuras sean críticas, sino que basta con que sean “grandes”, de lo que se infiere que es muy probable –una vez más– la multiplicidad de víctimas ya castigada con la prisión permanente

revisable, o que se está elevando los daños patrimoniales masivos a la categoría de agravación del asesinato.

Finalmente, en su Programa electoral para las elecciones generales de 2019, el principal partido político que se ha erigido como impulsor de la expansión de la prisión permanente revisable, el Partido Popular, incluye nuevas propuestas delictivas para el uso de esta penalidad: casos de asesinato en que concurren algunos supuestos de violencia de género acreditada. El *feminicidio*, puesto que en el ordenamiento jurídico-penal español la violencia de género equivale a la violencia machista -del hombre hacia la mujer con la que esté o haya estado ligado por alguna relación conyugal o de análoga significación afectiva- se introduciría en nuestro sistema punitivo, pudiendo original algunas críticas desde la perspectiva del Derecho penal de autor y el principio de igualdad. Ignora una vez más quien realiza la propuesta que la prevención general negativa (disuasión, intimidación) tiene sus límites de efectividad y que la prevención especial negativa (incapacitación, inocuización) no puede sostenerse bajo el paradigma de la culpabilidad sin vulnerar nuestro sistema de garantías. Por último, si bien esta medida puede ofrecer pingües réditos electorales, lo cierto es que la problemática de la violencia de género no puede resolverse mediante la acción del Derecho penal, siendo la prevención, mediante instancias anteriores al uso de herramientas de control social formal, la que ofrece unos resultados más halagüeños.

Por otra parte, la inventiva de las propuestas no es enteramente original, basándose la mayor parte de ellas en la regulación alemana (§ 239a apartado 3 y 239b apartado 2; § 307; § 310b apartado 3; § 311a apartado 3 del *Strafgesetzbuch*). En otros supuestos, la “originalidad” de la formulación concreta de los supuestos y la inventiva del pre-legislador, no tienen parangón alguno en el ámbito supranacional europeo, yendo más allá de los estándares en los que dice basarse para justificar su introducción. En conclusión, las nuevas propuestas de introducción de la prisión permanente revisable no resuelven los problemas que conllevó su introducción en 2015 en el Código penal español, sino que más bien parece introducir nuevos escollos en el sistema punitivo. En el aspecto comparado, es posible que estemos copiando las tipologías delictivas que incorporan penas de similar conceptualización, pero ignoramos la configuración de su cumplimiento y la adecuación del mismo a nuestro sistema constitucional, punitivo y penitenciario.

Referencias bibliográficas:

- ACALE SÁNCHEZ, M.: “4. Sistema de penas. 4.1. Prisión permanente revisable: Arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.) Y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “Delitos de riesgo catastrófico”, en LAMARCA PÉREZ, C., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. Y ALONSO DE ESCAMILLA, A.: Delitos. La parte especial del Derecho penal. Dykinson, Madrid, 2017.
- BONSIGNORE FOUQUET, D.: “La imagen legal del delincuente imputable peligroso: reflexiones a través de la libertad vigilada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, N.º 20, 2018.
- CÁMARA ARROYO, S.: “La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias”, en *La Ley Penal*, N.º. 96-97, 2012.
- CÁMARA ARROYO, S.: “Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española (2012-2015)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 4, 2016.
- CÁMARA ARROYO, S.: “Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LXIX, 2016.
- CARBONELL MATEU, J.C.: “Prisión permanente revisable: una pena injusta e inconstitucional”, en GOITE PIERRE, M. (Coord.): Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO. UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2015.
- CASALS FERNÁNDEZ, A.: “El proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable”, en *La Ley penal*, N.º 129, 2017.
- CASALS FERNÁNDEZ, A.: La prisión permanente revisable. Tesis doctoral dirigida por la Prof. Dr^a. Avelina Alonso de Escamila. CEU San Pablo, Madrid, 2018 (existe una edición actual publicada por el BOE, 2019).

- CERVELLÓ DONDERIS, V.: Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, C.: “El sistema de penas en el Proyecto de Código Penal de 2013”, Centro de Estudios Jurídicos, 2013.
- CGPJ: Informe al Anteproyecto de reforma del Código penal, 16 de enero de 2013.
- CUERDA RIEZU, A.: La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España. Atalier, Barcelona, 2011.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, Nº 10, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Los límites a las penas máximas”, en *El País*, 12 de noviembre de 2013.
- DRENKHAHN, K.: Las penas de larga duración y los derechos humanos. Conclusiones de un estudio internacional. Universität Greifswald, Lehrstuhl für Kriminologie, 2009.
- DRENKHAHN: DÜNKEL, F.: “*Strafvollzug und die Beachtung der Menschenrechte – Eine empirische Analyse anhand des Greifswalder Mare-Balticum-Prison-Survey*”, en MÜLLER-DIETZ, H. ET AL. (Eds.): *Festschrift für Heike Jung*. Baden-Baden, 2007.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “En contra de la «cadena perpetua» en España (una vez más). A propósito del populismo político actual”, en *La Ley Penal*, Nº. 131, 2018.
- GALLEGO DÍAZ, M.: “El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua”, en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, Tomo 260, Nº. 1329-1330, 2009.
- GALLIANI, D.: “*Riflessioni costituzionalistiche sull’egastolo entro le maglie dello statuto della Corte Penale Internazionale*”, en *Rivista AIC*, Nº 2, 2015.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Estoy en contra de la cadena perpetua revisable”, en *Enfoque*, Nº. 1, febrero 2016.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias”, RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.

- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M. Y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España. Dykinson, Madrid, 2018.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La insoportable gravedad del Código Penal (I)”, en *El Mundo*, 22 de enero de 2009.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Prólogo a la vigésima primera edición”, en GIMBERNAT ORDEIG, E. Y MESTRE DELGADO, E. (Eds.): Código penal. 21ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- GRIJELMO, A.: “Paradojas léxicas”, en *El País*, 25 de octubre de 2015.
- GUTIÉRREZ CALVO, V.: “El Consejo de Estado ve constitucional la prisión permanente”, en *El País*, de 3 de septiembre de 2013.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: “”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª. Época, Nº. 18, 2017.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., Y MARTÍNEZ GARAY, L.: “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.
- LÓPEZ, E.: “Tiene acomodo constitucional”, en *El País*, 12 de noviembre de 2012.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), Nº. 20-30, 2018.
- LOZANO GAGO, M.L.: “La nueva prisión permanente revisable”, en *Diario La Ley*, Nº 8191, 14 de Noviembre de 2013.
- MACULAN, E. (2019): “Sistema de penas”, en GIL GIL, A. & MACULAN, E. (2019): *Derecho penal Internacional*. Madrid: Dykinson.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “La libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, Nº 7386, 22 de abril de 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “Las penas en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, en *La Ley Penal*, 2782/2015.
- MESTRE DELGADO, E.: “Prólogo”, en TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Derecho penal. Parte General. Un estudio crítico desde la práctica judicial*. Edisofer, 2015.

- MESTRE DELGADO, E.: “Delitos de incendio”, en LAMARCA PÉREZ, C., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. Y ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2017.
- MOLINA, M.C.: “Comentario a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: los aspectos más destacados de la reforma”, en *TOP Jurídico penal*, Sepín, abril, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F.: “El derecho penal en tiempos de cólera”, en VV.AA. *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F.: “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, N.º 11, 2012.
- NAVARRO FRÍAS, I.: «Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª Ep., N.º 105, 2011.
- PRESNO LINERA, M.A.: “¿Es constitucional la prisión permanente revisable?”, en *El País*, 19 de diciembre 2018.
- PUGIUTTO, A.: “*Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*”, en *Rivista de Diritto Penale Contemporaneo*, 5 de marzo de 2013.
- RÍOS MARTÍN, J.C.: *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Segunda edición adaptada a la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa, San Sebastián, 2013.
- ROBLES PLANAS, R.: ““Sexual predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret*, N.º. 4, 2007.
- RODRÍGUEZ ARRIBAS, R.: “Prisión permanente revisable”, en *ABC*, 4 de febrero 2015.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: “La nueva pena de ‘prisión permanente revisable’ y el Derecho comparado”, en *Dossier Actualidad Legislativa: Una reforma. Un nuevo Código penal*, 31 de marzo de 2015.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, en *El País*, 17 de noviembre de 2000.

- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Estos parcheos de la legislación penal sólo pueden interpretarse como una falta de diligencia y de responsabilidad de los partidos políticos”, entrevista publicada en *Dossier Actualidad de Thomson Reuters: Una reforma. Un nuevo Código penal*, el 31 de marzo de 2015.
- ROIG TORRES, M.: “La cadena perpetua: Los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La prisión permanente revisable a examen” en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 111, III, Época II, 2013.
- ROIG TORRES, M.: La cadena perpetua en el derecho Alemán y Británico. La prisión permanente revisable. Iustel, Madrid, 2016.
- SÁEZ, C.: “La vigésimo novena reforma del Código penal de 1995, una modificación innecesaria”, en *La Ley Penal*, N° 101, 2013.
- SÁNCHEZ ROBERT, M.J.: “La prisión permanente revisable en las legislaciones española y alemana. Análisis comparativo”, en *Anales de Derecho*, N° 1, 2016.
- SANZ MORÁN, A.: «La reforma de las medidas de seguridad», en VV.AA.: Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal, Cuadernos penales José María Lidón, N.º 10, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014,
- SERRANO TÁRRAGA, M.D.: “La prisión permanente revisable”, en *Revista Jurídica de la UAM*, N° 25, 2012.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: Derecho penal. Parte General. Un estudio crítico desde la práctica judicial. Edisofer, 2015.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: “El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015”, en *La Ley Penal*, N.º 114, 2015
- TORÍO LÓPEZ, A.: «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en VV.AA.: Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1985.
- VILAJOSANA, J.M.: Las razones de la pena. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- VIVES ANTÓN, T.S.: “La dignidad de todas las personas”, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.

ZOLONDEK, J., SAKALAUŠKAS, G.: “*Strafvollzug und Strafvollzugsrecht in Litauen*”, en *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, N° 54, 2005.

Nacimiento, sistematización y evolución de las criminologías específicas en México (*)

Origin, systematization and evolution of the specific criminologies in Mexico

Wael Hikal¹

Jorge Alberto Pérez Tolentino²

Roberto Alonso Ramos Erosa³

Sumario: Introducción. Metodología. ¿Cuál es la importancia de la especialización? Particularidades de las criminologías específicas. La literatura más cotidiana encontrada en México. La llegada de una criminología general a México. Cifras alarmantes. Evolución hacia la especialización de la criminología. ¿Se requiere comenzar por una filosofía criminológica y epistemología criminológica? Las criminologías especializadas. Avances en el desarrollo de las criminologías específicas. – Conclusiones. – Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo se enfoca en destacar la importancia de especializar a la Criminología en México. Se toma

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León.

wshc1983.2013@gmail.com

² Universidad del Golfo de México.

ja_tolen@hotmail.com

³ Cofradía Criminológica. México.

alonso_erosa@live.com

como referencia a las criminologías específicas que se han desarrollado en EUA, Europa y otras regiones, en comparación a las desarrolladas en la bibliografía mexicana y latinoamericana. El objetivo es subrayar la importancia y necesidad de crear términos y conceptualizar áreas de estudios especializados en la Criminología. De tal modo, que los profesionales tengan mejores herramientas de conocimiento y lograr avances en la intervención con los fenómenos de la criminalidad. Dado el contraste tan grande que existe en México sobre la evolución teórica de la Criminología con otros países del norte de América, Europa y Asia.

Palabras clave: Áreas de la Criminología, Desarrollo, Especialización, Ramas de la Criminología.

Summary: The present work focuses on highlighting the importance of specializing in Criminology in Mexico. It is taken as a reference to the specific criminologies that have been developed in the USA, Europe and other regions, in comparison to those developed in the Mexican and Latin American bibliography. The objective is to highlight the importance and need to create terms and conceptualize areas of specialized studies in Criminology. In such a way, that the professionals have better tools of knowledge and achieve advances in the intervention with the phenomena of the criminality. Given the great contrast that exists in Mexico on the theoretical evolution of Criminology with other countries in North America, Europe and Asia.

Keywords: Areas of Criminology, Development, Specialization, Branches of Criminology.

El nacimiento de las criminologías específicas en México se puede considerar el 13 de abril del 2009 cuando se publica la obra: *Introducción al estudio de la Criminología* (Hikal)⁴, donde por primera vez, se presenta un capítulo con términos, conceptos y áreas de aplicación.

⁴ Posteriormente se publican obras derivadas de esta como: *Criminología de los Derechos Humanos*, *Criminología Sociológica*, *Criminología etiológica-multifactorial* y *Criminología psicológica*.

Introducción

La Criminología en México (y algunas regiones de Latinoamérica) se ha estancado en un aspecto generalizante sobre su campo de desarrollo científico y profesional. Los fenómenos de la criminalidad contemporánea sobrepasan las capacidades teóricas y técnicas de esta y sus profesionales. La Criminología requiere ser redefinida en su plataforma teórica para rediseñar la práctica, esto con alcances científicos, académicos, aplicativos y laborales (Peters, 2006, Eskridge, 2014). El presente es una revisión teórica y propuesta sobre las áreas que podrían existir de especialización de la Criminología, y sobre las cuales podríamos desarrollarnos laboralmente los criminólogos, en cuanto la creación científica y la implementación de técnicas y abordajes para el fenómeno criminal.

Siendo la criminalidad, una situación presente en casi todos los países del mundo de modo constante e impactante, en la medida que se presente, el conocimiento que interpreta este problema se ha encuadrado en los pasados 100 años en la Criminología, y otras ramas de las ciencias, como la Sociología, Psicología, entre otras.

La criminalidad que se padece en México y Latinoamérica ha ido en incremento en periodos muy cortos de la humanidad; es decir, en los últimos 15 años, ha ocurrido una explosión de fenómenos criminales, de impunidad, corrupción, abuso de poder, autoridad, desvío de recursos, criminalidad organizada, violencia en diversos contextos, homicidios, operaciones criminales desde el interior de las cárceles, funcionarios públicos detectados como criminales, pero absueltos. Asimismo, un incremento en la desigualdad, pobreza, desempleo, salarios bajos, mala educación, oportunidades de desarrollo marginales, entre otros conflictos, que van destruyendo a la humanidad en las regiones mexicanas y latinas.

El presente trabajo, expone diversos términos y conceptos, basados en la Psicología, Derecho y Sociologías especializadas, así como en las criminologías específicas desarrolladas en otras regiones como EUA, Europa y Asia, proponiendo su adaptación a la Criminología mexicana, que además de la conceptualización, se proponen posibles áreas de aplicación de tal área especializada, así como los avances que se han logrado en diversas áreas, a nivel laboral, literario y un avance sobre los inicios de las criminologías específicas a nivel educativo. Por otro lado, se presenta el diagnóstico realizado para la detección de la bibliografía en la materia, que se ha

publicado en las regiones antes mencionadas, otro tópico considerado ha sido la cantidad de escuelas que imparten licenciaturas en materia criminal, limitándose solo a México, las áreas laborales más popularizadas, y la expectativa que se tiene con la evolución de la Criminología local.

Metodología

Para la realización del presente trabajo se recurrieron a las siguientes fuentes de información:

- Consulta de los libros clásicos -al alcance de adquisición- de Criminología en México y Latinoamérica sobre la especialización.
- Búsqueda web de las escuelas que imparten todos los niveles educativos de pre y posgrado, así como visita a algunas de estas para pensar y observar los planes de estudio.
- Búsqueda y consulta comparativa con el catálogo de libros y revistas de Criminología en Routledge. Taylor & Francis Group (EUA e Inglaterra), Flores Editor y Distribuidor (México) y Editorial Porrúa (México), entre otras, y Sociedad Americana de Criminología, para detectar libros especializados.

¿Cuál es la importancia de la especialización?

Una premisa básica, de la que siempre debe partirse al producir conocimiento, es la consistente en que la ciencia está al servicio de la sociedad y, esto es así por la razón de que los encargados de producir el conocimiento científico son precisamente integrantes de la colectividad y más aún, puede afirmarse con certeza, que se trata de miembros privilegiados, en el sentido de que cuentan con los instrumentos necesarios para coadyuvar en la conducción de los hilos impulsores del bien colectivo.

Desafortunadamente, en diversas áreas del conocimiento, y la que nos corresponde, en la Criminología, se ha plagado de personajes que toman ventaja de diversas situaciones para fines individualistas, crecimiento curricular, económico y de prestigio, distanciándose del beneficio colectivo o la labor social. A saber, entre otras:

- El morbo por parte de los recién ingresados a las profesiones de Criminología-Criminalística;
- El fanatismo que se ha generado por las figuras clásicas;
- El afán de fama, y
- El aprovechamiento de la falta de involucramiento de los criminólogos-criminalistas en temas académicos.

En México, al igual que en todo el planeta, el conocimiento científico tiene un papel fundamental en la transformación de la vida cotidiana, siendo la diferencia con otros países, la relativa a la cantidad de ciencias que lleva a efecto su aportación al sistema social, así como la calidad de los trabajos científicos que se presentan; en nuestro ámbito espacial de validez, desafortunadamente, no todos los especialistas de las ciencias realizan contribuciones que beneficien al país.

Si la principal finalidad de las ciencias es beneficiar a la colectividad, pueden advertirse nítidamente dos situaciones:

- 1) Las finalidades secundarias, y
- 2) Los medios para llevarla a cabo.

Las ciencias, para cumplir con su objetivo prístino, tienen la finalidad de producir, desarrollar, difundir y aplicar el conocimiento; estos fines se encuentran imbricados de manera intrínseca, de forma tal que no se pueden aislar sin las consecuencias perniciosas que ello implica, en otras palabras, sin la grave fractura que conlleva la separación indiscriminada de los propósitos indicados.

En México, las finalidades secundarias de la ciencia no se han cumplido, en las últimas décadas solamente se ha difundido, profusamente, el área criminológica, empero, con bastante lamento, solamente se reproducen las observaciones generales, quedando desprendidas del árbol de la Criminología Científica: La producción, el desarrollo y la aplicación del conocimiento obtenido, sencillamente, no existe y no ha existido.

En cuanto a las etapas para el desarrollo del conocimiento científico, una de las cuestiones elementales en la generación del conocimiento es la división analítica de las diversas partes que integran una determinada área científica, a efecto de observar detenidamente las problemáticas que ahí se presentan para, posteriormente, poder sistematizarla de manera adecuada; en consecuencia, mediante el uso de la lógica científica se necesita:

- 1) Observar detenidamente la problemática en conjunto;
- 2) Separar, científicamente, el problema en tantas partes como se considere indispensable;
- 3) Desarrollar el conocimiento en cada una de las parcelas del mismo;
- 4) Difundir los resultados de los estudios científicos, a efecto de la demostración de sus resultados;

- 5) Concatenar los estudios específicos para sistematizar apropiadamente el conjunto de la ciencia en cuestión, y
- 6) Llevar, mediante los puentes que se requieren, la aplicación del conocimiento.

En el ámbito de la Criminología mexicana, penosamente se advierte que de los años 70 del siglo pasado a la fecha, en general, se ha realizado, medianamente, el primero de los puntos relatados, esto es, el consistente en la observación de la problemática, quedando como un pasivo, que se incrementa día a día, los puntos restantes.

Señala Peters, que la creación de foros donde se den lugar los investigadores para el intercambio de investigaciones y opiniones, así como el fomentar el estímulo a través de reconocimientos a la investigación “ha de ser considerado como un paso principal hacia la definición del perfil de la Criminología como una disciplina académica” (Peters, 2006, p. 84).

Resulta claro que, en México, la Criminología ha sido incapaz de lograr el objetivo primario de las ciencias, puesto que no se puede esperar un resultado si no se llevan a efecto las acciones necesarias para lograrlo; concatenando lo relativo a las finalidades secundarias y a las etapas para generar conocimiento científico, se reitera que en nuestro país, el área criminológica se ha quedado en la puerta de entrada al ámbito científico, conformándose con la difusión de observaciones muy generales, que de manera alguna, coadyuvan con la mejora del país.

Es entendible que en el génesis de la Criminología en México se hayan realizado esfuerzos por dar a conocer las generalidades de esta área del conocimiento, empero, a muchos lustros de existir, la idea sigue siendo la misma: Observaciones generales que en nada benefician a la colectividad, la cual confía en que los miembros privilegiados colaboren activamente en la disminución de tantas problemáticas que repercuten en la vida cotidiana.

Particularidades de las criminologías específicas

- 1) Representan la siguiente, y necesaria, etapa en la evolución del conocimiento de la Criminología mexicana, puesto que son un avance bastante importante en relación al anacronismo en la que ¡En plena segunda década del siglo XXI! Permanece esta área en México;
- 2) Son el punto de partida para el desarrollo científico en cada una de las diversas áreas del conocimiento en que se puede seccionar la Criminología mexicana, sirviendo de envión para la obtención de, en su momento, la sistematización requerida, y

- 3) Tienen la misión de que sus estudios puedan aplicarse, a pesar de las dificultades que se presentan en la política mexicana, en y en pro de la colectividad.

A continuación, se muestran unos cuadros comparativos sobre las ciencias en general, la Criminología mexicana y las criminologías específicas:

Finalidades secundarias	Ciencia	Criminología mexicana	Criminologías específicas
Producir	X	Nula	X
Desarrollar	X	Nula	X
Difundir	X	Sí	X
Aplicar	X	Nula	¿?

Pasos para generar conocimiento	Ciencia	Criminología mexicana	Criminologías específicas
Observar	X	Sí	X
Separar	X	Nula	X
Desarrollar	X	Nula	X
Difundir	X	Nula	X
Sistematizar	X	Nula	X
Aplicar	X	Nula	¿?

Pero ¿Por qué la necesidad de especializarse en Criminología? Indica Peters: “de ser una disciplina secundaria o auxiliar de las ciencias jurídicas, sociales e incluso médicas, la Criminología ha pasado a convertirse en una entidad de actividades académicas y científicas, autónoma y a menudo hasta independiente” (Peters, 2006, p. 86).

La literatura más cotidiana encontrada en México

Durante las consultas a las bibliotecas y librerías en búsqueda de material referente a Criminología, arroja los siguientes resultados y reflexiones: **Los libros de Criminología se llaman igual**, situación extraña es que los profesionales de la Criminología no han logrado especializar el conocimiento ramificado en diversas áreas a la par que otras ciencias, por ejemplo:

1. En una biblioteca de Psicología ¿Qué se encuentra? Libros de Psicología Educativa, Familiar, Militar, de Ingeniería, de los Accidentes, de los Colores, Cognitiva, de la Personalidad, Conductual, Fisiológica, entre muchas más en cuanto a su especialización;
2. En una biblioteca de Derecho ¿Qué se encuentra? Derecho Fiscal, Electoral, Mercantil, Municipal, Penal, Ambiental, Marítimo, Aeronáutico, Constitucional, Municipal, entre tantos, y
3. En una biblioteca de Criminología ¿Qué se encuentra? Que los libros llevan títulos similares, sin especificar su campo de estudio más allá de nociones introductorias. Por otro lado, son muy escasos los títulos especializados que sobrepasen la generalidad.

Sobre el anterior numeral, cabe resaltar:

Las disparidades teóricas a veces son tales y en otras ocasiones son fruto de escasa información (...). No obstante, el panorama de bibliografía de cátedras presenta, por una u otra razón, un mosaico cuyo aspecto negativo es el desconocimiento que provoca a la hora de tomar decisiones políticas y que permite que cualquier penalista sin formación criminológica (...) se embarque, por motivos de vanidad o poder, en campañas de “ley y orden” o de “distracción de opinión” (Zaffaroni, 1990, p. 68).

A continuación, se sitúan en orden cronológico los títulos generales y específicos más comunes (o únicos) que se pueden encontrar (Editorial Porrúa, y Flores editor y distribuidor, 2017):

1. *Nociones de Criminalística y Criminología* (Moreno González y Rodríguez Manzanera, 2017)
2. *La ciencia criminológica en la prevención y sus campos de aplicación* (Hernández Castillo y Monroy Ojeda, 2016)
3. *Tratado de Criminología* (Reyes Calderón, 2017)
4. *Aspectos esenciales de la Criminología Actual* (Cerezo Domínguez, Giménez-Salinas Framis, Corte Ibáñez, de la y Aebi, 2017)
5. *Criminología. La víctima del delito* (Marchiori, 2017)
6. *Bases generales de Criminología y Política Criminal* (Vidaurri Aréchiga, 2016)
7. *Introducción al estudio de la Criminología* (Hikal, 2016)
8. *Manual de Criminología* (Orellana Wiarco, 2016)
9. *Criminología. Conceptos básicos* (O'Brien y Yar, 2016)
10. *Criminología* (Rodríguez Manzanera, 2016)
11. *Criminología* (González Vidaurri y Sánchez Sandoval, 2016)

12. Introducción a la *Criminología y al sistema penal* (Larrauri, 2015)
13. *Criminología. Teorías y pensamientos* (Marchiori, 2014)
14. *Manual de Criminología* (Pérez Kasparián, 2014)
15. *Teorías de la criminalidad* (Lamnek, 2013)
16. *Principios de Criminología* (Santiago Redondo, 2013)
17. *Manual de Criminología* (Barrita López, 2013)
18. *Criminología y conducta antisocial* (Silva Rodríguez, 2013)
19. *Nociones de Criminología* (Reynoso Dávila, 2012)
20. *Criminología. Moderna y contemporánea* (Orellana Wiarco, 2012)
21. *Manual de Criminología* (Maguire, Morgan y Reiner, 2012)
22. *Criminología Contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos* (Palacios Pámanes, 2012)
23. *Criminología* (Marquez Piñero, 2010)
24. *Criminología* (López Vergara, 2008)
25. *Conducta antisocial: Un enfoque psicológico* (Silva Rodríguez, 2008)
26. *La Criminología* (Tamarit Sumalla, 2009)
27. *Criminología, Criminalística y Victimología* (Plata Luna, 2009)
28. *Herencia de la Criminología Crítica* (Larrauri, 2009)
29. *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y crítica política* (Virgolini, 2005)
30. *Curso de Criminología* (Pérez Pinzón y Pérez Castro, 2005)
31. *Tratado de Criminología* (Tieghi, 2004)
32. *Criminología dinámica. Ensayos, reflexiones y propuestas clínico-criminológicas* (Trujillo Mariela, 2004)
33. *Criminología* (Reyes Echandía, 2004)
34. *Criminalidad. Ciencia, Filosofía y prevención* (Tieghi, 2004)
35. *Criminología. Un enfoque humanístico* (Restrepo Fontalvo, 2002)
36. *La nueva Criminología* (Taylor, Walton y Young, 2001)
37. *Manual de Criminología* (Elbert, 2001)
38. *Criminología latinoamericana. Parte primera* (Elbert, 1996)
39. *Criminología latinoamericana. Parte segunda* (Elbert, 1999)
40. *La Criminología del siglo XXI en América Latina* (Elbert, 1999)
41. *Criminología y dignidad humana. Diálogos* (Beristain y Neuman, 1989)

42. *Criminología. Aproximación desde un margen* (Zaffaroni, 1988)
43. *Crimen y justicia en América Latina* (Rico, 1981)

Al respecto de libros especializados:

1. *Nociones fundamentales de Endocrinología y Criminología* (Aun Weor, 2017)
2. *Criminología Clínica Contemporánea* (Palacios Pámanes, 2017)
3. *Libro negro de la enseñanza de la Criminología en México* (Hikal, Pérez Tolentino y Ramos Erosa, 2016)
4. *Guía para la redacción de tesis y otros trabajos de investigación para estudiantes de Criminología-Criminalística* (Hikal, 2016)
5. *Clásicos de la Criminología* (Rodríguez Manzanera, 2016)
6. *Criminología Psicológica* (Hikal, 2016)
7. *Criminología Clínica*⁵ (Rodríguez Manzanera, 2016)
8. *Criminología etiológica-multifactorial* (Hikal, 2015)
9. *Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal* (Hikal, 2015)
10. *Criminologías Especializadas* (Gómez Tagle López, 2014)
11. *Libro blanco de la enseñanza de la Criminología en México* (Rodríguez Manzanera, 2014)
12. *Criminología de los Derechos Humanos* (Hikal, 2013)
13. *Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal* (Hikal, 2015)
14. *Criminología Cromática* (Ferro Veiga, 2014)
15. *Criminalidad Femenina. Teoría y reacción social* (Lima Malvido, 2014)
16. *Criminalidad de Menores* (Rodríguez Manzanera, 2014)
17. *Criminología de Campo. Perfiles criminales y victimales* (Echeverría Solano, 2012)
18. *Criminología Ambiental* (Vozmediano Sanz y Guillen, 2011)
19. *Criminología Reflexiva. Discusiones acerca de la criminalidad* (Ordaz Hernández y Cunjama López, 2011)
20. *La Criminología en las obras de William Shakespeare* (Colina Rubio, 2005)

El anterior aspecto, da lugar a comparar la producción de libros en otras materias como Trabajo Social, Sociología, Derecho, Psicología, Medicina,

⁵ Se ha detectado plagio de: *Apuntes de clínica criminológica* de Landecho Velasco (1967) y que este a su vez es una explicación del libro *Tratado de Derecho Penal y Criminología* de Pinatel (1963).

entre otros, a lo cual, arroja que la producción en Criminología ha sido generalista y redundante, si bien, el conocimiento en materia criminal no se limita a endógena de libros de Criminología, esta producción está dispersa, o como apunta Zaffaroni: “(...) y muchas de sus publicaciones son realmente efímeras” (Zaffaroni, 1990, p. 59). Es decir, el trabajador social hace estudios sobre violencia y sistematiza tales, pero con miras a abonar a su área, por ejemplo, Freud, este no hacía Criminología, sino Psicoanálisis, dando aportaciones a lo criminal, pero no en esencia, aportar a la Criminología.

Sobre lo anterior, con los años, se fue creando conocimiento en materia criminal derivado de otras áreas, los criminólogos (de nivel posgrado) en formación, sistematizaron brevemente dichos conocimientos y lo plasmaron en libros de Criminología, pero, ocurrió una tendencia estática, no se produjo algo innovador, no hay criminologías especializadas, y las investigaciones realizadas por los criminólogos formados en grados de licenciatura (algunos han realizado estudios de posgrado, pero sin involucramiento científico y participativo en eventos y actividades de divulgación), no han sido de lo más impactante. De hecho, del listado anterior de libros, menos de cinco autores son criminólogos de licenciatura base; es decir, han realizado estudios de Criminología dentro de temarios de Derecho penal, Psicología criminal, Criminología en posgrado, u otros niveles.

De ello ¿Cuál es la importancia de que un criminólogo de licenciatura se especialice en investigación científica? (Peters, 2006, Eskridge, 2014) ¿Qué pasaría si los libros de Medicina fuesen escritos en su mayoría o totalidad por empíricos o por biólogos, veterinarios, enfermeros o curanderos? ¿Qué valor tendría un libro de Matemáticas escrito por un psicólogo? O ¿Qué valor tendría un libro de Derecho, escrito por un pedagogo? No se demeritan sus aportaciones, pero no puede haber una miscelánea de líneas de investigación en un investigador, o hacer una aportación y luego dejarla al tiempo ¿Por qué en México no progresa la Criminología? Cabe destacar que este trabajo, no se limita a lo clásico en literatura, congresos u similares, pues que los participantes de los anteriores sean los mismos desde hace entre una a cinco décadas, enfatiza un estancamiento y no progreso.

Apunta Zaffaroni: “Es obvio que la investigación criminológica en América Latina no alcanza los niveles cualitativos ni cuantitativos de los países centrales, debido a los escasos recursos que se destinan a la misma y al limitado impulso oficial” (Zaffaroni, 1990, p. 69).

Obsérvese el siguiente cuadro comparativo de especializaciones solo de cuatro ciencias: Sociología, Derecho, Psicología y Medicina, en contraste con la Criminología mexicana.

Sociologías especializadas en	Derecho especializado en	Psicologías especializadas en	Medicina especializada en	Criminología en México (tipos)
Teatro	Civil	Trabajo	Aeroespacial	Crítica
Zoosociología	Penal	Industrial	Trabajo	
Rural	Mercantil	Colores	Familiar	
Radical	Ambiental	Militar	Urgencias	
Matemática	Electoral	Arte	Deporte	
Marxista	Deporte	Humana	Intensiva	
Fenomenológica	Médico	Animal	Interna	
Crítica	Espacial	Social	Legal	
Comparada	Aeronáutico	Ingeniería	Forense	
Aplicada	Constitucional	Salud	Preventiva	
Trabajo	Tributario	Humanitaria	Salud Pública	
Profesiones	Diplomático	Guerra	Física	
Informática	Internacional	Emergencia	Según:	
Sociometría	Municipal	Forense	Género	
Sociografía	Administrativo	Criminal	Edad	
Industria	Laboral	Clínica	Parte del cuerpo	
Desarrollo económico	Procesal	Anormal	Proceso quirúrgico	
Consumo	Romano	Educativa		
Revolución	Canónico	Infanto-juvenil		
Partido político	Público	Fisiológica		
Imperialismo	Privado	Adolescencia		
Guerra	Militar	Alcoholismo		
Suicidio	Económico	Adicciones		
Mujer	Agrario	Videojuegos		
Religión	Informático	Desarrollo		

Fuerzas armadas	Sanitario	Conductual		
Fascismo	Urbanístico	Aplicada		
Enfermedades mentales	Bancario	Emociones		
Música	Corporativo	Deporte		
Medicina	Amparo	Sexo		
Moda	Fiscal	Marketing		
Inteligencia	Sucesorio	Consumidor		
Derecho	Comercio	Experimental		
Deporte	Humanos	Pareja		
Cultura	Seguridad Social	Familiar		
Conocimiento	Parlamentario	Ambiental		
Ciencia	Demográfico			
Arte	Bioético			
Aine	Comparado			
Ciudad	Marítimo			
Educación	Indígena			
Criminal	Social			
Sexo				
Sindicato				
Lenguaje				
Familia				
Empresa				

En contraste, a través del catálogo de libros de Criminología, únicamente de Routledge. Taylor & Francis Group (2017), existen los siguientes libros, entre muchos otros más:

- *Criminología de la homosexualidad*
- *Investigación criminológica para principiantes*
- *Manual de Criminología internacional*
- *Criminologías alternativas*

- *Criminología cultural*
- *Cyber Criminología*
- *Criminología rural*
- *Criminología positiva*
- *La nueva Criminología europea*
- *Criminología líquida*
- *Criminología psiquiátrica*
- *Criminología biosocial*
- *Manual de Criminología china*
- *Criminología y guerra*
- *Criminología ambiental*
- *Criminología, raza, género*
- *Criminología, teoría y terrorismo*
- *Criminología visual*
- *Criminología verde*
- *Criminología de la guerra*
- *Mujer, crimen y Criminología*
- *Criminología existencial*
- *Criminología pública*
- *Criminología psicológica*
- *Criminología feminista*
- *Criminología trasnacional y comparativa*
- *Criminología forense*
- *Criminología epidemiológica*

La llegada de una criminología general a México

Indudable que el más comercial investigador en Criminología (a continuación de Quiroz Cuarón) de los 70's, 80's, 90's y primeras dos décadas del 2000 (50 años...), ha sido: Rodríguez Manzanera, siendo él, formador de muchos ahora ya criminólogos y criminalistas de licenciatura, maestría y doctorado, en su libro *Criminología* (Rodríguez Manzanera, 2003, pp. 59 y 60) trata de la síntesis criminológica, haciendo referencia a la Criminología Antropológica, Criminología Psicológica, Criminología Sociológica, entre otras, y destaca que en ciertos países la tendencia es

variada, en algunos biológica como en Italia y en otros sociológica como en EUA.

De lo anterior, se hace notar que en México, y varios países de Latinoamérica la tendencia es sintética-estática (no ha habido novedad editorial ni especialización). En los libros antes listados, en su mayoría (los mexicanos), enfatizan las áreas de la Criminología solo en cuatro, siguiendo a López Rey Y Arrojo:

- 1) Criminología Científica;
- 2) Criminología Aplicada;
- 3) Criminología Académica, y
- 4) Criminología Analítica.

Donde en estas, descansan todas las áreas de ejercicio criminológico, pero que extrañamente, no existe libro que lleve el título de alguna de estas anteriores, salvo algunas aproximaciones de Criminología Académica (Hikal, Pérez Tolentino y Ramos Erosa, 2016) y Criminología Analítica (Hikal, 2016, y Ordaz Hernández y Cunjama López, 2011) que se encuentran en el listado anterior de libros especializados. Es decir, solo se limita a capítulos cortos en los libros.

Adicionalmente, se ha proliferado y nuevamente estancado la tendencia de aparentemente dos tipos de Criminologías en México y Latinoamérica:

- 1) Criminología Crítica, y
- 2) Criminología Clínica

Y aún más extraño, existen autoproclamados criminólogos críticos y criminólogos clínicos, donde en la Criminología Crítica, agrupan las ramas: Sociológica, política, femenil, marginal, infanto-juvenil, derechos humanos, entre otras, pero no propiamente como criminologías especializadas. Y en la segunda, las corrientes biológicas, psicológicas, y aquellas que tengan cercanía con lo interno del ser humano. Lo alarmante que se ha de notar es que los planes de estudio de Criminología en México corresponden a la etiología de la criminalidad, pero estos criminólogos críticos, señalan a la etiología como causas meramente biológicas, por otro lado, no se ha detectado hasta hoy, alguna institución pública o privada que otorgue el grado de criminólogo crítico o clínico.

No nos referimos en este estudio a un mero hueco terminológico; es decir, no proponemos únicamente términos nuevos derivados de la Criminología General, especializados en alguna área donde hay criminalidad, sino,

estudios gruesos y específicos en la materia, pero por parte de los operadores de la Criminología; o sea, los criminólogos, ya que en México, la tendencia estática es hacer Criminología General, a pesar que la han desarrollado psicólogos, abogados, juristas, trabajadores sociales, médicos, entre otros, no han focalizado lo especializado de sus áreas de estudio a la Criminología.

¿De qué servirán en el contexto actual cientos de libros de introducción a alguna de las áreas anteriores? Merece México y su situación de violencia, la generación de conocimientos específicos.

Cifras alarmantes

Caso particular en México es, que en el único censo (Hikal, Pérez Tolentino, Romero Muñoz, y Gutiérrez Cruz, 2018) extraoficial realizado (no por la secretaria de educación federal ni de los estados en México), ha arrojado 445 escuelas que imparten la enseñanza en los tres niveles: Licenciatura, maestría y doctorado, esto, con planes de estudio de Criminología y/o Criminalística, Psicología Criminal, Seguridad Pública, Seguridad Privada, Ciencias penales, criminales, victimales, forenses, y similares terminologías, de las cuales para la primera, son más de 350, la segunda, alrededor de 50, y la tercera, menos de 10 instituciones.

Entonces, si existen tantas escuelas y hay tantos egresados ¿Por qué la Criminología no evoluciona? “En muchos de estos centros los cursos de posgraduación tienen a veces una vida limitada a algunos años (...)” (Zaffaroni, 1990, p. 59). El anterior censo no contempla las materias optativas que van en los cursos de Derecho, Psicología, Medicina, Sociología, Trabajo Social u otras, donde se da opción o es parte de los estudios terminales el área criminal, tampoco considera los posgrados en Derecho Penal, sino que se limita a los estrictamente titulados como se mencionó en los inicios de estas cifras.

Los egresados de las licenciaturas en Criminología-Criminalística han depositado todo el trabajo de investigación científica en los hoy clásicos, respectivamente en su área: Rodríguez Manzanera, Lima Malvido, Villanueva Castilleja, Montiel Sosa, García Ramírez, Moreno González, Sánchez Galindo y algunos ya fallecidos como: García Tocavén, Solís Quiroga, Carrancá Y Trujillo, Quiroz Cuarón, entre otros. Así al paso de los años no ha habido gran evolución de la ciencia, sí la proliferación de escuelas (Hikal, Pérez Tolentino, Romero Muñoz, y Gutiérrez Cruz, 2018) pero sin más investigadores académicos, solo quedando a la expectativa de lo que otros ajenos o clásicos aportaran con libros refritos unos de otros.

La criminalidad que actualmente tiene el mundo exige nuevos conocimientos que den forma a las leyes y políticas públicas para tratar y prevenir el delito,

además de reformar los sistemas académicos en las escuelas (Eskridge, 2014). De lo anterior, es la necesidad del análisis y desarrollo del presente y las Criminologías propuestas, para que se desplieguen, modifiquen y mejoren a través del ejercicio filosófico, académico y científico. “Hay una necesidad creciente de este tipo de profesionales especializados, pues las organizaciones locales, nacionales e internacionales tienen el deber de informar al público en general sobre sus actividades y políticas en relación con el crimen y la justicia criminal” (Peters, 2006, p. 88).

Otro dato que alarma es la cantidad de científicos nacionales, reconocidos así por México, en el país existe el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), creado como institución descentralizada del gobierno federal, encargada también de crear políticas de ciencia y tecnología, cuya labor es fomentar el desarrollo nacional científico y tecnológico, vinculación de la academia con las empresas, y formar recursos humanos de alto nivel (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2012). Por otro lado, se creó el Sistema Nacional de Investigadores (SNI) en 1984, como medio de reconocimiento a los investigadores dedicados a producir conocimiento científico y tecnológico, a través de un nombramiento como investigador nacional en varios niveles, así como estímulo financiero (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2014).

En México, al 2017, existen 27,186 investigadores nacionales, de los cuales, en el último listado anual publicado se identificaron solo 25 en las áreas del conocimiento criminal (Psicología Criminal, Sociopatología, Criminología, Política Criminal, Victimología, ninguno para Criminalística) (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2017), se apunta su licenciatura de origen de quienes se tiene conocimiento:

1. Dr. Luis Alejandro Astorga Almanza
2. Dr. Pablo Jesús González Reyes (sociólogo)
3. Dr. Víctor Alejandro Paya Porres (sociólogo)
4. Dra. Rebeca Elizabeth Contreras López (abogado)
5. Dr. Rogelio Barba Álvarez (abogado)
6. Dr. Juan Federico Arriola Cantero (abogado)
7. Dr. Gustavo Javier Fondevila (filósofo)
8. Dra. Guadalupe García García
9. Dr. José Ángel Méndez Rivera (abogado)
10. Dr. Jacobo Herrera Rodríguez (psicólogo)
11. Dra. Lizbeth García Montoya (abogado)

12. Dra. Martha Fabiola García Álvarez (abogado)
13. Dra. María Teresa Ambrosio Morales (abogado)
14. Dr. Erick Gómez Tagle-López (sociólogo)
15. Dr. Gerardo González Ascensio (abogado)
16. Mtro. Martín Gabriel Barrón Cruz (historiador)
17. Dr. Julio César Kala (pedagogo)
18. Dra. María De La Luz Lima Malvido (abogado)
19. Dr. Luis Rodríguez Manzanera (abogado y psicólogo)
20. Mtra. María Sierra Pacheco (abogado)
21. Dr. Eduardo Lozano Tovar (abogado)
22. Dr. José Zamora Grant (abogado)
23. Dra. Karla Villarreal Sótelo (única criminóloga de licenciatura)
24. Dra. Cynthia Marisol Vargas Orozco (única criminóloga de licenciatura)
25. Dr. Gil David Hernández Castillo (único criminólogo de licenciatura)

De los anteriores, solo tres son criminólogos de licenciatura base, con posgrado en otras áreas del conocimiento, el resto, abogados, pedagogos, un historiador, psicólogos, sociólogos, entre otros. El resultado que llama la atención es que aunque las ciencias son interdisciplinarias, la tendencia es que generen sus propios investigadores, su conocimiento; es decir, no del todo conocimiento en la circunferencia, sino desde el interior.

Otros dos datos que alarman son, solo existe una institución reconocida por CONACYT como centro público de generación de conocimiento en la materia criminal: Instituto Nacional de Ciencias Penales (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2012), y en el área de posgrados: Solo un doctorado: Doctorado en Criminología (Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014), está avalado por este mismo, mientras que solo dos maestrías: Maestría en Criminología y Ciencias Forenses de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, y Maestría en Medicina Forense de la Universidad Veracruzana, están en misma situación (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2017), a través del Programa Nacional de Posgrados en Calidad (PNPC). Este reconocimiento implica estándares de calidad por parte de las instituciones que las postulan, como profesores de tiempo completo dedicados a la docencia e investigación, con perfil de mejora continua en la metodología de la enseñanza y generación de conocimientos, entre otras características. Lo que podría ser normal para otros países.

En comparación con otras áreas del conocimiento, como Física, Ingenierías, Medicina, Derecho, Educación, Psicología, y otras, son mucho más

abundantes. Por el lado de los investigadores nacionales, es la misma situación, el resto de más de 20000 son de otras áreas, y 1% a lo criminal.

Evolución hacia la especialización de la criminología

A la Criminología General en México, se le atribuyen los objetos-sujetos de: Personalidad antisocial, víctima, control social, desarrollo científico, Pedagogía, criminogénesis, criminodinámica, etiología biopsicosocial del criminal y la víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente y la víctima. Y en sí, la mayoría de los conceptos (por muy sintético que sea) suelen ser de amplia visión, se desconoce en qué momento se introdujo como parte del sujeto de estudio de la Criminología, a la Victimología “General” y las víctimas “generales”, de las cuales, si se ha especificado en momentos que víctimas del delito, pero, se deja amplio a víctimas de desastres naturales, enfermedades, y otros tipos.

El criminólogo mexicano no puede continuar siendo un profesional sin conocimiento especializados como hasta la fecha ocurre (de cualquier nivel: Pregrado o posgrado), por muy capacitado que se esté o por buenas calificaciones que cargue en su currículo de materias, difícilmente se puede desempeñar una sola persona en múltiples áreas; es decir, aplicar la Criminología Clínica, la seguridad privada, la pública, en los fenómenos de adicciones, violencia familiar, juventud, entre otras, tampoco ser criminalista en varias ramas (dado que en México, en los planes de estudio de la licenciatura, se abordan ambas carreras). Considerando que ya de por sí es lamentable el bajo nivel profesional que presentan algunos criminólogos, incapaces de sustentar teorías frente a otros profesionales.

Caso contrario en el profesional del Derecho, el egresado de esta carrera, no se ocupa en el ejercicio laboral de todas las áreas, por ejemplo: jurista penalista, ambientalista, fiscalista, mercantilista, laboral, militar, aduanero, electoral, constitucionalista, familiar, entre otros, sino que cada uno se va especializando en el área de interés. La Medicina, no hay médicos generalizados en todo; es decir, no se ejerce la Ginecología, Pediatría, Cardiología, Urología, Patología, entre tantas áreas, que implican concentrarse en una. Y finalmente, tampoco hay psicólogos de acción múltiple en el área educativa, social, laboral, infantil, psicoanalítica, conductual, entre otros. De existir así, sería un “súper profesional” (comúnmente aquellos que llevan largos años en el estudio y de edad avanzada; por ejemplo: Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

¿Se requiere comenzar por una filosofía criminológica y epistemología criminológica?

La Filosofía proporciona los cimientos lógicos de la ciencia, o las ideas referentes a las maneras en que podemos adquirir conocimiento, todo progreso requiere un proceso filosófico. La Filosofía de la ciencia se refiere al examen filosófico de la ciencia; es decir, de sus problemas, métodos, técnicas, estructura lógica, resultados generales, etcétera y también si la ciencia es capaz de revelar la verdad, a esto también se le puede llamar como examen epistemológico; es decir, cuestionar hasta sus últimas consecuencias el conocimiento a fin de hallar su origen y realidad (Gutiérrez Sáenz, 2002).

La Filosofía Criminológica (término acuñado en México, por primera vez por Agustín Salgado García) es la parte de la Filosofía General que se refiere al proceso de pensar en todo lo relacionado con la Criminología, acumula todo el conocimiento útil para el entendimiento del fenómeno antisocial, su metodología, cuerpo de conocimientos, teorías, pensamientos, es un acumulamiento que nunca termina.

Esta (conceptualización ideal) Filosofía se ha realizado desde hace siglos, está ligada con las ideas por entender a la conducta antisocial. En la actualidad se hace con intención de encontrar nuevas formas de tratamiento a los fenómenos antisociales, así como el de aplicar los conocimientos de otras ciencias a la Criminología; y claro, el análisis de la propia Criminología para mejorarla y comprenderla más.

Una Filosofía de la Criminología, no solo nos aportará los cimientos lógicos que requiere una ciencia para ser llamada así; o los conceptos que deben de ser analizados. Una Filosofía Criminológica, dará principalmente fundamento a la existencia de la Criminología, es decir, nos otorgará el *porqué* de la Criminología. Para ello, dentro de la Filosofía hay tres ramas principales que deberán ser de prioridad para la Criminología: Ontología, Epistemología y Deontología.

La primera es el estudio del *ser*, de lo que hay, de lo existente, de lo material y lo inmaterial. Dentro de lo inmaterial, podemos encuadrar a las «ideas», el mundo gnoseológico. Ontología de la Criminología, nos puede brindar el *porqué* de la Criminología como ciencia. El primer vestigio existencial, lo podemos encontrar en la Teoría de las Ideas de Platón, con la idea de «mal». Aunque sería necesario un estudio más profundo y abundante, podemos decir que la Criminología existe, porque el «mal» existe, sea cual sea la cultura, el país o la religión, siempre existe una idea de «mal», que busca ser prevenida y castigada. Así el «mal» nos da un objeto de estudio y a su vez le da fundamento existencial a la Criminología.

La Epistemología por su parte, es la forma en cómo conocemos lo que existe. En Ontología existe el Mundo de lo Sensible y el Mundo de lo Inteligible, y la Epistemología es la que nos da las herramientas para poder conocer estos dos mundos; en el Mundo Sensible están las sombras, son cosas que no vemos directamente (como bien lo explica Platón en el famoso «Mito de la caverna») la manera en cómo conocemos o representamos a estas sombras es a través de la imaginación, en este mismo mundo están los objetos sensibles, aquello que vemos, la forma en cómo conocemos estos objetos sensibles es por medio de la creencia. En el mundo de lo Inteligible se encuentran los números, los cuales conocemos a través de la razón discursiva, estos son un conocimiento superior al sensorial. Pero no son un objeto totalmente independiente al Mundo de lo Sensible. Y por último encontramos a las ideas y accedemos a ellas gracias a la inteligencia. Con lo anterior damos cuenta de que a la idea de «mal» llegamos a través de la inteligencia, pero aún más importante es acceder a la idea de «bien», de «justicia», entre otras: Pues son ideas tan necesarias como fundamentales para la existencia de la Criminología y su posterior objeto de estudio.

Las ideas de «bien» y «mal», no solo darán razón de ser y objeto de estudio a la Criminología, sino también establecerán las pautas normativas-éticas al criminólogo. La Deontología es la rama de la Filosofía que se encarga del *deber-ser*. Las normas éticas deberán ser creadas a partir de las ideas que antes vimos y para ello es necesaria la razón, por tal motivo, la Deontología se presenta como una conjunción entre Ontología y Deontología. El criminólogo debe estar consciente que en su profesión se requiere una conducta ética (como en todas las demás ciencias, no empecemos con el juego de la omnipotencia). Pero establecer dicha conducta implica conocernos como profesionales y conocer nuestra profesión. Sigue siendo común que le preguntes a un estudiante para qué sirve la Criminología y le contesten a uno una sarta de incoherencias que sólo conducen al emisor de la pregunta a más confusión. La Deontología se nos presenta como una rama de la Filosofía esencial en la Criminología y que el criminólogo debe desarrollar para poder implementarse adecuadamente en los planes de estudio y no solamente andar pululando que *son* criminólogos, porque para tal afirmación se debe estar plenamente consciente de que la Criminología, aparte de todo, es una ciencia que se conduce por el camino de la ética, después entonces, el criminólogo es un *ente* ético.

Las criminologías especializadas

Las **criminologías específicas o especializadas** están compuestas por el cuerpo de conocimientos cultivados en algún área “específica” de la criminalidad, pretende trascender de la generalidad y amontonamiento de objetos-sujetos de estudio de una sola Criminología General (y sus operadores) y busca la creación de monografías sobre temas de interés, pero también incluyendo el qué hacer del criminólogo en esa área especializada, a fin de crecer académicamente y superar la teoría del caos criminológico. No se trata de creaciones impulsivas y sin orden, sino bajo un régimen analítico y progresista. A todo esto, se le ha de nombrar como la: “Escuela de la NeoCriminología” o “Escuela de la Criminología Contemporánea” (Hikal, 2015, p. 151).

Logrado lo anterior, podrá tratarse de una **Criminología Sistemática** y no la común Criminología General, que, en realidad, es el producto derivado y sintetizado de muchas otras ciencias más. Si bien, es claro, que muchas profesiones y ciencias o disciplinas nacen de la síntesis de otras, hay algunas que tienen la capacidad de independizarse y comenzar a crear conocimientos propios y cimientos que dan lugar a algo innovador, así ha ocurrido con otras y tal vez ese sería el triunfo de la Filosofía: Crear más conocimiento, aplicable y comprobable, además de creciente.

Todo ello, corresponde a una nueva serie de neocriminólogos que den nacimiento a la especialización y las áreas por aplicar el ejercicio profesional. A continuación, se listan y definen algunas de las Criminologías que pudieran desarrollarse en diversas regiones de nuestro continente. “Una característica esencial de la Criminología, como entidad académica de actividades científicas, es la combinación e integración de las perspectivas y enfoques normativos, socio-empíricos y ético” (Peters, 2006, p. 86).

Avances en el desarrollo de las criminologías específicas

En este trabajo vamos a encuadrar los avances en la materia a los siguientes aspectos: Terminologías y conceptualizaciones; la publicación de libros y artículos específicos, los planes de estudio que incluyen a las criminologías específicas, las revistas especializadas, y finalmente, los premios otorgados a la investigación científica.

“En general, puede decirse que, pese a todas las dificultades, el interés por la investigación criminológica es creciente” (Zaffaroni, 1990, p. 69).

a) Términos y conceptos

Son tres autores en México, los que han desarrollado a las criminologías específicas de modo más evidente, en orden cronológico:

- 1) Reyes Calderón (2004);
- 2) Hikal (2009), y
- 3) Gómez Tagle (2014).

El renacimiento de las criminologías específicas en México, surge en 2004 con la escritura del texto inicialmente titulado “Criminología” de Hikal, registrado ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor, en 2005, y publicado por primera vez en 2009 bajo el título de *Introducción al estudio de la Criminología* (Hikal, 2009) con sello de editorial Porrúa, tomadas de referencia de los libros de algunos clásicos como Zaffaroni (2013), “Criminología conductual”, “Criminología biológica”, “Criminología psicoanalítica”, entre otros términos derivados del socialismo; Tieghi (1974, 2004), “Criminología experimental”, “Criminología biológica”, “Reflexología criminal”, entre otros; Nicéforo, “Criminología biológica”, “Criminología psicológica”, entre otros; Von Hentig; Drapkin (1984), con “Criminología de la Violencia”, en México, Tocavén García (1991), con su libro *Elementos de Criminología Infanto-Juvenil*, entre otros, esto en cuanto a las primeras terminologías tomadas, pero el desarrollo conceptual se derivó de adaptaciones de las Psicologías especializadas y Derechos especializados.

En los siguientes listados se presentarán los términos más popularizados de criminologías específicas en el contexto mexicano y otras regiones (conocidas en México también), organizados y desarrollados por los tres autores antes mencionados, adicionalmente, se procurará mencionar otros autores y años que hayan trabajado el término en obras, artículos u otros medios de divulgación institucionales.

Posteriormente, se detectaron en la obra *Criminología* de Reyes Calderón (2001) diversos términos y conceptos que fueron introducidas en el *Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal* (Hikal, 2015) y *Libro negro de la enseñanza de la Criminología en México* (Hikal, Pérez Tolentino y Ramos Erosa, 2016). Estas, sistematizadas por Reyes Calderón (2004), han sido:

- 1) Criminología de la paz
- 2) Criminología de la reacción social (Aniyar De Castro, 1977)
- 3) Criminología etiológica (Hikal y Tieghi, 2016; Hikal, 2016; Hikal, 2015; Elbert, 2012; Palacios Pámanes, 2012; Hikal, 2011)

- 4) Criminología étnica (Hikal, 2017; Vaca-Cortés, 2015; Gómez Tagle, 2014 y 2011)
- 5) Criminología radical (Arrue Hernández, 2017; Elbert, 2012; Zaffaroni, 2012)
- 6) Criminología social (Bunge, 2009;⁶ Birkbeck y Martínez Rincones, 1992; Torres, 1988; Zambrano Pasquel, 1986; Fontán Balestra, 1943; Teja Zambre, 1941, Riera Encinoza, s.f.)
- 7) Criminología socialista (García Quimiz, Orlando Perdomo, Briones Fernández, y Ponce Pincay, 2017; González Mongui, 2013; Sued, 2004; Martínez, 1997; López Vergara, 1991; Marcó, Del, Pont, 1986; Aparicio, 1985; Riera Encinoza y Olmo, 1985)
- 8) Criminología sociológica (Hikal, 2016)
- 9) Criminología unitaria.

Del 2009 al 2017, Hikal, derivó algunas terminologías y conceptos, de principalmente:

- 1) Criminología biológica (Torres, 1988)
- 2) Criminología comparada
- 3) Criminología conductual (Reflexología Criminal) (Tieghi, 1974)
- 4) Criminología de consejería social⁷
- 5) Criminología de la personalidad
- 6) Criminología del arte
- 7) Criminología de la salud
- 8) Criminología de las conductas adictivas
- 9) Criminología del desarrollo
- 10) Criminología demográfica
- 11) Criminología educativa
- 12) Criminología etiológica-multifactorial
- 13) Criminología espacial
- 14) Criminalística espacial (y Astronomía Forense, acuñada por Julio César García Luna)
- 15) Criminología femenil
- 16) Criminología infanto-juvenil
- 17) Criminología informática
- 18) Criminología forense

⁶ El libro fue publicado en España, pero se considera por ser el autor de Argentina.

⁷ En 2016 se publica el libro *Mediación comunitaria y prevención del delito*, de Márquez Algara, María Guadalupe, en Editorial Porrúa.

- 19) Criminología jurídica penal
- 20) Criminología laboral
- 21) Criminología psiquiátrica
- 22) Criminología transcultural
- 23) Criminología victimal
- 24) Criminología transcultural
- 25) Criminología del deporte
- 26) Criminología penitenciaria
- 27) Criminología de los derechos humanos (Aniyar De Castro, 2010)
- 28) Criminología vial (trabajada por Jose Maria Gonzalez Gonzalez y Juan Antonio Carrerar Espallardo)

En 2014, Gómez Tagle coordina y publica el libro *Criminologías Especializadas*, con introducción sobre estas áreas del conocimiento y diversas revisiones teóricas y casos de campo encuadradas en varias especializaciones, de las cuales, se destacan las siguientes terminologías sin concepto.

- 1) Criminología ambiental
- 2) Criminología del deporte
- 3) Criminología del fenómeno policial
- 4) Criminología familiar
- 5) Criminología policial
- 6) Criminología corporativa
- 7) Criminología de género
- 8) Criminología de la discapacidad
- 9) Criminología de la música
- 10) Criminología de la policía
- 11) Criminología de la prevención
- 12) Criminología de la seguridad nacional
- 13) Criminología de las emociones
- 14) Criminología de las nuevas tecnologías
- 15) Criminología de las protestas sociales
- 16) Criminología de las víctimas
- 17) Criminología de los derechos humanos

- 18) Criminología del control social
- 19) Criminología étnica
- 20) Criminología práctica municipal

b) Publicación de libros y artículos

En orden cronológico, a continuación, se mencionan las obras que se han publicado en la materia, en México y/o accesibles de adquisición, con fines de generar conocimiento especializado:

- Hikal (2009), *Introducción al estudio de la Criminología y a su Metodología. La necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico (donde se sistematizan por primera vez las criminologías específicas)*, ISBN: 9786070901577
- _____ (2009), *Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo*, ISBN: 9786077799078
- _____ (2010), *Criminología, Derechos Humanos y Garantías Individuales*, ISBN: 9786070905131
- _____ (2011), *Introducción al estudio de la Criminología*, ISBN: 9786070906626
- _____ (2011, 2015), *Criminología etiológica-multifactorial*, ISBN: 9786077799658
- _____ (2011, 2013, 2016), *Criminología psicológica*, ISBN: 9786070907876
- Ordaz Hernández y Cunjama López (2011), *Criminología Reflexiva*, ISBN: 9786078127085
- Vozmediano Sanz y Guillen (2011), *Criminología Ambiental*, ISBN: 9788497888745
- Echeverría Solano (2012), *Criminología de Campo*, ISBN: 97860717110932
- Hikal (2013), *Criminología de los derechos humanos*, ISBN: 9786070914164
- Ferro Veiga (2014), *Criminología Cromática*, ISBN: 1230000276501
- Lima Malvido (2014), *Criminalidad Femenina*, ISBN: 9789700713502
- Rodríguez Manzanera (2014), *Criminalidad de Menores*, ISBN: 9789700712000
- _____ (2014), *Libro blanco de la enseñanza de la Criminología en México*, ISBN: 97860778829404116
- Hikal (2016), *Guía para la redacción de tesis y otros trabajos de investigación para estudiantes de Criminología-Criminalística*, ISBN: 9786070923739

- _____ Pérez Tolentino y Ramos Erosa (2016), *Libro negro de la enseñanza de la Criminología en México*, ISBN: 978607610421
- Rodríguez Manzanera (2016), *Clásicos de la Criminología*, ISBN: 9786070922619
- Rodríguez Manzanera (2016), *Criminología Clínica*⁸, ISBN: 9786070907975
- Weor (2017), *Nociones fundamentales de Endocrinología y Criminología*, ISBN: 9785892132961
- Palacios Pámanes (2017), *Criminología Clínica Contemporánea*, ISBN: 9786070926037

En Panamá, entre 2016 y 2017, Hikal publica:

- *Criminología sociológica*, ISBN: 9789962710530
- *Criminología del desarrollo*, ISBN: 9789962710714

Libros coordinados:

- Gómez Tagle (2014) (coordinador) *Criminologías Especializadas*, donde reúne a diversos profesionales, abogados y criminólogos de licenciatura como autores en capítulos en libro, ISBN: 9786077708070
- Entre 2016 y 2017, en México, Hikal dirige y coordina junto con otros profesionales, en su mayoría criminólogos de licenciatura, abogados, sociólogo, psicólogo, la Colección de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal, se hizo hincapié en que la mayoría de los coordinadores fuesen criminólogo y/o criminalistas de licenciatura, dado que este profesional tiene poca presencia como líder en las autorías de libros, artículos y en congresos.

Con los títulos:

- 1) Hikal (dir.) y Servera Rodríguez (coord.), *Criminología Científica*, ISBN: 9786076103746
- 2) _____ y Tieghi (coord.), *Criminología Clínica y Criminología etiológica multifactorial*, ISBN: 9786076103739
- 3) _____ *Criminología Conductual*, ISBN: 9786076104019
- 4) _____ *Criminología Biológica*, ISBN: 9786076104194
- 5) _____ y Herrera Rodríguez (coord.), *Criminología Experimental*, ISBN: 9786076103975

⁸ Se ha detectado plagio de: *Apuntes de clínica criminológica* de Landecho Velasco (1967) y que este a su vez es una explicación del libro *Tratado de Derecho Penal y Criminología* de Pinatel (1963).

- 6) _____ *Criminología de la Personalidad Antisocial*, ISBN: 9786076103999
- 7) _____ y García Álvarez (coord.), *Criminología Femenil*, ISBN: 9786076103982
- 8) _____ y Mercado-Justiniano (coord.), *Criminología Infanto-Juvenil*, ISBN: 9786076104002
- 9) _____ y Ramos Erosa (coord.), *Criminología Mediática*, ISBN: 9786076104026
- 10) _____ y Romero Muñoz (coord.), *Criminología Penitenciaria*, ISBN: 9786076103913
- 11) _____ *Criminología Preventiva*, ISBN: 9786076103937
- 12) _____ y Pérez Vaquero (coord.), *Tópicos selectos de criminalidad contemporánea*, ISBN: 9786076103906
- 13) _____ y García Mercader (coord.), *Victimología Criminal*, ISBN: 9786076103852
- 14) _____ y Hernández Fernández (coord.), *Criminología Sociológica*, ISBN: 9786076104057
- 15) _____ *Criminología de la seguridad*, ISBN: 9786076104064
- 16) _____ y Pérez Tolentino, *Criminología de la violencia*, ISBN: 9786076104163
- 17) _____, *Derecho Penal*, ISBN: 9786076103784
- 18) _____ y Romero Muñoz, *Criminologías Especializadas*, ISBN: 9786077708070
- 19) _____ y Calixto Contreras (coord.), *Criminología Educativa*, ISBN: 786076104033

Artículos

Algunas contribuciones vía artículo (limitándonos al contexto mexicano) se han realizado por pocos autores, a saber, de los detectados:

- Fernández Reyes, Á.A. (2005). Criminología del Cine. Las causas del crimen en el cine mexicano de la “época de oro”. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, 9(21). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31602106>
- Hikal, W. (2009). Criminología del desarrollo: el estudio de la personalidad. *Revista Ciencia UANL*, Universidad Autónoma de Nuevo León, 12(2). Recuperado de http://www.cienciauanl.uanl.mx/12-2/ciencia_sociedad.pdf
- Hikal, W. (2010). Criminología sociológica. *Derecho y cambio social*, 28(9). Recuperado de http://www.derechocambiosocial.com/revista028/criminolog%C3%ADa_sociol%C3%B3gica.pdf

- Gómez Tagle López, E. y Juárez Ríos, E. (2014). Criminología sexual. *Revista IUS*, 8(34). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-2147201400020000
- Hikal, W. (2011). Criminología Espacial. Las conductas antisociales y delincuenciales fuera de la Tierra. *Criminología y justicia*. Recuperado de <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/component/k2/item/1766-criminolog%C3%ADa-espacial-las-conductas-antisociales-y-delincuenciales-fuera-de-la-tierra>
- Hikal, W. (2014). Criminología de los Derechos Humanos. La violación de los DD.HH. como factor criminógeno. *Tema's. Revista Digital de Criminología y Seguridad*, 5(36). Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0B5KnciAQemFKQnZFekQwTnF1M2M/view?pref=2&pli=1>
- Carrera Palao, R.E. (2017). Criminología biológica: Una mirada desde la genética forense. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. 8. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/0B_cni943DKuqQ2JiRUo3LWNITVvk/view
- Ríos Patio, G. (2016). Criminología de los Derechos Humanos. Desiderata para la prevención y control de la criminalidad. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. 7. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/0B_cni943DKuqQjRQbkFMRmJZWjA/view
- Van Oordt, L.Z. (2016). Criminología Laboral. Tópicos inherentes y vinculados de la Criminología en el ámbito laboral. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. 7. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/0B_cni943DKuqZmNSb3cyRVl2S2c/view

Cabe aclarar que los últimos tres artículos fueron escritos por peruanos, pero publicados en México. Por otro lado, al parecer, la redacción de artículos con título de alguna criminología específica no es de interés o importancia para los escritores.

En la revista digital *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, el volumen IX agosto-diciembre (2017) se ha intentado sistematizar una serie de artículos con aproximaciones a las criminologías específicas: Criminología de los Derechos Humanos, Familiar, Informática, Geográfica, Penal, Penitenciaria, Filosofía Criminal, Psicológica, Victimal. Recuperado de http://somecrimnl.es.tl/IX-agosto_diciembre-2017.htm

Se ubicaron diversos artículos en otros países latinoamericanos, como Criminología del Arte, Femenil, de los Derechos Humanos, Sexual, entre otras.

c) Plan de estudios y cursos

En los planes de estudio de las licenciaturas, maestría y doctorados (Hikal, Pérez Tolentino, Romero Muñoz, y Gutiérrez Cruz, 2018), las únicas criminologías específicas que se vislumbran son: Criminología Crítica, Criminología Clínica, la malla curricular de materias se compone por las ramas especializadas de otras áreas del conocimiento, a saber: Psicología Criminal, Sociología Criminal, Estadística Criminal, Criminología y Derechos Humanos, Antropología Criminal, Derecho Penal, Constitucional, entre otros, Política Criminal, Tratamiento penitenciario, Victimología, entre otros.

En 2014, la criminóloga de licenciatura, Yadira Calixto Contreras, como en aquel entonces, coordinadora de licenciatura en Criminología, en el Instituto Superior Universitario México, en el Estado de México, logró el primer plan de estudios con materias especializadas: Criminología Biológica, de los Derechos Humanos, Psicológica, Social, Infanto-Juvenil y Femenil, Informática, Comparada, y un área de especialidad en la Victimología: Victimología Criminal.

Ilustración 1. Licenciatura en Criminología y Criminalística. Instituto Superior Universitario México.

DIPLOMADO
EN APLICACIONES LABORALES DE
CRIMINOLOGIA
EN EL CONTEXTO ACTUAL

IECI
INSTITUTO DE ESPECIALISTAS
PARA LA CAPACITACIÓN
E INVESTIGACIÓN INTEGRAL

DIPLOMADO
Profesionales, académicos y estudiantes de la criminología o ciencias criminológicas, afines como los psicólogos y el derecho, así como personal operativo y administrativo de las instituciones relacionadas con la seguridad ciudadana.

INICIO
18 de OCTUBRE 2014

OCTUBRE 18	NOVIEMBRE 22	2014
DICIEMBRE 6	ENERO 10	2015
ENERO 24	FEBRERO 7	2015
MARZO 13	ABRIL 11	2015

Módulo 1.- La necesidad de especializar a la criminología: las criminologías específicas.

Módulo 2.- Criminología en el servicio público, su intervención en las etapas de las políticas criminológicas.

Módulo 3.- Criminología en el sector privado, espacios para el desarrollo profesional.

Módulo 4.- Estrategias para aprender en criminología.

ALCANCES DE APRENDIZAJE

- Obtener conocimientos y/o identificación de alcances de la criminología a vida profesional.
- Reconocimiento de las diversas especialidades de la criminología, los espacios de intervención y aplicación de cada una de las criminologías específicas.
- Reconocimiento del campo de intervención de la criminología en el ámbito público y en las políticas criminológicas: en la prevención, la persecución, la sanción del delito y la rehabilitación social del delincuente.
- Analizar los espacios, dentro de la iniciativa privada, donde pueden desarrollarse actividades criminológicas.
- Promover estrategias concretas y útiles que den a los participantes herramientas implementables respecto de su actividad como profesionales de la criminología.

DURACIÓN:
120 horas académicas,
4 módulos de 30 horas.

ACREDITACIÓN:
El diploma cuenta con valor curricular avalado ante la Secretaría de Trabajo y Previsión Social (STPS).

MODALIDAD:
Presencial

LUGAR SEDE:
Calle Juan Escutón No. 211

INFORMES E INSCRIPCIONES: Mtra. Ana Cecilia Martín Gómez Cel. 449-911-67-21
facebook: Ana Martín.

Algunos otros avances, han sido, en 2014, el Diplomado en aplicaciones laborales de la Criminología en el contexto actual donde en el primer módulo, se comienza con el tema: La necesidad de especializar a la criminología: las criminologías específicas. Organizado en Aguascalientes, por el Instituto de Especialistas para la Capacitación e Investigación Integral.

Ilustración 1. Diplomado en Criminología. Instituto de Especialistas para la Capacitación e Investigación Integral.

En 2015, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Casa de la Cultura Jurídica de Obregón, Sonora, se impartieron las Jornadas de Criminologías Específicas.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Jornadas de Criminologías Específicas

Martes 11 de Noviembre

Hora: 11:00 a 13:00 hrs.	Hora: 17:00 a 19:00 hrs.
Tema: "Erradicación de la tortura, asignatura pendiente"	Tema: "El Papel del analista delictivo en el diseño de la política criminal y las políticas públicas de Seguridad"
Disertante: Lic. Sanae Mercedes Hinojosa Taomori Coordinadora de la Carrera de Criminología de la Universidad Veracruz	Disertante: Lic. Jesús Rivera Ferman Profesor de Asignatura en el ITESO

Miércoles 12 de Noviembre

Hora: 11:00 a 13:00 hrs.	Hora: 17:00 a 19:00 hrs.
Tema: "Prevención Social de la Violencia"	Tema: "Diversas aplicaciones de la Criminología en las Políticas Criminales"
Disertante: Mtro. Aurelio Coronado Mares Director del Instituto Ciencia Aplicada	Disertante: Lic. Rogelio Romero Muñoz Catedrático de la Universidad Cuautimoc Aguascalientes

Sede: Auditorio de la Casa de la Cultura Jurídica
Informes: Cajeme No. 130 pte. Esquina con Colima
Col. Zona Norte

Teléfono: 415 3911 y 415 6130 ext. 8604
Correo: cjobregonevento@mail.scjn.gob.mx

Evento sin costo
Presencia Inscriptiva
Conspaña con valor curricular

CASA DE LA CULTURA JURÍDICA
OBREGÓN

Ilustración 2. Jornadas de Criminologías Específicas. Suprema Corte de Justicia de la Nación.



Ilustración 3. Diplomado Internacional en Criminologías Específicas. Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León y la Federación Mexicana de Criminología y Criminalística.

En 2018, entre la Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León y la Federación Mexicana de Criminología y Criminalística, lanzan el primer Diplomado Internacional en Criminologías Específicas, dividido en los siguientes bloques: Criminología etiológica multifactorial, Criminología de los fenómenos sociales, Criminología preventiva, Criminología forense, Criminología corporativa, Criminología psicológica, Criminología educativa, Criminología de los derechos humanos, Criminología infanto juvenil, Criminología del terrorismo, Criminología ambiental, entre otras.

d) Revistas especializadas

Otro aspecto son las revistas: ¿Cuántas revistas especializadas en México existen al respecto sobre Criminología, Criminalística, Victimología y demás? Lo más complejo de las revistas —no en sí la carencia de revistas— es que los criminólogos-criminalistas pobremente publican en estas, en el peor de los casos (que es lo más común) ni siquiera las conocen en las escuelas de licenciatura sino hasta tiempo después, los profesores no invitan al alumno a consultar los artículos de primera mano que se publican en las revistas, por ello, encontrar “casos” actuales y de momento, resulta un poco complicado. Pareciera que los criminólogos-criminalistas no saben-no quieren-no desean escribir, y esperan que un jurista-criminólogo, psicólogo-criminólogo u otros les hagan los escritos. Y qué decir sobre la indización de estas... Es un tema más escabroso.

De las revistas mexicanas que se pueden adquirir en México ya sea vía digital o en librerías, especializadas, no en las criminologías específicas, sino en materia criminal, penal, forense y victimal, están las siguientes, limitándose

solo a aquellas que son de adquiribles y populares, así como con ISSN, descartando aquellas internas en las escuelas u organismos no gubernamentales que se limitan a grupos regionales en una localidad, no tienen o muy difícilmente, impacto nacional. Tampoco se mencionarán las revistas de Derecho General o Penal, u otros, Psicología, Sociología, etcétera, que aborden temas de violencia-criminalidad, a lo cual “en una misma revista es posible encontrar –a veces en el mismo número y a continuación- textos de las más dispares tendencias” (Zaffaroni, 1990, p. 69):

1. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, ISSN 2007-2023
2. *Criminalia*, ISSN 1870-6509
3. *Criminogénesis. Revista especializada en Criminología y Derecho Penal* de Grupo Criminogénesis, ISSN 1870-9524
4. *Iter Criminis* ISSN 1665-1464
5. *Ciencia Forense*, ISSN 2007-2708
6. *Sistema Penal*, ISSN 1870-9605
7. *Visión Criminológica-Criminalística*, ISSN 2007-5804

En 2014 se registró a nombre de Wael Sarwat Hikal Carreón, el título de *Revista Mexicana de Criminologías Específicas*, con reserva al uso exclusivo núm. 04-2014-08410530800-203, pero no se logró consolidar, no existiendo algún número publicado aún.

Señala nuevamente Zaffaroni:

En cuanto a revistas, prácticamente no hay en la región ninguna revista de derecho penal que no incluya también temas o secciones criminológicas. Como lo hemos advertido, muchas de nuestras revistas son de vida efímera (Zaffaroni, 1990, p. 69). (...) no se dedican exclusivamente a temas criminológicos, pero abren sus páginas a las más diversas tendencias (Zaffaroni, 1990, p. 69).

En aquellas revistas mencionadas, ninguna publica por entero al tema de criminologías especializadas, pero si hay algunos volúmenes donde existe uno que otro artículo al tema, por ejemplo, introducción a las criminologías específicas, Criminología Ambiental, Sexual, Sociológica, Informática, Biológica, Psicológica, entre otras. A comparación con el listado de revistas especializadas en Criminología/justicia criminal que publica la Sociedad Americana de Criminología (2006), donde mínimamente figuran alrededor de 100 revistas, la situación en México se limita a solo 7 revistas conocidas.

De tales, en cuanto al tema de indizaciones, algunas tienen alrededor de uno a diez índices, solo la primera (*Archivos de Criminología*), tiene alrededor de 60 índices, directores y bases de datos, pero no alcanza indicadores de impacto de citas, como Scopus, Psycinfo, Thomson Reuters, Scielo, Índice de Revistas Mexicanas de Divulgación Científica y Tecnológica, entre otros.

e) Premios otorgados a la investigación científica

En México, se han entregado diversas premiaciones, nuevamente, basado solo en las más públicas, se concentran en tres organismos: Sociedad Mexicana de Criminología, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León.

La primera institución:

(...) otorga, una vez al año, la Medalla al Mérito Criminológico que lleva el nombre del Presidente fundador, Dr. Alfonso Quiroz Cuarón. Esta presea es el máximo reconocimiento en la materia que se concede en nuestro país, y está reservada a un(a) científico de nacionalidad mexicana que se haya distinguido por su quehacer criminológico, en la cátedra, en el campo laboral y en su obra escrita (Sociedad Mexicana de Criminología, s.f.).

Desde 1982 al 2015, se ha entregado a los hoy clásicos de la materia criminal en México, así como a divulgadores de conocimiento, por otro lado, cabe destacar, que solo una criminóloga de licenciatura ha recibido en todos esos años, tal presea.

La segunda institución, otorga dos distinciones: Doctorado por causa de honor, y distinciones al mérito académico, hasta ahora lo han recibido diversos hoy clásicos nacionales y extranjeros, vivos y difuntos, pero no se tiene dato de algún criminólogo de licenciatura. Para lo cual los candidatos deben contar con “los méritos académicos o profesionales suficientes con los que hayan contribuido de manera sistemática, sobresaliente y continuada al desarrollo, modernización, innovación y divulgación de las Ciencias Penales” (Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010).

Y la última, en 2012, previa consulta y aprobación de los autores que permitieron su nombre para ser plasmados en medallas y premios, se crearon las medallas al mérito criminológico: Osvaldo Tieghi, Raúl Zaffaroni, José Adolfo Reyes Calderón y Carlos Elbert, habiéndose otorgado en los años 2012 y 2014, por mérito a investigaciones derivadas de las bases teóricas de los anteriores autores (Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, 2012).

Conclusiones

En el presente escrito se expusieron algunas áreas de especialidad en la Criminología, que si bien existen en otros países (por ejemplo, tomado del catálogo de Criminología de Routledge de EUA, existen: Criminologías Alternativas, Criminología de la Homosexualidad, Criminología Cultural, Criminología Cibernética, Criminología Rural, Criminología Informática, Criminología Líquida, entre muchas más), en México, parece que solo existen dos tipos de Criminología cuya rivalidad las mantiene separadas: La Criminología Crítica y la Criminología Clínica, se ha olvidado que son parte de una sola Criminología, al igual que las antes mencionadas y conceptualizadas, con la propuesta de que otros autores desarrollen más y así, generar un cúmulo de conocimientos que brinde herramientas al operador en materia criminal, para atender mejor el fenómeno criminal. Si bien la Criminología ha crecido desapareja; es decir, hay más escuelas de licenciatura (en México), más posgrados, más libros (la mayoría de meras nociones y reconstrucciones de los clásicos), las revistas son escasas, muy poco se produce en México sobre Criminología, siendo este país, productor de licenciado en Criminología y Criminalística, además de los altos niveles de violencia, lo que desde nuestro punto de vista, al no tener un conocimiento sólido, repercute en las áreas de inserción laboral de este profesional, así como los resultados a nivel social que de este se esperan.

Bibliografía

- Academia.edu (s.f.). Curriculum Vitae. Recuperado de <http://azcuam.academia.edu/gerardogonzalez/CurriculumVitae>
- Aniyar De Castro, L. (1977). *Criminología de la reacción social*. Venezuela: Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia.
- Aparicio, J.E. (1985). *Criminología--proceso y ejecución penal, libertad condicional y patronato de liberados*. Argentina: Editorial Dimas.
- Arrue Hernández, M.I. (2017). *Vamos topando. Autodefensas Michoacán*. EUA: Palibrio.
- Bergalli, R. y Rivera Beiras, I. (coords.) (2008). *Poder académico y educación legal*. España: Anthropos.
- Birkbeck, C.H. y Martínez Rincones, J.F. (1992). *La Criminología en América Latina: Balance y Perspectivas*. Venezuela: Universidad de los Andes, Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico y Consejo de Publicaciones.

- Bunge, M. (2009). *Filosofía Política. Solidaridad, cooperación y Democracia Integral*. España: Gedisa.
- Castillo Barrantes, E. (2008). *Vida social y Derecho*. Costa Rica: ILANUD; Universidad de Costa Rica y Jurídica Continental.
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. (2017). Padrón del Programa Nacional de Posgrados de Calidad. Recuperado de http://svrtmp.main.conacyt.mx/ConsultasPNPC/listar_padron.php?prog=&ref=&inst=&sgrado=&sorient=&snivel=&sasni=&smodal=&sentidad=&pag=107
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. (2017). Padrón del Programa Nacional de Posgrados de Calidad. Recuperado de http://svrtmp.main.conacyt.mx/ConsultasPNPC/listar_padron.php?prog=&ref=&inst=&sgrado=&sorient=&snivel=&sasni=&smodal=&sentidad=&pag=60
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. (2017). Sistema Nacional de Investigadores. Recuperado de http://www.conacyt.gob.mx/images/SNI/BENEFICIARIOS_2017.xlsx
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. (2014). Sistema Nacional de Investigadores. Recuperado de <https://www.conacyt.gob.mx/index.php/el-conacyt/sistema-nacional-de-investigadores>
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. (2012). Breve historia del CONACYT. Recuperado de <http://2006-2012.conacyt.gob.mx/Acerca/Paginas/default.aspx>
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. (2012). Reconocimiento del Instituto Nacional de Ciencias Penales como Centro Público de Investigación. Recuperado de <http://conacyt.gob.mx/index.php/sesiones-de-la-junta-de-gobierno/organo-de-gobierno/39a-sesion-ordinaria-junta-de-gobierno/8055-09-inacipe/file>
- Drapkin, I. (1984). *Criminología de la Violencia*. Argentina: Ediciones Depalma.
- Editorial Porrúa (2017). Criminología. Recuperado de <https://www.porrúa.mx/busqueda/todos/criminologia>
- ElberT, C. (1996). *Criminología. Ciencia y cambio social*. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

- ElberT, C. (1996). Naturaleza epistemológica de la criminología. *Criminología Latinoamericana (Parte primera)*. Argentina: Universidad.
- Escobar Marulanda, G. (2008). La enseñanza en Criminología. Algunas consideraciones. *Revista electrónica de ciencia penal y Criminología*. 8.
- Escuela Libre de Derecho de Puebla (s.f.). Nuestros profesores. Recuperado de https://eldp.edu.mx/profesores_posgrado_comentarios.php?id=225
- Eskridge, C. (2014). El impacto de la educación de la justicia criminal en el clima político-socio-económico de naciones de transición y desarrollo. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. 1(2). Recuperado de https://drive.google.com/file/d/0B_cni943DKuqNWlseWlZS0dSWDg/view
- Eumed (s.f.). Dr. Julio César Kala. Recuperado de <http://www.eumed.net/mes/cv/jck-cv.htm>
- Fontán Balestra, C. (1943). *Criminología y educación*. Argentina: Librería Hachette.
- Flores editor y Distribuidor (2017). *Criminalística*. Recuperado de <http://floreseditor.com/libros.php?c=gcdex>
- Gallino, L. (1995). *Diccionario de Sociología*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- García Quimiz, E.T., Orlando Perdomo, J.W., Briones Fernández, V.H. y Ponce Pincay, J.J. (2017). *La Criminología: Una ciencia dinámica*. Ecuador: Editorial Área de Innovación y Desarrollo.
- Gómez Tagle-López, E. (coord.) (2014). *Criminologías Especializadas*. México: Asesoría de Diseños Normativos.
- Gómez Tagle-López, E. (coord.) (coord.). *Criminología. Retos y perspectivas actuales*. México: Asesoría de Diseños Normativos.
- González Mongui, P.E. (2013). Proceso de selección penal negativa. Investigación criminológica. Colombia: Universidad Libre.
- Hikal, W. (2017). Especialización de la Criminología: Las Criminologías Específicas. *Iuris Tantum. Revista del Instituto de Investigaciones*

Jurídicas. 32(27). México: Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México.

Hikal, W., Pérez Tolentino, J.A., Romero Muñoz, R. y Gutiérrez Cruz, J.P. (2018). Censo de escuelas de Criminología, Criminalística, Victimología y afines en materia criminal en México. Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0By-X4okA8YcTZW5XeVNGc2IwTk0/view>

Hikal, W., Pérez Tolentino, J.A., Romero Muñoz, R., Gutiérrez Cruz, J.P. y Ramos Erosa, R.A. (2016). *Libro negro de la enseñanza de la Criminología en México* (2ª ed.). México: Flores editor y distribuidor.

Hikal, W., Pérez Tolentino, J.A., Romero Muñoz, R., Gutiérrez Cruz, J.P. y Ramos Erosa, R.A. (dir.) y Tieghi, O. (coord.) (2016). *Criminología clínica y Criminología etiológica-multifactorial*. México: Flores editor y distribuidor.

Hikal, W. (2016). *Guía para la redacción de tesis y otros trabajos de investigación para estudiantes de Criminología-Criminalística* (2ª ed.). México: Editorial Porrúa.

Hikal, W. (2016). *Criminología etiológica-multifactorial*. Panamá: Seguridad y Defensa.

Hikal, W. (2016). *Criminología Sociológica*. Panamá: Seguridad y Defensa.

Hikal, W. (2015). *Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal* (2ª ed.). México: Flores editor y distribuidor.

Hikal, W. (2015). *Criminología etiológica-multifactorial* (2ª ed.). México: Flores editor y distribuidor.

Hikal, W. (2011). *Criminología etiológica-multifactorial*. México: Flores editor y distribuidor.

Ibero (s.f.). Dr. Juan Federico Arriola Cantero. Recuperado de http://derecho.iberomexico.com/perfil_profesores.php?id=14

INPOCIPE (s.f.). María Teresa Ambrosio Morales. Recuperado de <https://www.inpocipe.com/k-Teacher/maria-teresa-ambrosio-morales/>

Instituto Nacional de Ciencias Penales (2010). Reglamento para el otorgamiento de reconocimiento al mérito académico del INACIPE. Recuperado de <http://www.inacipe.gob.mx/stories/juridico/reglamentoMeritoAcademico.pdf>

- Investigacion tatuajes (s.f.). Entrevista con el D.R Víctor Alejandro Payá Porres. Recuperado de <https://investigaciontatuajes.wordpress.com/2011/06/05/entrevista-con-el-d-r-victor-alejandro-paya-porres/>
- López Vergara, J. (1991). *Criminología: introducción al estudio de la conducta antisocial*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.
- Marcó, Del, Pont, L. (1986). *Manual de criminología: un enfoque actual*. México: Porrúa.
- Márquez Algara, M.G. (2016). *Mediación comunitaria y prevención del delito*. México: Editorial Porrúa.
- Martínez, E. (1997). *Criminología y criminalidad en la mujer dominicana*. República Dominicana: Editora Universitaria.
- Palacios Pámanes, G.S. (2012). *Criminología Contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Peters, T. (2006). El estatus académico de la Criminología. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. 20.
- Reyes Calderón, J.A. (2001). *Criminología* (3ª ed.). México: Cárdenas Editor Distribuidor.
- Riera Encinoza, A. y Olmo, R. (1985). *Hacia una criminología de las contradicciones: el caso latinoamericano*. Venezuela: El Autor.
- Riera Encinoza, A. y Olmo, R. (s.f.). *Intentos para desarrollar una Criminología Radical en América Latina: Criminalidad de la burguesía y criminalidad constituyente*. Venezuela: Universidad de los Andes. Recuperado de <http://bdigital.ula.ve/storage/pdf/crimi/v6/articulo04.pdf>
- Rodríguez Manzanera, L. (2003). *Criminología* (18ª ed.). México: Porrúa.
- Routledge Criminology (2017). *Criminology & Criminal Justice*. Recuperado de <https://www.routledge.com/criminology>
- Sociedad Americana de Criminología (2006). Partial list of criminology/criminal justice related journals. Recuperado de www.asc41.com/links/journals.html

- Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León (2012). Medallas al mérito criminológico. Recuperado de <https://somecrimnl.es.tl/Medallas-al-m-e2-rito-criminol%F3gico.htm>
- Sociedad Mexicana de Criminología (s.f.). Medalla al Mérito Criminológico. Recuperado de <http://www.somecrim.com/reconocimientos.php>
- Sued, G. (2004). *El espectro criminal. El imaginario prohibicionista, las alternativas (des)penalizadoras y los derechos humanos en el Estado de Ley*. Puerto Rico: La Grieta.
- Teja Zambre, A. (1941). *Hacia una Criminología Social*. México: *Cuadernos Criminalia*.
- Tieghi, O. (1974). *Reflexología Criminal*. Argentina: Astrea.
- Tocavén García, R. (1991). *Elementos de Criminología Infanto Juvenil*. México: Porrúa.
- Torres, M. (1988). *¿El delincuente compulsivo se confiesa y-- acusa!: la criminología humanista*. Cuba: Tercer Mundo Editores.
- Universidad Autónoma de Nuevo León (2014). Doctorado en Criminología. Recuperado de <http://posgrado.uanl.mx/doc-en-criminologia/>
- Universidad Autónoma de Baja California (s.f.). Pablo Jesús González Reyes. Recuperado de <http://www.uabc.mx/iis/investigadores/pgonzalez.html>
- Universidad de Colima (s.f.). Catálogo. Recuperado de <http://ww.ucol.mx/publicacionesenlinea/promocion.php?docto=444>
- Universidad Veracruzana (s.f.). Rebeca E. Contreras López. Recuperado de <https://www.uv.mx/personal/rcontreras/>
- Vaca-Cortés, J. (2015). ¿Existe algo a lo que podríamos llamar “Criminología Étnica”? Diálogo al tiempo. Recuperado de <https://jesusbvaca.wordpress.com/2015/02/18/existe-algo-a-lo-que-podriamos-llamar-criminologia-etnica/>
- Zaffaroni (2012). *La cuestión criminal*. Argentina: Planeta.
- Zaffaroni (2003). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Argentina: Temis.
- Zaffaroni (1990). La enseñanza universitaria de la Criminología en América Latina. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. 3.

Zambrano Pasquel, A. (1986). Temas de criminología: de la criminología liberal reformista a la criminología crítica. S.E. S.P.

O avanço do estado penal no Brasil como herança do neoliberalismo norte americano: uma análise sob a ótica da criminologia crítica (*)

The advancement of the criminal state in Brazil as an inheritance of american neoliberalism: an analysis from perspective od critical criminology

El avance del estado penal en Brasil como herencia del neoliberalismo norteamericano: un análisis bajo la óptica de la criminología crítica

André Fernandes Gavazza¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** A criminologia crítica e os excluídos do sistema capitalista. **2.** O desmantelamento do Estado de bem-estar Social norte americano e o ideário neoliberal. **3.** As políticas

(*) Recibido: 28 setiembre 2018 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Aluno da Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. andrefernandes14@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

repressivas de segurança no Estados Unidos e a importação do estado penal no Brasil. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo possui como objetivo a análise do avanço da repressão penal no Brasil a partir da importação de políticas penais norte americanas desenvolvidas em um momento de desmanche do Estado de bem-estar social e avanço do ideário neoliberal. O trabalho será guiado pela perspectiva da criminologia crítica acerca da construção da figura do crime do criminoso. Dessa forma, o estudo perpassará pela ideia de criminalização dos indivíduos e estratos sociais mais vulneráveis como forma de manutenção e reprodução de uma nova fase do sistema capitalista. Autores como Loic Wacquant, Alessandro Baratta e Michel Foucault foram os principais marcos teóricos do presente trabalho.

Palavras-chave: Estado penal, neoliberalismo, criminologia crítica.

Abstract: This article aims to analyze the progress of criminal repression in Brazil from the import of North American criminal policies developed at a time of dismantling the state of social welfare and advancement of neoliberal ideology. The work will be guided by the perspective of critical criminology about the construction of the crime figure of the criminal. In this way, the study will go through the idea of criminalizing the most vulnerable individuals and social strata as a way of maintaining and reproducing a new phase of the capitalist system. Authors like Loic Wacquant, Alessandro Baratta and Michel Foucault were the main theoretical frameworks of the present study.

Keywords: Criminal state, neoliberalism, critical criminology.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo el análisis del avance de la represión penal en Brasil a partir de la importación de políticas penales norteamericanas desarrolladas en un momento de caída del Estado de bienestar social y avance del ideario neoliberal. El trabajo será guiado por la perspectiva de la criminología crítica acerca de la construcción de la figura del 'crimen del criminal'. De esta forma, el estudio pasará por la idea de criminalización de los individuos y estratos sociales más vulnerables como forma de mantenimiento y reproducción de una nueva fase del sistema capitalista. Autores como Loic Wacquant, Alessandro Baratta y Michel Foucault fueron los principales hitos teóricos del presente estudio.

Palabras clave: Estado penal, neoliberalismo, criminología crítica.

Introdução

O sistema penal brasileiro se hipertrofia constantemente. A cada ano aumenta o número de presos no país, que já se tornou um dos maiores encarceradores do planeta.

Dessa maneira, devemos observar, por meio da perspectiva da criminologia crítica, que o crime, o criminoso e a prisão são estabelecidos historicamente a partir das necessidades de manutenção do *status quo* e, atualmente, para o fortalecimento da fase neoliberal do capitalismo.

Sendo assim, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro iremos estudar como é construída artificialmente a figura do criminoso, a partir do objetivo de reprodução do sistema capitalista. Posteriormente, no segundo capítulo, veremos como se deu o desmonte do Estado de bem-estar Social norte americano com o conseqüente avanço das políticas neoliberais. Por fim, no terceiro capítulo será estabelecida uma conexão entre as políticas penais repressivas dos Estados Unidos, difundidas internacionalmente, e o avanço do recrudescimento penal no Brasil.

Para guiar este trabalho a metodologia eleita foi a dialética. Com isto, o estudo será trabalhado tendo em vista que o objeto se encontra em constante transformação e inserido em seu contexto social.

Nesta perspectiva, a presente pesquisa objetiva contribuir com a análise criminológica do sistema penal brasileiro, sendo fruto de uma tendência política, econômica e social, compartilhada internacionalmente, de aumento da utilização da repressão penal como remédio para os efeitos colaterais do desamparo do estado à população mais frágil do organismo social.

1. A criminologia crítica e os excluídos do sistema capitalista

A análise do papel das prisões dentro de uma sociedade é um elemento central na própria compreensão dos cumprimentos de seus reais objetivos. Deste modo, enquanto foco de trabalho sendo a Criminologia Crítica, primeiramente deve ser analisado de que maneira esta corrente de pensamento se contrapõe aos discursos oficiais e de que forma ela interpreta o fenômeno da repressão.

Neste sentido, o discurso de legitimação do Direito Penal parte de um pressuposto de uma sociedade harmonizada e com indivíduos em condições de igualdade na perspectiva dos direitos. Ademais, o Direito penal é apresentado como instrumento de promoção da harmonia social, através da aplicação de sanções que possibilitariam a pacificação e a ordem social.³

Deste modo, ainda, a versão oficial de legitimação do Direito Penal seria a sua capacidade de, através da repressão das atitudes tidas como ilícitas, promover um receio coletivo da punição estabilizando as relações sociais. Portanto, em nenhum momento se estabelece, oficialmente, uma relação direta entre o Direito Penal e as desigualdades quanto ao acesso a bens materiais, uma vez que se parte do pressuposto que tais diferenças sociais não interfeririam na aplicação das penas.

A Criminologia Crítica, por sua vez, vem exatamente no sentido de negar os objetivos declarados da pena privativa de liberdade. Dessa forma, esta corrente de interpretação das questões criminais parte de uma análise materialista da história das penas privativas de liberdade⁴.

Nesta linha, o foco de estudo da Criminologia Crítica é primordialmente a forma como as desigualdades sociais se refletem no âmbito do Direito Penal, trazendo à luz o fato de que no decorrer da história, a partir do surgimento da pena privativa de liberdade, houve sempre um objetivo específico para a aplicação das prisões. Assim, entende-se que, no fim, a pena de prisão seria, sobretudo, uma forma de manutenção do *status quo*, na qual a pena privativa auxilia os interesses dos donos do capital.

Desta forma, não há, conforme esta vertente de pensamento, que se interpretar o crime como um elemento natural ao ser humano, segundo expõe Vera Malaguti Batista⁵:

A história da configuração do poder punitivo para a neutralização da conflitividade social estaria associada à formação do Estado a ao processo de acumulação de capital. O crime e seus tratamentos não se constituem em categorias ontológicas, morais ou “da natureza”. O sistema penal aprece então como constructo ou dispositivo relacionado à realidade econômica e social e às relações de força presentes no modo de produção capitalista.

³ GUIMARÃES, C. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**: do que se oculta(va) ao que se declara. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 17.

⁴ GUIMARÃES, C. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**: do que se oculta(va) ao que se declara. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 18.

⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **A questão criminal no Brasil contemporâneo**. Revista Margem Esquerda: ensaios marxistas. São Paulo, v. n. 8. p. 37-41, nov. 2006. p. 37.

Neste diapasão, a pena privativa de liberdade para a Criminologia Crítica, cumpre um papel fundamental para a manutenção das relações socioeconômicas vigentes. Portanto, não se trata de coibir as práticas delituosas como forma de proteger a ordem social, mas sim, resguardar as condições privilegiadas dos grupos econômicos mais favorecidos.

Ademais, incide, nesta perspectiva, a ideia de que práticas criminosas tratam-se de escolhas estabelecidas por aqueles que estão no poder e são responsáveis pelas decisões políticas. Sendo assim, as classes dominantes são responsáveis por classificarem condutas e pessoas como criminosas utilizando o sistema penal como um eficaz instrumento a seu favor.

Neste sentido, Michel Foucault, na obra *Vigiar e Punir* expõe a sua tese, de que a burguesia, responsável pela ocupação dos mais altos cargos estatais, entre eles o próprio papel legislativo, cria mecanismos legais capazes de fazer a lei pesar muito mais para os pobres do que para os ricos. Esta diferença ocorre pelo estabelecimento de dois tipos de ilegalidades, de bens, praticadas pelos mais pobres, e de direito, utilizada pela burguesia⁶.

A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens.

Dessa forma, Foucault demonstra que, na realidade, as classes inferiores na pirâmide social não cometem mais crimes do que as classes mais abastadas. Mas sim, a posição privilegiada da classe dominante faz com que os crimes mais próximos da realidade dos pobres, como o roubo, o furto e o tráfico, sejam mais perseguidos, na criminalização primária e secundária, do que os crimes cometidos pelos mais ricos, como o peculato e a corrupção passiva, mesmo que estes sejam muito mais danosos para o organismo social.

⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 107.

Sendo assim, a desigualdade econômica, de forma evidente, se reflete também na ocupação dos cargos de poder. Por isso, o controle da criminalidade violenta ou dos crimes patrimoniais sem violência é o principal foco do Estado penal exatamente porque seleciona com facilidade o extrato social que será perseguido pelo sistema penal.

Neste sentido, não importa, no plano prático a lesividade do crime perante a sociedade, uma vez que crimes financeiros seriam, sem dúvidas, mais impactantes socialmente do que um crime com no máximo algumas vítimas identificáveis. Porém, o tratamento de cada crime, pela lógica da Criminologia crítica, somente está relacionado ao indivíduo mais propenso de cometê-lo.

Assim, os mais pobres, privados de melhores condições materiais, estão estruturalmente afastados da possibilidade de cometerem grandes crimes financeiros. Entretanto, pela sua condição social, os crimes patrimoniais, como furto e o roubo, são acessíveis e passíveis de serem cometidos.

Desta forma, aparece um dos elementos primordiais na construção da Criminologia Crítica, que é a teoria do Labelling Approach ou teoria da Reação Social. Esta teoria, aprimorada por Alessandro Baratta, trata do crime como escolha política ao contrário do caráter ontológico atribuído pela criminologia tradicional.

Assim sendo, a teoria do *Labelling Approach* ou da reação social, é um aspecto central para a criação de um novo paradigma acerca do crime e do criminoso, uma vez que trabalha com a ideia de que não existe indivíduo que seja biologicamente inclinado a cometer crimes ou que o crime seja um ato de livre arbítrio que é capaz de mostrar uma decadência moral do autor.

Por isto, o crime, na realidade, é fruto de uma escolha política que realiza um “etiquetamento” nos indivíduos que o Estado pretende criminalizar. Desta maneira, uma pessoa ou um grupo será tido como criminoso se aqueles responsáveis pela criminalização em primeiro e segundo grau assim necessitarem⁷.

Portanto, não existe indivíduo ou comportamento que seja naturalmente criminalizável. Mas sim, existe um interesse político e econômico de que determinado tipo de conduta seja vista como crime, ou seja, tanto aquilo que será considerado crime como aquele visto como criminoso, são frutos de uma escolha governamental.

⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal** - Introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011. p. 90.

Sendo assim, Alessandro Baratta⁸ compreende a visão da Criminologia Crítica acerca do crime e do criminoso da seguinte forma:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Neste diapasão, é fortalecida a ideia de que a pena privativa de liberdade, ao longo do tempo, é utilizada para atender diferentes interesses das classes dominantes. Logo, existem períodos que se encarcera mais e por mais tempo e outros que acontece o inverso. Esta própria modificação demonstra que o grau de rigor estatal está intimamente ligado ao período histórico do capitalismo.

Por esta linha de pensamento materialista, o Estado se consolida a partir da ideia de manutenção das desigualdades sociais e age, quando necessário, para interromper qualquer tipo de mudança que seja maléfica aos olhos do capital.

Com isso, a prisão exerce o papel de instrumento ideológico de supressão de direitos e aumento da discrepância social para atender necessidades lucrativas de grupos economicamente superiores. Desse modo, qualquer outra função oficialmente exposta, que trate de benefícios sociais provindos da pena privativa de liberdade é rechaçada veementemente pela Criminologia Crítica, pois, evidentemente a desigualdade e os distúrbios provindos do capitalismo são gerenciadas pelo sistema penal.

2. O desmantelamento do Estado de bem-estar social norte americano e o ideário neoliberal.

A partir de estudos de Loic Wacquant⁹, é possível observar elementos essenciais na compreensão da mudança da lógica social e penal nos Estados Unidos da América a partir das últimas décadas do século XX. Dessa forma,

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal** - Introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011. p. 161.

⁹ WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 12.

é possível retirar da conjuntura norte americana o entendimento acerca do recrudescimento penal e arrocho das políticas sociais no país, que posteriormente foram exportadas para, principalmente, a Europa e a América Latina.

Neste sentido, de forma mais intensa a partir dos anos 80, no governo de Ronald Reagan, houve uma vertiginosa queda do investimento americano em políticas sociais, passível de ser observada em números, que demonstram, com clareza, o dismantelamento de uma organização social que pretendia atender às necessidades de sua população mais carente e, que, gradativamente foi abandonando os indivíduos mais vulneráveis a própria sorte

Desta maneira, Loic Wacquant¹⁰ expõe números que explicam a derrocada de um estado de bem-estar social, por exemplo, no que diz respeito ao amparo aos indivíduos desempregados, e o avanço de políticas neoliberais:

Estado caritativo estadunidense reduziu continuamente seu campo de intervenção e comprimiu seus modestos orçamentos, a fim de satisfazer o explosivo aumento das despesas militares e a redistribuição das riquezas dos assalariados em direção às empresas e as frações afluentes das classes privilegiadas. Essa política chegou a tal ponto que a “guerra contra a pobreza” foi substituída por uma guerra contra os pobres, transformados em bodes expiatórios de todos os grandes males do país e agora intimados a assumir a responsabilidade por si próprios, sob pena de se verem atacados por uma batelada de medidas punitivas e vexatórias, destinadas, se não a reconduzi-los ao estreito caminho do emprego precário, pelo menos a minorar suas exigências sociais e, por conseguinte, sua carga fiscal.

[...] O recuo do Estado caritativo estadunidense operou-se numa larga frente e não poupou o domínio privilegiado da proteção social. Em 1975, o esquema do seguro-desemprego instaurado pelo Social Security Act de 1935 cobria 76% dos assalariados que haviam perdido seus empregos. Em 1980, esses números haviam caído para um em dois, devido às restrições administrativas aprovadas pelos governos estaduais e à proliferação dos empregos "contingentes"; em 1995, as cifras aproximavam-se de um trabalhador em três. Enquanto a proteção encolhia, o valor médio real dos benefícios do desemprego ficou estagnado por 20 anos em US\$185 por semana (em dólares constantes de 1995), desembolsados por apenas 15 semanas, fazendo com que mais pessoas desempregadas recebam auxílio da assistência social, mas numa faixa de rendimentos que as coloca muito abaixo da linha da pobreza.

Ademais, em diversas outras áreas de relevância social houve reduções de investimento ao longo das décadas de 80 e 90, tais como: a verba destinada às

¹⁰WACQUANT, L. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 96-101.

mães sem recursos; construção de alojamentos sociais e programas de reintegração de desempregados¹¹.

Dentro deste contexto de abandono de políticas públicas, o governo estadunidense, além de reduzir os investimentos, optou por uma estratégia de vinculação dos programas sociais à submissão a um emprego, de qualquer tipo. Desta forma, os indivíduos para que pudessem obter um auxílio estatal deveriam estar dispostos a aceitarem qualquer condição de trabalho que lhe fosse oferecida.

Compreendendo logicamente que as pessoas e as famílias dependentes de programas sociais, são, em geral, indivíduos sem qualificação suficiente para serem absorvidos pelo mercado de trabalho, a necessidade de estar empregado associado com o baixo custo da mão de obra, acaba por gerar uma grande massa de novos trabalhadores que são contratados para empregos precarizados e mal remunerados, enquanto as empresas contratantes aproveitam o baixo custo do trabalho.

Sendo assim, é possível verificar não somente uma diminuição do Estado em questões primordiais, mas também, uma intervenção em prol do aumento do lucro das grandes empresas através da obrigação do trabalho para quem recebe assistência social e a conseqüente redução de custos do empregador.

É importante ressaltar, dentro desta perspectiva de encolhimento do Estado de bem-estar social (*Welfare*) e a sua substituição pelo (*workfare*) que condiciona os benefícios sociais ao trabalho. Neste sentido, não se trata somente de medidas econômicas tomadas com o pretexto de alavancar o país economicamente. Pelo contrário, a legitimação das medidas gradativas que dissolveram as políticas sociais nos Estados Unidos se deu por meio de uma série de discursos que associavam a crise econômica do país ao público alvo das assistências sociais.

Desta forma, diversas obras acerca dos problemas sociais começaram a ser lançadas, financiadas por um *think tank*, instituto que se propõem a dar soluções para questões sociais, denominado Manhattam Institute. Neste sentido, um autor em especial teve destaque no governo de Ronald Reagan, o cientista político Charles Murray. Dentre seus trabalhos, tiveram destaque, principalmente, dois livros: *Losing Ground* de 1984 e *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* de 1994 e escrito em parceria com Richard Herrnstein¹².

¹¹ WACQUANT, L. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 97-102.

¹² WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 22.

Primeiramente, em *Losing Ground*, livro que serviu de guia para o governo americano durante os anos 80, Charles Murray apresenta teses de que, na realidade, as políticas sociais de apoio aos mais necessitados é o principal motivo de estagnação da economia norte americana. Isto porque, segundo o autor, a assistência social seria a responsável por criar uma massa de indivíduos que não estão dispostos ao trabalho, ou seja, moralmente inaptos, e que perpetuam a pobreza ao viverem da caridade estatal¹³.

Posteriormente, Charles Murray, em *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, juntamente com Hernstein, apresentam um estudo pseudocientífico, na qual, a desigualdade social e a criminalidade estão diretamente ligadas ao quociente intelectual dos indivíduos. Dessa forma, restaria a pobreza e a prática de crimes para aqueles que fossem inferiores intelectualmente, não podendo ser justificado, portanto, o investimento estatal em auxílio para estas pessoas¹⁴.

Como pode ser observado, em ambas as obras há um forte caráter racista, no que se refere à culpabilização do próprio indivíduo, seja por preguiça ou por incapacidade intelectual, de estar em uma situação de pobreza. Sendo assim, as desigualdades sociais não seriam nada menos do que a própria exteorização das diferenças cognitivas entre os indivíduos e, por isso, as políticas de assistência social somente seriam capazes de prejudicar o país economicamente.

Neste sentido, um ponto central é o entendimento de que, foi necessário uma mudança não somente no campo econômico, mas também na percepção da sociedade sobre si mesma, para que fosse possível para o governo norte americano realizar a supressão do Estado de bem estar social para um Estado de trabalho forçado.

Dessa maneira, é evidente que ao moldar as percepções dos indivíduos, e repassar a culpa das desigualdades sociais, que anteriormente eram vistas como resultado das privações materiais, para as próprias vítimas da pobreza, é possível diminuir o Estado Caritativo com legitimação da sua própria população.

Não obstante, a fundamentação oficial recorrente para a troca do Welfare para o Workfare, é que, o trabalho obrigatório como critério para o recebimento de auxílio governamental seria uma forma de inculcar a virtude do trabalho naqueles indivíduos que antes eram vistos como ociosos. Contudo, o discurso oficial, por óbvio, nunca mencionou as vantagens para

¹³ WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 22.

¹⁴ WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 24.

as grandes empresas da formação de uma nova massa de trabalhadores sub remunerados.

Sendo assim, através de um discurso crítico da ajuda aos mais pobres, o desmantelamento do Estado de bem-estar social se tornou realidade, porém, como não poderia ser diferente, trouxe fortes consequências sociais. Dessa forma, Wacquant¹⁵ expõe o resultado da retirada de investimentos do Estado em âmbitos sensíveis socialmente:

As consequências do recuo do estado caritativo não são difíceis de adivinhar. No final de 1994, malgrado dois anos de sólido crescimento econômico, o escritório de recenseamento anunciava que o número de pessoas pobres nos Estados Unidos ultrapassava 40 milhões de pessoas, ou seja, 15% da população do país, a taxa mais elevada registrada em uma década. No total, uma família Branca em dez e um lar afro-americano em três viviam abaixo da "linha da pobreza" federal.

[...]Em 1991, 14% das famílias estadunidenses recebiam menos de 40% da renda média nacional, contra 6% na França e 3% na Alemanha.

[...]A degradação das condições de emprego, a diminuição dos contratos de trabalho, queda nos salários reais e o estreitamento das proteções coletivas oferecidas à classe trabalhadora estadunidense no decorrer do último quartel do século XX foram acompanhados pelo avanço irresistível do assalariamento precário. [...]Hoje, um em três trabalhadores estadunidenses ativo é um assalariado fora dos padrões. E esse trabalho instável deve ser claramente entendido como uma forma perene de subemprego, solidamente enraizada na nova paisagem socioeconômica do país e que tende a se ampliar.

[...]Não foi por acaso que precarização dos empregos afetou primeiro e mais seriamente as mulheres, os trabalhadores mais jovens os mais velhos e, finalmente, os negros e os latinos sem qualificação, que vivem no coração das cidades, para quem ela se traduziu numa regressão social sem precedentes: corte draconiano nos rendimentos e queda no padrão de vida [...]ruptura nas relações sociais no trabalho, desqualificação dos empregos e perda quase total de controle sobre sua atividade.

Neste diapasão, conforme exposto, é evidente que a transformação do Estado de bem-estar social em um estado neoliberal, que deixa os seus indivíduos mais vulneráveis desamparados e sem perspectivas, tem como consequência o aumento de revoltas e desordens pela cidade.

Entretanto, na contra mão da sua nova política econômica de não intervencionismo e liberdade de mercado, o Estado norte americano, traz como solução para a conflitualidade social a sua face mais pesada e severa,

¹⁵ WACQUANT, L. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 103-107.

combatendo problemas sociais derivados de sua própria omissão, com o remédio do sistema penal.

Sendo assim, Wacquant¹⁶ denomina de Estado Centauro aquele que tem, para os mais ricos, uma face que prega a liberdade econômica, a autonomia privada e a preponderância da livre iniciativa, enquanto para os mais pobres, vítimas da destruição do bem-estar social, resta a face autoritária, que pune e encarcera em massa aqueles que eventualmente não sejam submissos ao nosso contexto socioeconômico de precarização do trabalho.

3. As políticas repressivas de segurança no Estados Unidos e a importação do estado penal no Brasil

A ocorrência da hipertrofia penal é simultâneo e gradual assim como a própria retirada dos investimentos de programas sociais. Sendo assim, os dois movimentos são concomitantes, pois, sem alavancar a repressão policial a transformação econômica e ideológica da sociedade seria inviável. Isto porque, as contradições inerentes a um Estado liberal que propaga a ideia de que basta querer para conseguir, necessita do aparelho de força estatal para neutralizar o excedente indesejado de indivíduos, pobres e sem perspectivas geradas pelo próprio sistema econômico.

Neste contexto de necessidade do aumento da repressão para esconder os problemas sociais decorrentes da ausência do Estado, surgem, durante as décadas de 80 e 90 teorias criminológicas conservadores que, primeiramente nos Estados Unidos e posteriormente na Europa e América Latina, ganham grande destaque.

Desta maneira, entre as principais teorias destaca-se a que ficou conhecida como “Teoria das Janelas Quebradas”. Criada por James Q. Wilson, famoso criminólogo conservador, a experiência conclui que, para que não ocorra grandes crimes é necessário repreender com rigor as pequenas incivildades e desordens cotidianas.

Sendo assim, ao demonstrar efetividade e rigor no combate aos pequenos delitos, a pretensa teoria entende que o Estado passa a sensação de que está presente e que, portanto, não será conivente com qualquer tipo de criminalidade.

¹⁶ WACQUANT, L. **Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente**. Cad. CRH, Salvador, v. 25, n. 66, p. 505-518, Dec. 2012. disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792012000300008&lng=en&nrm=iso>. acesso em 05 de junho de 2017.

É importante observar, como dito anteriormente, que no seio do discurso legitimador do desmantelamento do Estado de bem-estar social, está presente a ideia de que o Estado Caritativo é responsável por criar uma massa de indivíduos ociosos e dependentes do Estado, causando a perpetuação da pobreza.

Assim sendo, ao se analisar a “Teoria das Janelas Quebradas”, fica visível o desejo de alterar a imagem do Estado que tem como função auxiliar os pobres, para um Estado que não irá permitir qualquer tipo de desordem, ou seja, a disciplina como elemento central da nova forma de governo. Deste modo, em uma interpretação monolítica do fenômeno americano, as políticas criminais repressivas estão diretamente relacionadas com a nova maneira que o Estado enxerga os indivíduos necessitados.

Esta teoria foi adotada pela polícia de Nova York, na figura de William Bratton, chefe da polícia municipal, a partir dos anos 90. Não sendo um fenômeno isolado, a “Teoria das Janelas Quebradas” faz parte de uma ideia maior de repressão denominada de “Tolerância Zero”. Nesta, além do fortalecimento do rigor policial com os pequenos delitos, há o aumento do efetivo policial e uma melhora nos meios de comunicação de crimes visando um rápido combate da polícia aos delitos de menor gravidade¹⁷.

Dessa forma, a expectativa do chefe de polícia seria passar a ideia de que o Estado policial se mantém, a partir de então, atento a tudo que ocorre na cidade, estando no menor tempo possível no local da ocorrência. A intenção seria reafirmar a eficiência da corporação policial, sendo isto, sobretudo, uma maneira de pressionar aqueles indivíduos, em geral, de bairros pobres, a aceitarem as sub oportunidades de emprego que lhe são oferecidas para não acabar caindo nas mãos do sistema penal.

Neste sentido, é evidente que dentro da lógica da política criminal de “tolerância zero” os alvos da polícia são muito bem delimitados. O rigor do estado penal, no contexto de destruição do estado de bem-estar social, vai no sentido de perseguir quem antes era auxiliado pelo Estado e agora, na lógica neoliberal, é um empecilho para o desenvolvimento da economia nacional, ao não se submeterem a trabalhos mal remunerados e insalubres e cometerem crimes, sobretudo, patrimoniais.

Nesta linha, Claudio Guimarães¹⁸ reafirma o objetivo da “tolerância zero” da mutação do Estado social para o Estado penal:

¹⁷ WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 26.

¹⁸ GUIMARÃES, C. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 162.

[...]imperioso que se advirta que a tolerância zero, termo que é comumente utilizado para designar tal política de encarceramento massivo, só é aplicada, efetivamente, a determinadas infrações e contra determinados grupos sociais, em nenhum momento se cogitando de endurecer-se as ações do sistema penal no âmbito dos crimes de colarinho branco, de malversação do dinheiro público, de fraudes em licitações, de lavagem de dinheiro, entre outros delitos afetos às classes sociais não vulneráveis.

Destarte, o objetivo final de uma nova política criminal voltada para a repressão total, não seria, sem dúvidas, o combate unicamente ao crime. Como observado por Claudio Guimarães, a “tolerância zero” somente se aplica aos grupos mais vulneráveis socialmente e as práticas combatidas são exatamente aquelas pertencentes, em regra, a estes grupos. Não ocorre, por parte da polícia a mesma efetividade no combate a crimes relacionados às classes mais abastadas.

O fundamento da repressão total, na realidade, é convencer por meio da força os grupos que anteriormente, pela sua condição de pobreza, recebiam ajuda do Estado, sem maiores contraprestações, a aceitarem de forma pacífica as novas condições econômicas que sabidamente são prejudiciais às classes mais fragilizadas.

O que é claro, portanto, é uma visão de que não seria os problemas sociais decorrentes de um Estado neoliberal promotor de desigualdades sociais que fomenta conflitos urbanos e a criminalidade violenta, mas sim, a aparente ausência de repressão policial, que, em tese, durante os anos de bem-estar social, se omitia dos casos menores e, por conseguinte, incentivava o crescimento das criminalidades de maior impacto.

Obviamente, a partir da perspectiva do governo, transmitir esta imagem do crime como resultado conjunto do sujeito deteriorado moralmente por anos de auxílio estatal e de falta de repressão da polícia. Portanto, retira do Estado a responsabilidade por desempregar os indivíduos mais pobres, privilegiando os grupos econômicos mais poderosos ao criar mecanismos de trabalho forçado, mão de obra barata e, para os subversivos, restando apenas o sistema penal como destinação final.

O discurso da chamada “tolerância zero” como forma mais eficaz de combater a criminalidade, depois de implementada em Nova York, embora nunca tenha sido comprovada, ganhou notoriedade em diversas partes do mundo. O Manhattan Institute, o mesmo que promoveu o lançamento e a difusão das obras controversas de Charles Murray, passou ao final da década de 90 a promover a divulgação de tal política criminal¹⁹.

¹⁹ WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 30.

Deste modo, alguns países da América Latina estão entre aqueles que adotaram esta política criminal repressiva como forma de combater a criminalidade. Entre estes países latino-americanos está o Brasil, que, a partir da década de 90 também vivenciou a sua experiência particular com o neoliberalismo.

É imprescindível destacar que a partir da década de 90, no governo de Fernando Collor de Mello o Brasil passou a se alinhar às transformações neoliberais que cresciam nos Estados Unidos e na Europa. Assim, houveram mudanças no Estado brasileiro no sentido de se abrir para o mercado internacional e diminuir a participação do Estado na economia, principalmente por meio de privatizações²⁰.

A reforma neoliberal no Brasil, assim como em outras partes do mundo, prossegue na crença de que a auto regulação do mercado é capaz de suprir as necessidades sociais, que, anteriormente, eram entendidas como obrigação do Estado.

Ademais, a implementação das políticas neoliberais no país trouxeram consequências perversas para a classe trabalhadora do Brasil. Neste sentido, a problemática saída do Estado de áreas vitais para a coletividade nacional em prol de fortalecer grandes grupos econômicos, significou, como explicitado por Bering e Boschetti²¹:

[...]a entrega de parcela significativa do patrimônio público ao capital estrangeiro, bem como a não obrigatoriedade das empresas privatizadas de comprarem insumos no Brasil, o que levou ao desmonte de parcela do parque industrial nacional e a uma enorme remessa de dinheiro para o exterior, ao desemprego e ao desequilíbrio da balança comercial. Diga-se, o inverso de tudo que foi anunciado: o combate às crises fiscais e o equilíbrio das contas públicas nacionais.

Portanto, o avanço da desregulamentação do mercado no país se mostrou nociva para a população do Brasil, sobretudo, os mais pobres. Nesta lógica, houve aumento do desemprego estrutural, desempregando jovens, adultos e maiores de 50 anos, além da desestruturação do mercado de trabalho,

²⁰ FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança**: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 76

²¹ BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. B. **Política Social**: fundamentos e História. São Paulo: Cortez, 2007. p. 153.

responsável por diminuir os salários, aumentar o desemprego, restando apenas trabalhos precarizados e mal remunerados²².

Dessa forma, como consequência do desemprego estrutural e da precarização do trabalho cria-se um abismo ainda maior entre os mais ricos e os mais pobres. Neste sentido, deve-se compreender qual é o papel do sistema penal em um momento socioeconômico conturbado, principalmente para os mais pobres, considerando a perspectiva da Criminologia Crítica de que a prisão serve para a manutenção da ordem econômica vigente.

Desta maneira, Maria Feletti²³, expõe a problemática causada pela exclusão social decorrente do avanço neoliberal no país que cria uma massa de indivíduos que se tornam improdutivos e, sem renda, inadequados para uma sociedade consumista.

[...]observamos que o resultado da fase neoliberal do capital no Brasil é a geração de uma grande massa de não-consumidores, os quais passam a ser representados como inúteis. Essa representação das frações mais empobrecidas da classe dos trabalhadores como inúteis ou excluídos faz parte, [...] do discurso ideológico da burguesia, pois não há ser humano nem fora do processo produtivo, mesmo que sua função seja estar formalmente desempregado para garantir os baixos salários dos que formalmente trabalham; nem inútil ao capital, mesmo que sua função seja estar dentro de um presídio para garantir a ocupação daquela vaga (de preferência privada) ou sua ausência da rua e das estatísticas de desemprego, por exemplo. Porém, haverá uma outra função para esses “inúteis”, [...]principalmente no que tange a responsabilidade por prover segurança para os cidadãos.

Portanto, a consequência social mais impactante das práticas de livre mercado desregulado no país, é o aumento da massa de população que, por não conseguir se encaixar no modelo neoliberal, é excluída não somente dos postos de emprego, mas também do consumo, o que no atual estágio do capitalismo os tornam “inúteis”.

Isto porque, dentro da atual lógica de diminuição do valor da mão-de-obra através da precarização do trabalho, e menor regulação do mercado pelo Estado, o lucro a todo custo passa a ser o objetivo primordial das grandes empresas. Porém, a partir do momento em que uma massa de indivíduos é

²² POCHMANN, Marcio. **Velhos e novos problemas do mercado de trabalho no Brasil**. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/1297/1665>>. v. 26, n. 2, 1998. Acesso em: 25 de abril de 2017. p. 129.

²³ FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 73.

impossibilitada de ser consumidora, ela deixa de fazer parte do grupo de interesse dos grandes capitalistas.

Sendo assim, o Brasil, tentando acompanhar a tendência ocidental, começou a diminuir o Estado através de privatizações e a abrir o seu mercado para as empresas internacionais.²⁴ Ademais, não somente no aspecto econômico, mas também, na segurança pública, o Brasil importou do neoliberalismo americano a ideia de repressão total como sinônimo de eficiência policial. Wacquant discorre sobre um episódio ocorrido em Brasília²⁵

Em janeiro de 1999, depois da visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York, o novo governador de Brasília, Joaquim Roriz, anuncia a aplicação da "tolerância zero" mediante a contratação imediata de 800 policiais civis e militares suplementares, em resposta a uma onda de crimes de sangue do tipo que a capital brasileira conhece periodicamente. **Aos críticos dessa política que argumentam que isso vai se traduzir por um súbito aumento da população encarcerada, embora o sistema penitenciário já esteja à beira da explosão, o governador retruca que bastará então construir novas prisões.**

É visível o aumento exponencial de presos no país. Desta forma, conforme consta em relatório divulgado pelo Ministério da Justiça, entre 1990 e 2014 houve um aumento absoluto de mais de 517 mil presos no Brasil.

Ademais, o aumento é constante, indicando a tendência hipertrofia do sistema penal brasileiro. A tabela abaixo indica o total de presos ano a ano, de 1990 a 2014.²⁶

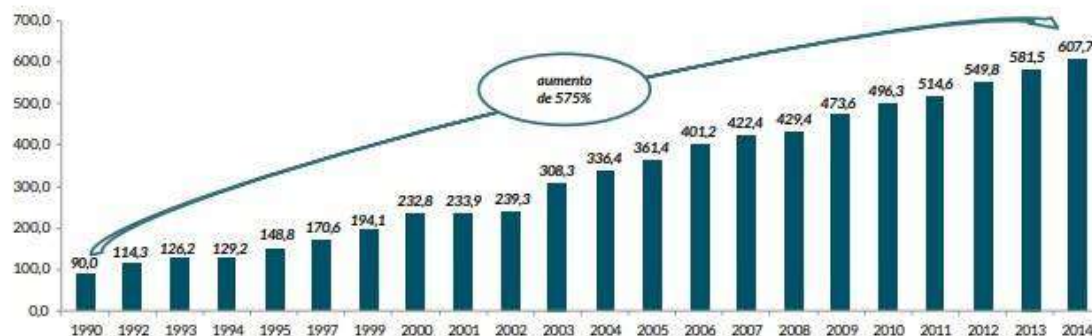
²⁴ MARTINEZ, E.; Oliveira. T. **Políticas neoliberais na américa latina: uma análise comparativa dos casos no brasil e chile**. Revista de Estudos Internacionais, v.7, n.1. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/viewFile/190/pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

²⁵ WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 31.

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN - JUNHO DE 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

3.2. POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA¹³

Figura 4. Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Como está exposta, a ideia adotada também no Brasil, é a de que o remédio para os problemas sociais é o sistema penal absoluto. Assim, a banalização das prisões se torna, também no Brasil, um dos elementos maiores do avanço neoliberal implantado no país. Porém, como um fenômeno natural do neoliberalismo, as consequências sociais desta nova modalidade socioeconômica de desprezo aos mais pobres e sustentação de um mercado desregulamento são cruéis.

Neste diapasão, o fenômeno americano que, principalmente a partir das décadas de 80 e 90, se propôs através de discursos pseudocientíficos, mudanças econômicas e aumento do rigor policial, significou a quebra de um Estado de Bem-estar social e crescimento do Estado Penal.

Sendo assim, a experiência americana de desmantelamento do Estado Caritativo e a sua transformação em um Estado de trabalho forçado, controlando os necessitados de auxílio por meio do sistema penal, se tornou o mais importante passo de consolidação do fenômeno de recrudescimento penal, não apenas nos Estados Unidos, mas em boa parte do mundo, incluindo o Brasil.

Considerações finais

Vimos no decorrer deste artigo, primeiramente, a forma como a vertente da Criminologia Crítica interpreta os fenômenos sociais acerca do crime e do criminoso. Desta forma, destaca-se que, nesta ótica, é realizado um “etiquetamento” dos indivíduos que serão criminalizados e perseguidos pelo sistema penal.

Neste sentido, não se trata o Direito Penal, como defende uma visão tradicionalista, de uma ferramenta para preservar a harmonia social. Pelo contrário, a pena privativa de liberdade cumpre a função de manter o status quo, e proteger os interesses daqueles que dominam o capital.

É desta forma que trata Michel Foucault acerca da diferença das ilegalidades de bens e de direito. As criminalidades mais associadas à realidade dos mais pobres, como o furto e o roubo, são perseguidas de forma mais intensa do que os crimes associados aos mais ricos, ou seja, crimes majoritariamente contra a administração pública e a ordem tributária.

A partir desta concepção de que a criminalização varia de acordo com os interesses capitalistas, passamos a observar como a derrocada do Estado de Bem-estar Social norte-americano contribuiu para o crescimento do aprisionamento, especialmente de negros e pobres.

Seguindo uma narrativa criada pelos intelectuais neoconservadores dos Estados Unidos e difundida pela mídia e Think Thanks, difundiu-se o pensamento de que a crise fiscal e econômica do país estava relacionada aos aportes sociais concedidos à população mais carente.

Isto, pois, a assistência social estaria criando uma população preguiçosa, voltada para o crime e sem responsabilidade para com o país. Desta forma, os governos conservadores nos Estados Unidos, nas últimas décadas do século XX, passaram a adotar medidas rigorosas quanto às políticas sociais e a criminalidade.

Neste sentido, os indivíduos que recebiam auxílio estatal ficaram desamparados e se tornaram os principais alvos de uma política penal repressiva de “tolerância zero”. Ocorre que, ao retirar a ajuda à sua população mais carente, surgem, naturalmente, conflitos sociais gerados por uma desigualdade ao acesso de bens materiais, tratados pelo governo americano através do “remédio” do sistema penal.

Por conta desta nova política de governo, acontece um enorme aumento da população carcerária nos Estados Unidos, e as práticas repressivas do estado passam a serem divulgadas internacionalmente como solução para a criminalidade.

Esta narrativa encontra terreno fértil na América Latina, com especial destaque para o Brasil. O país, principalmente a partir do início da década de 90 começa a desenvolver a sua própria espécie de neoliberalismo, embasado nos Estados Unidos e Europa.

Desta feita, a crença na diminuição do papel do estado, abertura da economia e privatizações encabeçam as políticas sociais e econômicas do país. Como

consequência, houve aumento do desemprego estrutural e precarização do trabalho.

Novamente, a gradual ausência do estado invoca uma conflitividade social que, importando-se o recrudescimento penal norte americano, é combatida com o aumento exponencial das prisões no Brasil.

Portanto, o desmanche do Estado de Bem-estar social norte americano levou à uma política penal mais repressiva para lidar com as questões sociais. Desta forma, o Brasil a partir da década de 90, se alinhando com as práticas neoliberais, adotou a mesma medida de recrudescimento, gerando o aumento do número de presos no país.

Referências

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal -** Introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. **A questão criminal no Brasil contemporâneo.** Revista Margem Esquerda: ensaios marxistas. São Paulo, v. n. 8. p. 37-41, nov. 2006. p. 37.
- BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. B. **Política Social: fundamentos e História.** São Paulo: Cortez, 2007. p. 153.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN - JUNHO DE 2014.** Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.
- FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 107.
- GUIMARÃES, C. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- MARTINEZ, E.; Oliveira. T. **Políticas neoliberais na américa latina: uma análise comparativa dos casos no brasil e chile.** Revista de Estudos Internacionais, v.7, n.1. 2016. Disponível em: <

<http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/viewFile/190/pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

- POCHMANN, Marcio. **Velhos e novos problemas do mercado de trabalho no Brasil**. Disponível em:
<<http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/1297/1665>>. v. 26, n. 2, 1998. Acesso em: 25 de abril de 2017. p. 129.
- WACQUANT, L. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- WACQUANT, L. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WACQUANT, L. **Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente**. Cad. CRH, Salvador, v. 25, n. 66, p. 505-518, Dec. 2012 disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010349792012000300008&lng=en&nrm=iso>. acesso em 05 de junho de 2017.

DERECHO DE MENORES INFRACTORES

La sociedad y su control sobre el grafiti en el ámbito de la delincuencia juvenil^(*)

The society and its control of the graffiti in the field of youth crime

Jorge Armas Pérez¹

Sumario: Introducción. **I.** La Sociología y la delincuencia juvenil. **II.** La Criminología y la delincuencia juvenil. – A modo de conclusión. – Bibliografía.

Resumen: La educación es un elemento fundamental e imprescindible para formar personas íntegras y crear una sociedad cohesionada. Para la consecución de este objetivo se requiere la colaboración de todos los miembros de una sociedad: desde el ámbito más privado de la familia hasta el más público de las instituciones administrativas.

Este artículo afronta esta cuestión desde el punto de vista del grafiti y del respeto al patrimonio que nos rodea, abordados desde la visión de dos ciencias, la Sociología y la Criminología. En ambos casos se pretende lograr óptimos resultados con la colaboración tanto de los miembros de la sociedad como en la educación que se ejerza en los miembros más jóvenes de la sociedad.

Palabras clave: Criminología, Sociología, grafiti, delincuencia juvenil, control social.

(*) Recibido: 08 abril 2019 | Aceptado: 07 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Criminólogo. España.
crimiarmas@gmail.com

Summary: Introduction. **I.** Sociology and juvenile delinquency. **II.** Criminology and juvenile delinquency. – In conclusion. – Bibliography.

Abstract: Education is a fundamental and essential element to form integral people and create a cohesive society. To achieve this objective, the collaboration of all the members of a society is required: from the most private sphere of the family to the most public of the administrative institutions.

This article addresses this issue from the point of view of graffiti and respect for the heritage that surrounds us, approached from the perspective of two sciences, Sociology and Criminology. In both cases it is intended to achieve optimal results with the collaboration of all the members of society and the education that is exercised in the youngest members of society.

Keywords: Criminology, Sociology, graffiti, juvenile delinquency, social control.

INTRODUCCIÓN

Como bien decía ARISTÓTELES "El hombre es por naturaleza sociable"². Es decir, que el ser humano posee la cualidad y necesidad de agruparse y convivir con otros semejantes para sobrevivir. En estas sociedades que se forman acaban surgiendo conflictos de convivencia. A lo largo de la historia se han producido multitud de ejemplos de estas desavenencias. Para intentar paliar esos desencuentros, las sociedades han empleado distintos métodos que aseguren la convivencia pacífica de la mayoría. Cabe entender, por tanto, que cada sociedad o grupo social esgrime sus propias reglas de convivencia asegurando la coexistencia de todos sus miembros para lograr el bien común. A su vez, se deben asegurar distintas formas de sanciones punitivas para aquellos que trasgredan el contrato social establecido.

Por lo general, para implantar un control social duradero las colectividades establecen dos tipos de normativa. En primer lugar, se enumeran las normas

² AZCÁRATE CORRAL 1873: 94.

formales que tienden a estar reguladas por normativas escritas a las que se asocia algún tipo de sanción. En segundo lugar, las normas no reguladas no están propiamente escritas pero sí son asumidas por los miembros que representan una identidad común. A estas últimas cabe añadir los usos y costumbres de cada grupo social ya que su quebrantamiento puede generar malestar en la sociedad que puede entender que, normalmente, toda regulación suele aportar equilibrio y bienestar.

De esta manera, el sociólogo norteamericano EDWARD A. ROSS afirma en su obra "*Social Control*" (Control Social) de 1901 que es necesario el establecimiento de un control social para el equilibrio y bienestar de una sociedad. En concreto, ROSS relata en su libro cómo supuso un gran problema la llegada masiva de inmigración desde Europa del Este a Estados Unidos para atender la demanda de mano de obra en la creciente industrialización de la ciudad de Chicago a comienzos del siglo XX. Tal y como expone ROSS, la situación de convivir en espacios pequeños y aunar esfuerzos para que el grado de armonía fuera aceptable saca en ocasiones lo peor del ser humano. Especialmente cuando las costumbres y tradiciones que los inmigrantes traían de sus respectivos países colisionan con la realidad de la sociedad que los recibe. Es por eso, concluye ROSS, que se debe tener claro donde termina lo privado y lo público. También que es importante considerar que los objetivos individuales de los colectivos deben estar unidos, sabiendo que esta unión será más fuerte si son previstos por cada individuo. Con todo lo anterior se podrá comprobar la moralidad de la sociedad no sin antes cerciorarse del rol que aporta la simpatía, la sociabilidad, el sentido de justicia y el resentimiento para establecer y mantener el orden social³.

Posteriormente, teorías más recientes han aportado diferentes puntos de vista al control social para adecuarse a las características de la sociedad actual. Una de ellas es la teoría del control social informal que enunció el sociólogo y criminólogo estadounidense TRAVIS HIRSCHI. A lo largo de su obra "*Causas de la delincuencia*", HIRSCHI expone que los ciudadanos que poseen ciertos lazos entre otras personas convencionales y la sociedad, tienen un tipo de implicación en su comunidad, poseen una creencia real en el valor moral de la normativa social y, además, están inmersos en actividades convencionales sociales y, por lo general, son menos propensos a cometer actos delictivos⁴.

Por último, analizaré otra teoría interesante, la de los autores JOHN LAUB y ROBERT SAMPSON, que posicionan al control social en el marco de la

³ ROSS, 1901: 1.

⁴ HIRSCHI, 1969.

criminología del curso de la vida. Es decir, que, según estos autores, las personas no delinquen por su fuerte arraigo a las instituciones sociales. LAUB y SAMPSON consideran que la familia, la escuela y el grupo de pares son las principales instituciones que determinan el control social durante la infancia y la adolescencia. Además, opinan que cuando el ser humano madura, instituciones como la enseñanza superior, el trabajo, el matrimonio, la paternidad o el propio sistema judicial son los que ejercen el debido control en las diferentes etapas de la vida respetando el significado de cada institución⁵.

Bajo estas premisas del control social, intentaré abordar los posibles medios de prevención secundaria en el ámbito de los espacios de ocio y la represión que se ejerce contra el grafiti en las sociedades modernas.

La principal premisa es que si queremos que los miembros de nuestra sociedad dejen en herencia a las futuras generaciones un patrimonio en buen estado, es necesario crear una conciencia de conservación. Para ello, las administraciones, en especial las educativas, deben generar estrategias que eduquen y creen una concienciación social sobre el valor que posee el patrimonio de sus núcleos urbanos. Por tanto, es necesario que, desde las edades más tempranas, se transmita la necesidad de velar por el patrimonio, evitando conductas incívicas contra él. A esto se añade el elevado coste económico en la rehabilitación que implica un elemento urbano dañado. Por ejemplo, la limpieza de las pintadas realizadas sobre la escultura celtibérica del verraco, de aproximadamente 2.500 años de antigüedad, que se sitúa en la plaza del Castillo de Ciudad Rodrigo, supusieron para las arcas del ayuntamiento 5.600 €⁶.

Para conseguir una mayor efectividad en los planes de concienciación, desde mi punto de vista, se debería empezar a trabajar con los sujetos más jóvenes del grupo social. Por ejemplo, en nuestra sociedad, sería recomendable comenzar antes de que los chicos empiecen la Educación Secundaria Obligatoria, es decir, entorno a los doce años. Esto se debe a que, en ocasiones, la necesidad de cambio de centro escolar y el posible contacto con chicos de mayor edad puede generar conductas desviadas debido al aprendizaje vicario, según la teoría desarrollada por ALBERT BANDURA⁷.

La primera medida que puede ser de utilidad para la educación sobre el respeto del patrimonio a estos chicos sería la organización de charlas dentro del horario escolar impartidas por profesionales relacionados con las actuaciones que puede acarrear una pintada. La idea es que estos ponentes

⁵ LAUB y SAMPSON, 1993.

⁶ CASAMAR, 2010.

⁷ BANDURA, 1987.

ofrezcan a los jóvenes su punto de vista en referencia a los daños producidos, de tal manera que se conozcan las consecuencias a todos los niveles de un grafiti.

Uno de los oradores podría ser, por ejemplo, un arquitecto municipal que explicara la importancia de preservar el patrimonio heredado de nuestros antepasados recalcando el carácter irreversible que pueden causar algunas pintadas. Otro participante de estas charlas podría ser un policía local que les hablara sobre la normativa existente que regulan estos hechos. Podría dejar claro que este tipo de acciones pueden llegar a acarrear sanciones administrativas, en el menor de los casos, y acciones penales, en los casos más graves. Además, el agente también puede informar de las zonas toleradas por el ayuntamiento para pintar en ellas, previa autorización del consistorio.

Otra figura que considero necesaria para concienciar a los más jóvenes de la importancia de no realizar pintadas, sería la de un operario encargado de la limpieza de grafitis. Este profesional podría detallar el coste material y humano que un ayuntamiento debe desembolsar cada vez que se retira una pintada de cualquier elemento urbano. Por último, considero primordial que también participe un escritor. Su sola presencia les transmitirá que hacer un grafiti es posible mientras se encuentre, por ejemplo, en los espacios autorizados y que incluso puede contribuir para un bien en la comunidad.

En cada una de las sesiones, lo más seguro es que se genere un debate entre los jóvenes. Esta práctica, para que sea positiva y contribuya al objetivo que queremos conseguir de establecer una concienciación patrimonial, debe estar bien dirigida y dar respuesta a las posibles preguntas que se planteen. Otra opción para generar la participación de este grupo de jóvenes es hacerles partícipes interesándose sobre su punto de vista acerca de este problema. E incluso, motivándoles a aportar posibles soluciones para erradicar estas acciones contra el patrimonio.

La segunda medida que propongo para concienciar a este grupo es la regulación del grafiti en un municipio para fomentar el grafiti autorizado. Esta idea pretende que cada ayuntamiento realice un listado de muros a lo largo del municipio que puedan ser decorados con grafitis. Estos espacios podrán ser solicitados por los diferentes escritores para la realización de sus murales.

En esta misma línea, también se puede hablar con propietarios particulares para que cedan algunas de sus zonas como verjas, puertas de garaje o muros comunitarios, para fomentar las pintadas autorizadas. Con estas actuaciones se fomenta de una forma organizada y respetuosa el ocio entre los seguidores

de esta subcultura. La condición añadida puede consistir en que las pintadas que se realicen sean acordes con el entorno elegido.

Este tipo de iniciativas ya se han puesto en marcha con éxito en algunos municipios de nuestro país. En concreto, el barrio madrileño de Malasaña celebró el pasado mes de abril la segunda edición de su “¡Pinta Malasaña! 2017”⁸. Este evento consistió en que diferentes asociaciones junto al consistorio aunaron sus esfuerzos para que cien artistas plasmaran sus obras en las zonas pautadas del barrio. Parece que esta idea ha cambiado el pensamiento generalizado que hace cinco años se vivía en la zona y que formalizó la Asamblea de Vecinos Barrio de la Universidad solicitando al consistorio medidas para acabar con los grafitis y carteles que afeaban las calles⁹.

Otro ejemplo, también realizado en la capital española, son los casi mil metros cuadrados de paredes que están decoradas en el aparcamiento pictórico del Hotel Santo Domingo desde el año 2010. En este caso ya no se trata de zonas públicas, sino de un entorno privado. La iniciativa consistió en organizar un concurso abierto para jóvenes artistas madrileños especializados en técnicas de pintura mural y grafiti. Al final se eligieron a cuatro finalistas de los treinta y dos presentados. Cada uno de los finalistas plasmó su idea en una de las cuatro plantas del aparcamiento subterráneo dejando claro que un aparcamiento no tiene por qué ser el clásico lugar gris y oscuro al que estamos acostumbrados¹⁰.

El último ejemplo que quiero reflejar sobre esta medida es la transformación de un lugar caído en el abandono y el desuso en un espacio colorido de ocio referente mundial para los más jóvenes. La iniciativa fue propuesta por el artista “OKUDA” que pretendía convertir una iglesia lúgubre en un centro de reunión para los seguidores del monopatín. Tras organizar una plataforma de “*crowdfunding*”¹¹, su sueño se hizo realidad con la inauguración del “KAOS TEMPLE” en el municipio de Llanera, en Asturias, a finales del año 2015¹².

Podemos ver la importancia de empezar a aplicar medidas de este tipo, como la ordenación de esta forma de ocio entre los escritores y ciudadanos, a raíz de las respuestas sociales de represión que la sociedad moderna está manifestando a esta subcultura. En primer lugar, es importante destacar que la gente no suele quedar indiferente hacia ciertos hechos que afectan a la

⁸ Recuperado de <http://pintamalasana.com/> [Acceso 26 de abril de 2017].

⁹ E.P., 2012.

¹⁰ MADRID AL DÍA, 2010.

¹¹ Financiación colectiva.

¹² ORCASITAS, 2010.

sociedad. Es por eso que siempre va a haber gente a favor del uso de espacios urbanos para realizar los grafitis de forma ordenada y, por supuesto, también detractores. Normalmente, los vecinos protestan cuando consideran que sus derechos están siendo menospreciados. Es el caso de Barcelona, cuyo consistorio recordó, en 2010, a los comerciantes, seguramente a raíz de quejas vecinales, que estaban incumpliendo la ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona, artículo 41.2: “Los elementos arquitectónicos de soporte -paramentos, ornamentos, marcos, cornisas, balcones terrazas, barandillas, etc.- se tienen que mantener limpios y constructivamente sanos, sin pintadas, grafitos, carteles, adhesivos o elementos similares, ni tampoco elementos obsoletos.” En concreto la cuantía, que se recoge su artículo 118, a la que podían tener que hacer frente estos comerciantes iba desde los 601,01 € para los casos leves hasta los 60.101,21 € para los más graves¹³. La iniciativa de los comerciantes de tener sus verjas decoradas provenía de proyectos como “*Enrotlla't*”¹⁴ (Enróllate) y “*Persianas Lliures*”¹⁵ (Persianas Libres) donde comerciantes cedían la verja de su comercio para que fuesen usadas como lienzos.

Durante los años que duró la tolerancia cero por parte del consistorio de la Ciudad Condal, los artistas se movilizaron para reivindicarse saliendo a las calles y accediendo con sus obras a galerías de arte. Esto consiguió crear un interés lento pero constante hacia el desarrollo del arte urbano. Sin embargo, esto no era suficiente para los escritores y muralistas que no gozaban de la espontaneidad de la obra a pie de calle. Por esta razón, organizaron la campaña “*Murs lliures*” (Muros libres) en el año 2012. Con esta iniciativa consiguieron la cesión de tres muros en el parque de Las Tres Xemeneises¹⁶ en el distrito de *Sants-Montjuïc*. Hoy día en su renovada página de internet se pueden ver los emplazamientos que se han ido legalizando a lo largo de la ciudad de Barcelona desde 2012 e incluso en otras en ámbito nacional e internacional.

El éxito de la iniciativa “*Murs lliures*”, un cambio en el color de los dirigentes del ayuntamiento barcelonés y “mediadores de muros” como *Marc Garcia*, director “*Rebobinart*”, consiguieron que el consistorio cediera doscientos metros de muro gris que rodea el parque de la *Ciutadella* para que fueran pintados veintiún murales autorizados. En palabras de *Arcadi Poch*, comisario de “*Mur transitable*” (Muro transitable), “Es el encuentro

¹³ Ordenanza de usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona. Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, con fecha 19 de junio de 1999.

¹⁴ Recuperado de <https://enrotllat.wordpress.com/>

¹⁵ Recuperado de <http://rebobinart.com/>

¹⁶ Recuperado de <http://wallspot.org/es/wall/tres-xemeneies?days=1> [Acceso 27 abril 2017].

muralista más importante de la última década que acoge la capital catalana"¹⁷.

Por otro lado, los medios de comunicación de nuestro país, por lo que he podido consultar en hemerotecas, hacen referencias al grafiti, en su mayor parte, siempre que estén relacionados con la protesta vecinal para que las pintadas sean limpiadas por el ayuntamiento. En menor medida, también se hace referencia a una mayor vigilancia policial en las zonas y, por último, unas mayores sanciones a los infractores.

En el ámbito internacional, me parece interesante analizar un poco lo que ocurre en Estados Unidos, cuna del grafiti. En este caso, he podido comprobar que existen acciones como en la ciudad californiana de *Parlier* donde jóvenes aunaron sus esfuerzos para erradicar las pintadas de varios muros de su comunidad al considerarlos que dañaban la imagen de sus calles¹⁸.

A su vez, en la mayoría de las páginas web gubernamentales de Estados Unidos sobre la forma de actuar en contra del grafiti, las medidas principales aplicadas se resumen en cuatro. En primer lugar, se trata de reportar a las autoridades cualquier conducta sospechosa sobre estos hechos. En segundo lugar, se intenta cuestionar a los adolescentes que adquieren pintura en aerosol para conocer los fines de este material. En tercer lugar, se señala como medida enseñar la responsabilidad y el respeto hacia propiedades públicas y privadas y generar orgullo de pertenecer a la comunidad. Por último, se transmite la idea de que cada uno proteja su propiedad limpiando lo antes posible cualquier pintada que se haya podido producir en ella porque se considera al dueño responsable de mantenerla decorosa. Por ejemplo, la ciudad de *Minneapolis*, la más poblada del estado de *Minnesota*, lleva recogiendo estadísticas de las actuaciones en contra del grafiti desde el año 2007¹⁹. Sin duda, es una medida que consigue crear una concienciación entre los ciudadanos y las autoridades.

Por último, me parece muy interesante resaltar la campaña publicitaria que llevó a cabo una empresa australiana de transporte para luchar contra las pintadas que se realizaban en los espacios públicos de los medios de transporte. En concreto, esta compañía utilizó para la campaña la imagen de unos brazos esposados en la parte posterior de un asiento de transporte público, simulando que el pasajero que va sentado está arrestado. Además,

¹⁷ SAVALL, 2016.

¹⁸ UNIVISION 21, (21 de marzo de 2015).

¹⁹ Recuperado de <http://www.ci.minneapolis.mn.us/graffiti/stats/WCMSP-193705> [Acceso 27 de abril de 2017].

sobre la imagen se puede leer “*Graffiti and your next stop could be jail*” (Haz grafiti y tu nueva parada puede ser en la cárcel)²⁰.

Una vez establecido este marco, para poder entender qué aporta el control social a la delincuencia juvenil, en los siguientes dos sub epígrafes abordaré este tema desde dos perspectivas. Por un lado, estableceré los matices que la Sociología aporta a la delincuencia juvenil y, por otro, qué aporta la Criminología y con qué teorías trabaja en el ámbito de la delincuencia juvenil. Ambos casos estarán enmarcados dentro de la subcultura del grafiti.

I. LA SOCIOLOGÍA Y LA DELINCUENCIA JUVENIL

Dentro de una sociedad podemos encontrar grupos de personas con características e intereses similares que los convierten en miembros de una subcultura. Esta tendencia responde a una regla de la propia Naturaleza que, por distintas razones, tiende a agrupar a las especies en grupos o subgrupos. Por ejemplo, existen zonas donde ciertas particularidades del terreno y clima permiten el crecimiento de unas u otras especies de plantas o animales. De esta forma, el ser humano social hace lo propio juntándose a sus semejantes ya sea por sexo, edad, color de piel, aficiones deportivas, musicales, laborales, etc.

A diferencia de la flora y la fauna, los seres humanos no estamos programados, es decir, no tenemos la obligación de seguir unos patrones definitivos. En general, podemos variar de gustos o necesidades a lo largo de nuestra existencia. Un ejemplo que suele influir en estos cambios son las modas o las necesidades del momento (como una guerra), normalmente asociadas a carencias que encontramos a lo largo de la vida.

Otro factor determinante en los cambios del ser humano son las amistades. Según DAMON y FUENTES el concepto de la amistad varía sus características a lo largo de la maduración del ser humano. Según estos autores, en la primera infancia, concretamente, en los dos primeros años de vida, lo normal es que los sujetos interactúen positivamente entre los que eligen como sus amigos pero todavía no se puede hablar estrictamente de una amistad. En la siguiente etapa, de los dos a los seis años, que corresponde con el ciclo de preescolar, la visión del niño le indica que todos sus semejantes ven la vida igual que él. Es decir, que el niño es todavía incapaz de reconocer que sus iguales no interpretan las cosas de su mismo modo que ellos. Por lo general, son egoístas y sus amistades son inestables y se caracterizan únicamente por la cercanía.

²⁰ MACLEOD, 2009.

Posteriormente, durante la etapa escolar, de los seis a los doce años, las relaciones poseen la capacidad de ser recíprocas y cooperativas. En esta edad los humanos ya se fijan más en las necesidades y demandas de sus amigos, a los cuales les muestran su cariño. Este tipo de amistad se da generalmente en sujetos del mismo sexo. Con la maduración se forja una amistad más estrecha, duradera y se refuerzan sus vínculos afectivos.

Entre los doce y dieciocho años, ya en la adolescencia, la amistad se define como una relación duradera en la que el conocimiento mutuo y las interacciones afectuosas son constantes. En esta época, los valores de la lealtad, la sinceridad, la intimidad, la confianza, el respeto mutuo y otras conductas pro sociales son esenciales para hablar de una amistad verdadera. Como recalcan DAMON y FUENTES, en esta etapa, la amistad es buscada entre los seres humanos que poseen similares inquietudes, intereses e incluso enfoque vital. También se valora la amistad en función de las características psicológicas de cada individuo. Los amigos se acaban convirtiendo en un gran refugio emocional a la hora de resolver problemas derivados de la rebeldía que mantienen contra sus padres. Es en la adolescencia donde se entrelazan las amistades entre ambos sexos, grupos o pandillas con la idea no solo de entablar una amistad sino una futura relación de pareja²¹.

Del mismo modo que DAMON y FUENTES, diferentes teorías criminológicas consideran que una gran cantidad de la delincuencia es fútil y, por lo general, se produce en el periodo entre la infancia y la edad adulta cuando la aceptación del grupo de pares es importante.²² De este modo, cabe considerar que son en las primeras etapas de la adolescencia, es decir, entre los doce y catorce años, cuando un joven es más propenso a entrar en la subcultura del grafiti.

En conclusión, se deduce que el inicio de la adolescencia, a partir de los doce años, marca el punto de partida a la posibilidad de que los jóvenes conformen grupos afines a sus mismos gustos.

Una vez acotado que la franja de edad en la que se establece un grupo diferenciado es en la adolescencia, se puede empezar a hablar propiamente de subcultura. Ahora se hace necesario definir exactamente cuáles son las particularidades de una subcultura.

En primer lugar, la definición más generalizada y extendida en la sociedad actual al término “banda juvenil” es la jerga anglosajona de “gang” que el diccionario *Oxford* enuncia: “1. Un grupo organizado de criminales; 1.1. Un

²¹ HERRANZ YBARRA y SIERRA GARCÍA, 2013: 254–256.

²² JONES, 2017: 147.

grupo de gente joven involucrada en pequeños delitos o violencia”²³. Esta definición recalca la juventud y la organización criminal.

Por otro lado, *The European Network Eurogang* define a la banda como: “Un grupo juvenil, duradero con orientación hacia la calle y otros espacios públicos y con la identidad grupal definida de forma primordial por la participación en actividades delictivas”²⁴.

Teniendo en cuenta estas clasificaciones, desde mi punto de vista, la que mejor encaja para la subcultura del grafiti es la banda, tal y como la clasifica *The European Network Eurogang*. El motivo principal, en primer lugar, es que, normalmente, los escritores inician sus andanzas experimentales en este pasatiempo en las primeras etapas de la adolescencia. En segundo lugar, también es cierto que las pintadas se suelen ejecutar en espacios públicos con la característica común de que se carece de autorización para realizarlas. Por último, la identidad del grupo es fundamental para iniciarse en este tipo de hechos al proporcionarles seguridad y anonimato.

Cada una de estas subculturas puede contribuir o no a un enriquecimiento general de la sociedad a la que pertenecen. Es decir, según las acciones realizadas por cada uno de estos grupos, se podrá determinar, según si siguen unas reglas pautadas o no por la sociedad, su influencia positiva o negativa. Por ejemplo, en el caso de los grafitis tendremos escritores que busquen quebrantar la legislación vigente dejando sus pintadas en vagones de metro, y otros que contribuyan a rehabilitar una zona marginal de la ciudad con el consentimiento y apoyo de las instituciones.

Por tanto, es esencial para que el grafiti no se convierta en vandalismo sino en tan solo una forma de ocio y expresión cultural que se tomen las medidas adecuadas educativas para que se explique el valor patrimonial que se posee.

II. LA CRIMINOLOGÍA Y LA DELINCUENCIA JUVENIL

A lo largo de este sub epígrafe, me propongo exponer cuatro teorías criminológicas que ayuden a entender el comportamiento de los miembros de una banda juvenil y, en concreto, desde el enfoque del grafiti.

En primer lugar, describiré la teoría de las subculturas que propone ALBERT K. COHEN. Esta teoría criminología afirma que, entre los seguidores del grafiti, pueden existir unos patrones culturales afines dentro la actividad

²³ Traducción del diccionario *Oxford: Gang: 1. An organized group of criminals. 1.2. A group of young people involved in petty crime or violence.* Recuperado de <https://en.oxforddictionaries.com/definition/us/gang>

²⁴ VICENTE CASTRO, PÉREZ RUÍZ, GARCÍA APARICIO, GORDILLO GORDILLO y GALLEGO MESEGUER, 2012.

lúdica. Para el autor, la creación de cualquier subcultura se produce “únicamente mediante la interacción de quienes ya personifican y comparten con sus patrones y creencias el patrón cultural”. Es decir, que los individuos usan el grupo de referencia para conseguir posición, reconocimiento y respuesta de sus semejantes²⁵.

De esta manera, los escritores de grafiti se suelen caracterizar por la faceta expresiva de sus pintadas. Lo normal es que a medida que pasa el tiempo, estas obras se vuelvan más sofisticadas y que el escritor busque lugares más visibles, normalmente no permitidos. Esto persigue conseguir el objetivo de tener una mayor aprobación y reconocimiento por parte del grupo. Sin embargo, de cara a la sociedad se acaban convirtiendo en un tipo de delincuencia juvenil.

En segundo lugar, otra de las teorías criminológicas que quiero destacar y que también fue enunciada por ALBERT COHEN es la teoría de la anomia. En esta ocasión, el autor intenta explicar que ciertas condiciones favorecen la criminalidad en estos grupos sociales.

Para COHEN, el comportamiento grupal delictivo es una rebelión simbólica, maliciosa y negativa de jóvenes de clases bajas contra los valores impuestos de las clases medias²⁶. De esta manera, el joven no experimenta un desajuste entre las metas socialmente aceptables y las formas institucionalizadas para alcanzarlos, como propuso ROBERT K. MERTON en su definición de la anomia²⁷, sino que más bien se identifica con los valores subculturales de sus pares e intenta, mediante el delito, encontrar y mantener su estatus dentro del grupo²⁸.

De este modo, la teoría de la anomia, al igual que la de la subcultura, busca la aprobación de sus iguales dentro del grupo. En este supuesto, posiblemente, el mayor prestigio que un escritor puede obtener con una pintada es cuando la realiza sobre un vagón de tren o metro ya que conmemora a los primeros escritores neoyorkinos. Existen varias técnicas para realizar una de estas pintadas en el transporte público. Estableciendo una categorización según el nivel de intensidad delictiva, podríamos recoger los siguientes ejemplos, ordenados de menor a mayor. Por un lado, estaría realizar una pintada sobre un vagón que está esperando el turno de paso en alguna vía. Aquí el escritor debería mostrar la profesionalidad en su trazado

²⁵ TÉLLEZ AGUILERA, 2009: 438.

²⁶ *Ibidem*, p. 277.

²⁷ *Ibidem*, p. 272 y ss.

²⁸ *Ibidem*, p. 277.

ya que dispone de un tiempo limitado para realizar la obra. El resultado delictivo de este ejemplo sería el simple deslucimiento de un bien.

Por otro lado, estaría el acceso al recinto donde se guardan los trenes cuando no son utilizados. Para llevar a cabo la pintada se debe realizar la incursión al recinto, en su mayoría vallado y vigilado por seguridad. Para esta acción se dispone de más tiempo que la anterior pudiendo realizar obras más elaboradas para generar un mayor prestigio por la hazaña. Este hecho puede generar alguna sanción. En este caso, el delito radica en el acceso a una propiedad privada con restricción de paso más el daño al vagón.

Como último ejemplo, quiero reflejar el denominado “palancazo” en la jerga “grafitera”. Se trata de activar el freno de seguridad para inmovilizar el convoy y abrir las puertas para realizar la pieza en pocos minutos sobre el vagón a pie de vía. Este tipo de pintada, por lo general, debe estar bien orquestada ya que necesita la pericia de varios miembros, normalmente organizados en una “crew”²⁹. Esto es lo que hizo la “crew” berlinesa de “Takt32” y, además, lo inmortalizaron en un video donde se observa cómo realizan esta acción en menos de dos minutos. Explicaron su experiencia en un artículo para la revista VICE, indicando cómo elegían las estaciones con mejor escapatoria y menos vigilancia. Cada miembro sabe qué hacer en cada momento para el éxito de la operación ya que cada segundo cuenta. Para ellos esta práctica es la mayor hazaña a la que puede aspirar un escritor de grafiti, por ser importante la precisión y la habilidad necesaria para llevarla a cabo y el peligro que entraña su realización³⁰. El resumen delictivo de este ejemplo sería una sanción de entre los 6.000 € para las incidencias leves y 30.000 € para las más graves según la Ley de Ordenación del Sector Ferroviario³¹ por la activación de la palanca sin motivo justificado. Además, esta acción puede generar inquietud e inseguridad entre los usuarios del transporte público y se podrían ocasionar reacciones negativas. Otra de las consecuencias de estos hechos es el retraso en el transporte, la activación de protocolos de emergencia y otros peligros injustificados.

En tercer lugar, otra teoría que se puede relacionar con el grafiti es la teoría de la oportunidad diferencial de CLOWARD y OHLIN. Estos autores hacen la distinción entre la subcultura expresiva (*conflict gangs*) y la abstencionista (*retreating gangs*). En la primera, sus miembros buscan adquirir estatus a

²⁹ El significado de *crew* en inglés coloquial es: Pandilla. Grupo de amigos (especialmente en hip hop) ‘Crew’ normalmente significa ‘tripulación’. Explicación: El significado original de *crew* se refiere al equipo de marineros responsable de navegar un barco. Un *crew* en el inglés moderno del hip-hop, sin embargo, es un grupo de amigos de la misma banda o pandilla. Recuperado de <http://vocatic.com/el-significado-de-crew-en-ingles-coloquial> [Acceso 2 de mayo de 2017].

³⁰ THOMPSON, 2015.

³¹ Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.

través de la exhibición de la fuerza física; mientras que en la segunda, sus miembros como no pueden conseguir sus metas optan por una conducta pasiva y se suelen refugiar en el consumo de drogas.

A su vez, recalcan que para la existencia de una subcultura instrumental, conseguir ilícitamente cosas inaccesibles por medios legales, se deben dar las oportunidades ilícitas que la hacen posible³². En mi opinión, la subcultura del grafiti puede encajar dentro de la cultura expresiva ya que desde los orígenes del grafiti en la década de los setenta en Nueva York, las pintadas de los jóvenes escritores han entonado la protesta como medio de expresión (por ejemplo, las pintadas que aparecieron en el Muro de Berlín como reivindicación a la situación política que se vivía). En cambio, a día de hoy, a mi entender, las pintadas de los practicantes están más enfocadas a dejar una huella impresa de su identidad, es decir, el grafiti se ha convertido en una forma de dejar patente el clásico “yo estuve aquí”.

Del mismo modo que las teorías de la subcultura y la anomia, la teoría de la oportunidad diferencial defiende que los miembros del grupo desean el reconocimiento entre sus iguales y destacar más para alcanzar un estatus superior en el grupo.

La teoría de la oportunidad diferencial también destaca otros dos factores para describir la delincuencia juvenil: el sentimiento de pertenencia al grupo y el estatus dentro del mismo. Lograr estos objetivos puede llevar a coger caminos poco legales, es decir, a creer que el fin justifica los medios. En el caso de la subcultura del grafiti esto se acrecienta porque los escritores empiezan a realizar grafitis durante las primeras etapas de la adolescencia. Normalmente, los jóvenes a esta edad no disponen de unos ingresos económicos estables que les permitan financiarse su actividad. De esta manera, para conseguir los fines citados y, tal vez emulando a los orígenes del grafiti, muchos de ellos se ven obligados a robar los aerosoles para poder realizar una pintada y a entrar en lugares cada vez más difíciles para demostrar la valía dentro del grupo.

Por último, me gustaría incluir la teoría de la asociación diferencial que, en un principio, desarrolló EDWIN H. SUTHERLAND y, posteriormente, actualizó su discípulo DONALD R. CRESSEY. Estos autores definen nueve principios que intentaré analizar desde la perspectiva de la subcultura del grafiti.

1. “El comportamiento delictivo es aprendido, ni se hereda ni se inventa”³³. En mi opinión, sí considero que un escritor de grafiti aprende tanto las técnicas de sustraer aerosoles, como las técnicas de

³² TÉLLEZ AGUILERA, 2009: 442 y ss.

³³ TÉLLEZ AGUILERA, 2009: 412.

escritura o las argucias para entrar en sitios no permitidos, como en un vagón de tren, y realizar allí sus obras con más caché. Sin embargo, difiere en que el comportamiento delictivo del grafiti no se inventa porque para generar mayor impacto, los escritores se las deben ingeniar para quebrantar las normas sin ser apresados, como nadie antes lo haya hecho.

2. “El comportamiento delictivo se aprende por la interacción con otras personas por medio de un proceso de comunicación”³⁴. En mi opinión, cada escritor posee una forma particular de comunicarse entre su grupo íntimo de amistades, al que también pueden pertenecer seguidores de esta subcultura. Solo los miembros de esta subcultura pueden entender mejor sus inquietudes, anhelos o preocupaciones. También, esta comunicación puede fluir en el terreno delictivo al intentar superarse entre ellos para demostrar su pertenencia al grupo.
3. “La parte fundamental de este aprendizaje se desarrolla en grupos personales íntimos. Los medios impersonales, como los medios de comunicación, juegan un papel poco importante”³⁵. Estos espacios donde se produce un aprendizaje más íntimo pueden ser, por ejemplo: el colegio, el barrio, el portal... Los medios de comunicación hoy en día han desarrollado una mayor cercanía gracias a la expansión de Internet y, fundamentalmente, con las redes sociales. Por ejemplo, un escritor moscovita puede ver las técnicas empleadas por un escritor brasileño prácticamente en directo si es seguidor de sus redes sociales. De esta manera, en mi opinión, contraria a SHUTERLAND, considero que las redes sociales son muy importantes para el desarrollo de esta subcultura ya que es donde más se puede aprender.
4. “Cuando se aprende el comportamiento delictivo, este incluye las técnicas de comisión y la racionalización del acto criminal”³⁶. Como es normal, es difícil que exista una sin la otra. Es decir, que un escritor que quiere realizar su pintada sobre un tren estudia cómo hacerlo para lograrlo con éxito y, además, solo lo percibe como una gran hazaña y no como un perjuicio.
5. “Las motivaciones se aprenden en referencia a los códigos legales”³⁷. En el caso de la subcultura del grafiti, considero que, si un escritor de grafiti encuentra la suficiente motivación en su grupo o, simplemente,

³⁴ *Ibidem*, p. 412.

³⁵ *Ibidem*, p. 413.

³⁶ *Ibidem*, p. 413.

³⁷ TÉLLEZ AGUILERA, 2009: 413 *Ibidem*, p. 413.

quiere destacar sobre los otros, deberá hacer más que los demás para lograrlo, independientemente de los códigos legales.

6. “Una persona se convierte en delincuente porque en su medio hay un exceso de definiciones favorables a infringir la ley”³⁸. Acorde con lo anterior, creo que si un grupo de amigos inculca a un individuo que pintar no es malo y que es la sociedad la que está equivocada, es más fácil que ese sujeto lo crea y pintará sin remordimientos.
7. “Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad. No a todos influye por igual en el comportamiento posterior”³⁹. Al igual que en todo, cada escritor actúa de una forma. Unos tan solo realizarán su actividad en lugares abandonados que no generen un mayor perjuicio y, por el contrario, otros tendrán la necesidad de experimentar o de poner su firma en todas las farolas de su barrio.
8. “El proceso de aprendizaje del comportamiento delictivo por asociación es idéntico al que se desarrolla para aprender cualquier otro comportamiento”⁴⁰. Efectivamente, un joven que se inicie en esta forma de ocio necesita un aprendizaje previo. No importa si es de forma autodidacta, viendo videos de internet u observando a alguien realizarlo.
9. “El comportamiento delictivo refleja unas necesidades y valores, pero estos no explican el porqué del comportamiento criminal”⁴¹. Estoy totalmente de acuerdo. Cada escritor acaba dedicando su vida y una parte de ella a esta actividad por diferentes motivaciones: adrenalina, arte, superación, expresión... Sin embargo, esto no justifica de ningún medio que se acabe cometiendo un acto delictivo.

En resumen, estas cuatro teorías criminológicas reflejan gran similitud y transportadas a la subcultura del grafiti pueden resumirse en el axioma de que un escritor hará lo que tenga en sus manos para mantener el reconocimiento entre su grupo. De esta forma, por un lado, justificará sus acciones ilegales y antepondrá cualquier cosa para mantenerse en la cima. Por otro lado, se sentirá apoyado e integrado dentro de un grupo.

³⁸ *Ibidem*, p. 413.

³⁹ *Ibidem*, p. 413.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 414.

⁴¹ *Ibidem*, p. 414.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Tanto la Sociología como la Criminología exponen, desde sus respectivos puntos de vista, que el control social en las primeras etapas de la vida es fundamental para evitar que un menor se sienta atraído a dar el primer paso hacia la transgresión de la norma. Mientras la Sociología se centra en estudiar las diferentes formas en que se comporta un grupo social, la Criminología va más allá buscando y analizando las causas de ese comportamiento.

Una vez analizadas estas causas, el siguiente paso es profundizar en ellas mediante un estudio individualizado de cada sujeto y caso particular para intentar evitar que el hecho delictivo llegue a acaecer. Aunque en este artículo no se profundiza en las posibles soluciones para evitar la comisión de primeros delitos, como la prevención primaria, sí se enfatiza en que es en las edades tempranas cuando se debe actuar con los más jóvenes para brindarles una debida educación hacia el respeto hacia la comunidad. Solo a través de la educación en los primeros estadios de la familia, la escuela, otras áreas sociales y junto con las administraciones públicas es posible crear ámbitos basados en el respeto y libres de delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AZCÁRATE CORRAL, P. (1873). *Aristóteles. Política*. Madrid, ES: Medina y Navarro (Biblioteca Filosófica).
- BANDURA, A. (1987). *Teoría del aprendizaje social*. Madrid, ES: S.L.U. ESPASA LIBROS.
- HERRANZ YBARRA, P. y SIERRA GARCÍA, P. (2013). *Psicología Evolutiva I. Volumen 2. Desarrollo Social*. Madrid, ES: Universidad Nacional de Educación a Distancia. (VOL.2), pp.: 254–256.
- HIRSCHI, T (2002). *Causes of Delinquency*. New Brunswick, NJ, EE.UU: Transaction Publishers.
- JONES, S (2017). *Criminology*, 6ª edición. Oxford, GB. Oxford University Press.
- LAUB, J. H. y SAMPSON, R. J. (1993). Turning points in the life course: why change matters to the study of crime. *Criminology* 31(3), pp.: 301–325.
- ROSS, E.A. (1901). *Social control: a survey of the foundations of order*. Massachusetts, EEUU. The Citizen's Library of Economics, Politics and Sociology. Recuperado de

<https://archive.org/stream/socialcontrolas04rossgoog#page/n2/mode/2up>

TÉLLEZ AGUILERA, A. (2009). *Criminología*. Madrid, ES: EDISOFER, S. L.

VICENTE CASTRO, F., PÉREZ RUÍZ, M. L., GARCÍA APARICIO, V., GORDILLO GORDILLO, V. y GALLEGO MESEGUER, P. A. (2012) Bandas juveniles violentas en España. *Infancia y adolescencia en un mundo de crisis y cambio, Número 1 (2012 Volumen 1), Internacional Journal of Developmental and Educational Psychology*. INFAD Revista de Psicología, pp. 383–392.

NOTICIAS

CASAMAR (12 de septiembre de 2010) Adjudicadas las tareas de limpieza de pinturas del Verraco en 5.600 euros. Recuperado de <http://www.lagacetadesalamanca.es/provincia/2010/09/12/adjudicadas-tareas-limpieza-pinturas-verraco-5600-euros/2398.html> [Acceso 25 de abril de 2017].

E.P., Madrid (05 de abril de 2012) Vecinos de Malasaña se rebelan contra los grafitis que «afean las calles del barrio». ABC. Recuperado de <http://www.abc.es/20120405/local-madrid/abci-grafitis-201204041902.html> [Acceso 26 de abril de 2017].

MACLEOD, D. (13 de abril de 2009) *TransPerth Handcuffs to Combat Graffiti*. The inspiration room. Recuperado de <http://theinspirationroom.com/daily/2009/transperth-handcuffs-to-combat-graffiti/> [Acceso 27 de abril de 2017].

MADRID AL DÍA. (22 de marzo de 2010) Jornada de “Puertas Abiertas” en el parking del Hotel Santo Domingo de Madrid. Nota informativa del Hotel Santo Domingo de Madrid. Recuperado de <http://www.madridaldia.net/2010/03/jornada-de-puertas-abiertas-en-el-parking-del-hotel-santo-domingo-de-madrid/> [Acceso 26 de abril de 2017].

ORCASITAS, B. (10 de diciembre de 2010) Kaos Temple: arte, skate y culto con Okuda. RERBULL. Recuperado de <http://www.redbull.com/es/es/music/stories/1331764453240/kaos-temple-arte-skate-y-culto-con-okuda> [Acceso 26 de abril de 2017].

SAVALL, C. (24 de septiembre de 2016) El grafiti como espectáculo. El Periódico <http://www.elperiodico.com/es/noticias/barcelona/grafiti-como-espectaculo-las-fiestas-merce-5412974> [Acceso 27 de abril de 2017].

THOMPSON, M. (5 de febrero de 2015) Un grafitero explica cómo pintar un vagón de metro en minutos. VICE. Recuperado de <https://www.vice.com/es/article/un-graffitero-explica-como-pintar-un-vagon-de-metro-en-minutos-368> [Acceso 2 de mayo de 2017].

UNIVISION 21, (21 de marzo de 2015) Comunidad contra el *Graffiti*. UNIVISION 21 FRESNO. Recuperado de <http://www.univision.com/fresno/kftv/comunidad-contra-el-graffiti-video> [Acceso 27 de abril de 2017].

LEGISLACIÓN

Ley 38/2015, de 29 de septiembre, *del sector ferroviario*. Boletín Oficial del Estado, 234 de 30 de septiembre de 2015.

Ordenanza de usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona. Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, con fecha 19 de junio de 1999.

VARIOS

El problema de investigación jurídica (*)

The problem of legal research

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Sumario: 1. Escogencia del problema de investigación jurídica. 2. Tipos de problemas investigativos jurídicos. 3. ¿Cómo transformar la idea de investigación en problema? 4. El planteamiento del problema jurídico. 5. La formulación del problema jurídico y su sistematización. 6. El problema jurídico y sus requisitos. 7. Justificación o fundamentación de la investigación jurídica. 8. Delimitación de la investigación jurídica. 9. Limitaciones de la investigación jurídica. 10. Objetivos de la investigación jurídica. – Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se desarrolla el tema del problema de investigación jurídica, explicando sus requisitos y características de orden metodológico y epistemológico, además de su modo de mostración a través del planteamiento y la formulación. Se incluyen también los aspectos de la justificación o fundamentación, la delimitación y las limitaciones del problema jurídico. Por último, se desarrolla todo lo referido a los objetivos de la investigación.

Palabras clave: problema de investigación jurídica, planteamiento, formulación, justificación, delimitación, limitaciones, objetivos.

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doctor en Derecho. Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente universitario.

Abstract: In the present work the problem of legal research is developed, explaining its requirements and characteristics of methodological and epistemological order, as well as its way of showing through the approach and the formulation. The aspects of the justification, the delimitation and the limitations of the legal problem are also included. Finally, the author develops everything related to the objectives of the research.

Keywords: Problem of legal research, approach, formulation, justification, delimitation, limitations, objectives.

1. ESCOGENCIA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Escoger el problema investigativo es la tarea más complicada con la que se enfrenta el investigador, sobre todo cuando no cuenta con mucha pericia al respecto. Precisarlos es una de las primeras fases del proceso investigativo, por ello se trata de una de las más importantes y de la cual se van a desprender las demás (Solís Espinoza 2008, 136). Si la selección errada de los problemas es la causa principal del fracaso de ciertas escuelas de pensamiento (Bunge 1972, 191), es evidente que también será la causa del fracaso de muchas investigaciones; pues cuando el problema está desenfocado, la solución necesariamente será errónea y estéril toda la investigación; es en estos casos en que, en realidad, el problema es el problema (Latorre Latorre 2012, 51).

En efecto, identificar un problema y formularlo con precisión no es una tarea sencilla, aunque es la primera que afronta el investigador. Y aunque los problemas susceptibles de estudio abundan, el principiante tiene dificultad en localizarlos (Piscoya Hermoza 1995, 99-100). Se trata, entonces, de la parte, a menudo, más difícil e importante de todas las operaciones metodológicas del proceso investigativo (Bunge 1972, 226; Kerlinger y Lee 2001, 14).

Lastimosamente, un inconveniente insuperable es que no existen procedimientos seguros para detectar problemas, por lo que el talento del investigador no puede ser sustituido por regla o máquina alguna (Piscoya Hermoza 1995, 116). Como ha quedado dicho, los temas investigativos no aparecen etiquetados, sino que corresponde al investigador evidenciarlos, haciendo ver por qué pueden ser objeto de estudio y de qué modo su solución ayudará al saber jurídico (Sánchez Fernández 2005, 60).

Y esta dificultad es aplicable también a los problemas filosófico-jurídicos, pues la dificultad de la elección del problema adecuado y del correcto planteamiento es tan importante en la filosofía como en cualquier otra rama del conocimiento (Bunge 1972, 243), puesto que, el correcto planteamiento, elección y tratamiento de los problemas filosóficos no difiere -o no debería diferir- demasiado del planteamiento correcto de los problemas científicos (por mucho que difieran los temas y las técnicas), ya que no se pueden plantear problemas de conocimiento sino científicamente (Bunge 1972, 244).

Por ello se ha dicho que los problemas no surgen, o sea, no son impersonalmente “dados” al investigador, sino que el estudioso, con sus conocimientos, su curiosidad, su óptica, sus estímulos y sus tendencias, registra o busca el problema (Bunge 1972, 212).

Ahora bien, para el profesor Piscocoya (1995, 102) existe un problema cuando es posible determinar las características relevantes de una dificultad para la que no existen medios conocidos de solución.

Precisando, el profesor Julián Marías (2005, 5) enseña que un problema no se define únicamente por su contenido o enunciación de algo desconocido o de la aparente incompatibilidad de dos ideas, sino que se basa esencialmente en su problematicidad; es decir, no basta con que alguien ignore algo o que no vea una manera de hacer compatibles dos datos o ideas.

En sede investigativa la voz problema designa una dificultad que no puede resolverse automáticamente sino que requiere de un estudio. No cualquier problema, es un problema científico (Bunge 1972, 195 y 208). Para estar frente a un verdadero problema es indispensable que se necesite saber eso que se ignora, o que sea necesario compaginar las ideas o nociones discordantes. En una palabra, se está ante una situación problemática cuando no se puede estar más en ella y urge encontrar una solución (Marías 2005, 5).

Recuérdese que el propósito de toda investigación consiste en una indagación cuya pretensión fundamental es solucionar problemas o un sistema de problemas (Piscocoya Hermoza 1995, 99; 2009, 25).

El profesor Marías (2005, 5) enseña que la voz problema deriva del griego y se traduce como lanzar o arrojar delante, por lo que problema quiere decir algo saliente. Pero añade que desde otro sentido problema quiere decir obstáculo, y para que algo se convierta en obstáculo no basta con que esté frente a uno, sino que hace falta necesitar pasar al otro lado, precisamente a través de dicha barrera.

Dicho de manera más clara, el problema es efectivo obstáculo en la forma en que los griegos hablaban de *aporía*, es decir, “sin poros” o agujeros por donde salir de una situación (Marías 2005, 6). Y justamente por este motivo, es que a la escogencia del problema, es decir, a esta fase de búsqueda se la conoce en metodología como *aporética* (Pérez Escobar 1999, 116).

Por lo anotado, entonces, no es del todo adecuado elegir “problemas de moda”, porque muchas veces su solución no es socialmente urgente, aunque parezca lo contrario (Piscoya Hermoza 1995, 104), pues dejarán de representar interés alguno y los resultados obtenidos no tendrán la valoración que pudiera corresponderles (Reza Becerril 1997, 217), además porque una tesis debe buscar, no un valor temporal, sino permanente (Pérez Escobar 1999, 129). Además, los temas son esencialmente sistemas problemáticos, y los problemas deben apagarse en la medida en que se resuelven, no porque vayan perdiendo vigencia. El valor de los problemas no depende de los muchos o pocos que los cuiden en un momento dado, sino de los cambios que su estudio podría imponer al cuerpo de conocimientos existente (Bunge 1972, 215).

En fin, como ya se sabe, el punto de partida para el problema es la idea de investigación detectada. El esfuerzo desplegado en esa fase empezará a dar sus frutos en esta, toda vez que, como ya se sabe, la elección de la idea de investigación no lleva automáticamente al planteamiento del problema (Sánchez Fernández 2005, 65).

2. TIPOS DE PROBLEMAS INVESTIGATIVOS JURÍDICOS

Para facilitar la elección del problema, además de lo dicho para la idea investigativa, podemos dividir los problemas jurídicos hasta en tres tipos: teóricos, empíricos y tecnológicos, partiendo de la división propuesta por el profesor Piscoya (1995, 107), e intentando una adaptación al plano jurídico.

Los problemas **teóricos** se caracterizarían porque la solución propuesta para ellos quedará confirmada a través de medios lógico-argumentativos (como sucede, más o menos, con las ciencias formales), estando en juego primordialmente la verdad o falsedad de la solución propuesta. Esta visión será de utilidad en las investigaciones dogmático-jurídicas y filosófico-jurídicas.

La metodología de trabajo de un problema conceptual o teórico se basa en la descripción, la ordenación, la dilucidación, la deducción y la construcción o invención de ideas, aunque también puede abarcar el descubrimiento y eliminación de inconsistencias. Estos problemas conceptuales no requieren de operaciones empíricas (Bunge 1972, 209-210).

Por su parte, los problemas **empíricos** se caracterizarían porque la solución propuesta quedará confirmada por los hechos, por aspectos fácticos (como sucede con las ciencias propiamente empíricas). Aquí también está en juego primordialmente la verdad o falsedad de la solución conjeturada, pero ella se corroborará con datos reales obrantes en la realidad. Este tipo de problemas es propio de las investigaciones socio-jurídicas e histórico-jurídicas.

La metodología de un problema empírico se fundamenta en el hallazgo de datos, los cuales deben ser observados, enumerados y medidos (Bunge 1972, 209).

Por último, tenemos a los problemas **tecnológicos** que son aquellos en los que la solución se encamina a un conjunto de reglas técnicas que establecen cómo conseguir o hacer algo, interesando la eficacia con que se pretende lograrlo. Este tipo de problemas será de utilidad para toda investigación de índole propositiva (incluyendo algunos subtipos filosóficos como la metodología o la deontología).

La metodología de trabajo de este tipo de problemas apunta a lograr convenciones, es decir, al establecimiento de reglas, así como a la generación de tácticas o técnicas (Bunge 1972, 210).

Para finalizar, diremos que esta división que proponemos sobre los tipos de problemas en las investigaciones jurídicas será de suma utilidad cuando intentemos construir la fundamentación o justificación de la investigación. Tal y como se verá más adelante.

3. ¿CÓMO TRANSFORMAR LA IDEA DE INVESTIGACIÓN EN PROBLEMA?

Ya se sabe que de la idea de investigación surge el problema, y de este, el proyecto y la tesis final. Al terminar de hablar de la idea de investigación dijimos que ella tenía que afinarse, lo que no quiere decir sino que debe transformarse en un problema investigativo. Y el primer paso para transformar la idea detectada en problema investigativo consiste en llevar a cabo una primera revisión de literatura, o, en su defecto, entablar un primer contacto con especialistas en el tema (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 27; Kerlinger y Lee 2001, 14; Sánchez Fernández 2005, 65; Sánchez Zorrilla 2006, 20; Vieytes 2004, 138; Witker 1995, 25).

Y mientras más fuentes y de buena calidad se consulten, el problema se irá estructurando de mejor manera de modo que será posible proceder a plantearlo y formularlo que es propiamente como empieza la investigación, o al menos es como comienza a mostrarse en el papel.

Al llevar a cabo esta primera revisión se podría arribar a que el problema es digno de estudio, o puede también suceder que sea necesario un afinamiento o reestructuración en el modo de percibirlo, o, en un caso extremo, podría acontecer que con esta primera revisión se termine por desechar la idea elegida porque la literatura o las fuentes de nivel así lo recomiendan.

4. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Si alguien recuerda sus clases de matemáticas (o ciencias exactas en general), cuando había que resolver un problema el profesor empezaba dando todos los datos suficientes para entender la situación y luego culminaba con una pregunta que era lo que, a fin de cuentas, se tenía que resolver. A la primera parte, es decir, a los datos dados antes de la pregunta, se la suele llamar planteo, que significa justamente planteamiento, y es el equivalente a lo que ahora nos convoca.

El planteamiento del problema consiste en narrar con la mayor claridad posible la realidad problemática que hemos detectado. Dicho de otro modo, se trata de describir de modo breve, preciso y contundente la situación o tema dificultoso en que consiste la idea localizada con anterioridad, pero ahora ya mejor estructurada y estudiada. Es por ello que al planteamiento también se lo suele denominar: descripción de la situación problemática, realidad problemática, planteo, exposición del tema, situación problemática, etc.

Seleccionado el problema es momento de describirlo con claridad y en forma inequívoca (Zelayarán Durand 1997, 51), resaltando los componentes más importantes (Reza Becerril 1997, 221). El planteamiento refiere presentar de forma clara y breve el problema cuyas posibles soluciones serán investigadas. Es una exposición descriptiva de los factores o elementos asociados al problema e incluye una descripción sucinta de los antecedentes y el contexto del problema, el lugar o situación donde ocurre el fenómeno, la especificación de las personas, materiales o situaciones involucradas; así como de los datos relevantes, las variables identificadas y sus supuestas relaciones (Vieytes 2004, 146 y 153).

Se trata, entonces, únicamente de mostrar y exponer el problema detectado y nada más. Por ello no es correcto colocar en el planteamiento otros aspectos que no tengan que ver con la realidad problemática detectada. Así, es totalmente errado colocar metas u objetivos al interior del planteamiento. Igualmente, no se tiene que explicar, ni fundamentar, ni justificar el por qué se lleva a cabo el estudio. Peor aún no se debe adelantar respuesta, hipótesis o propuesta alguna, porque se termina por desnaturalizarlo.

Por el contrario, es totalmente adecuado y hasta vital emplear citas y datos que aporten a entender lo planteado. En efecto, -como se verá al hablar de

los presupuestos- es menester que toda afirmación hecha en el planteamiento deba de estar respaldada o por autores serios o por datos confiables, pues no se olvide que uno de los elementos reales que integran un problema es la situación en que como tal se constituye, por lo que un problema que omita esa situación es incompleto, abstracto y hasta ficticio (Marías 2005, 6).

Dicho de mejor modo, en todo problema de investigación aparecen tres clases de ideas: el fondo, el generador y la solución. El **fondo** o trasfondo se refiere a todo aquello que “envuelve”, precede y sustenta al problema en sí, y se conecta con los presupuestos que soportan al problema planteado; entre tanto el **generador** refiere el problema propiamente dicho; y por último, la **solución** alude a la respuesta que se postula ante el problema detectado (Bunge 1972, 196).²

Como es evidente, el planteamiento está estrechamente ligado con el trasfondo problemático.

Por ejemplo, no se podría colocar en un planteamiento: “*el nivel de corrupción del poder judicial es muy alto por lo que el grado de confiabilidad de la población en él es paupérrimo*” y seguir redactando, asumiendo que el lector sabe que todo ello es cierto. Recuérdese que estamos en investigación metodológica, por tanto, una afirmación de tal naturaleza debe ir acompañada de las fuentes que la secunden, en caso contrario el planteamiento se debilita y pierde credibilidad. Ya Descartes (2012 [1637], 50) proponía como primer paso en su metodología no tomar jamás por verdadera cosa alguna que no se reconociese claramente como tal.

La redacción del planteamiento es un trabajo de ensayo-error. Del mismo modo que un poeta, un escritor o un compositor escriben y reescriben su obra varias veces hasta que la concluyen, lo mismo sucede con el planteamiento, que a fin de cuentas es obra del investigador. Es por ello que se afirma que el planteamiento es susceptible de ir ajustándose a lo largo de la investigación (Reza Becerril 1997, 222).

En síntesis, para la redacción del planteamiento no hay mayores criterios, ya que se trata de una obra del propio investigador, y él debe ser capaz de mostrarlo del modo más llano y claro que se pueda, obviamente sin perder profundidad y calidad. No obstante, podemos sugerir algunas pautas para su elaboración.

4.1. IR DE LO GENERAL A LO ESPECIAL

² Por ejemplo, el preguntar acerca del comportamiento de las cosas (generador) presupone por lo menos la posibilidad de la existencia de estas (fondo) y la posibilidad de que las conozcamos en alguna medida (solución) (Bunge 1972, 203).

Por ejemplo, se puede partir de lo general a lo especial de modo tal que el lector pueda ir ingresando a entender el problema sin mayor complicación. Verbi gracia, si estoy discutiendo una resolución administrativa acerca de derechos del consumidor, podía empezar mencionando lo que se establece en nuestra Constitución y en las disposiciones internacionales sobre ello, luego podría ir indicando lo que se dice en el plano legal y luego en el reglamentario, para, finalmente, recién arribar a cuestionar la resolución indicada.

4.2. NARRAR DE MODO CRONOLÓGICO

Otra pauta podría ser el criterio cronológico, donde se narra lo acontecido de modo secuencial de manera que el lector puede ir captando con simpleza el devenir temporal de lo acontecido. Por ejemplo, puedo empezar a decir que en un año entró en vigencia cierto tributo y se lo reguló de determinada manera, luego se modificó dicha regulación de modo que el tributo fue incrementado; sin embargo, después de algunas protestas acontecidas en cierta fecha, nuevamente se lo tuvo que reducir hasta llegar a la última regulación en un determinado año, que es la que nos rige hasta ahora y es materia de estudio.

4.3. TRANSCRIBIR LO DICHO

Una sugerencia adicional consiste en que, cuando a un estudiante se le pregunta cuál es su problema investigativo, por lo regular, lo narra verbalmente de modo coherente y simple. Es decir, al narrar el problema solemos hablar mejor de lo que escribimos; entonces, una simple opción es grabar lo que decimos y luego transcribirlo. Ergo, si se pudiese transcribir lo dicho, se hubiese avanzando bastante, quedando luego solo el pulimento de lo redactado.

4.4. COMPARTIR EL PLANTEAMIENTO

Como el autor tiene que hacer evidente el problema, es decir, debe esforzarse por transmitir de la manera más clara el aspecto problemático al que piensa dedicarse (Sánchez Fernández 2005, 67), una recomendación adicional consiste en que, una vez que esté redactado el planteamiento, hay que procurar presentarlo a otros colegas o compañeros para ver si lo entienden del mismo modo en que hemos querido expresarlo. Si ellos lo entienden en el mismo modo en que hemos querido expresarlo, quiere decir que el planteo va por buen camino. En cambio, si no perciben las ideas que hemos querido transmitir, será menester corregirlo. Todo esto, sobre todo, cuando uno recién está empezando a investigar, pues, con el tiempo, el investigador debe

acostumbrarse a ser autocrítico y saber objetivarse al analizar sus propios productos.

4.5. DIBUJAR EL PROBLEMA

Un ejercicio complementario, que es de suma ayuda para esta fase, consiste en intentar dibujar el problema. Este gráfico se puede hacer utilizando cualquiera de las ayudas existentes para graficar temas, es decir, con organizadores gráficos o cualquier otra forma de representación del conocimiento, como, por ejemplo, un mapa mental, un mapa conceptual, un diagrama de flujo, un *spider map*, un diagrama de árbol, un cuadro sinóptico, un diagrama de UVE, un gráfico T, un diagrama de sol, etc.³

La idea es que en ese gráfico figuren todos los componentes del problema en estudio, de tal manera que se facilite la visualización de todas las aristas conectadas al tema elegido.

Ciertamente, es recomendable, para adentrarse en el tema, distinguir las facetas que contiene (Sánchez Fernández 2005, 65), y qué mejor que representarlas a través de un gráfico.

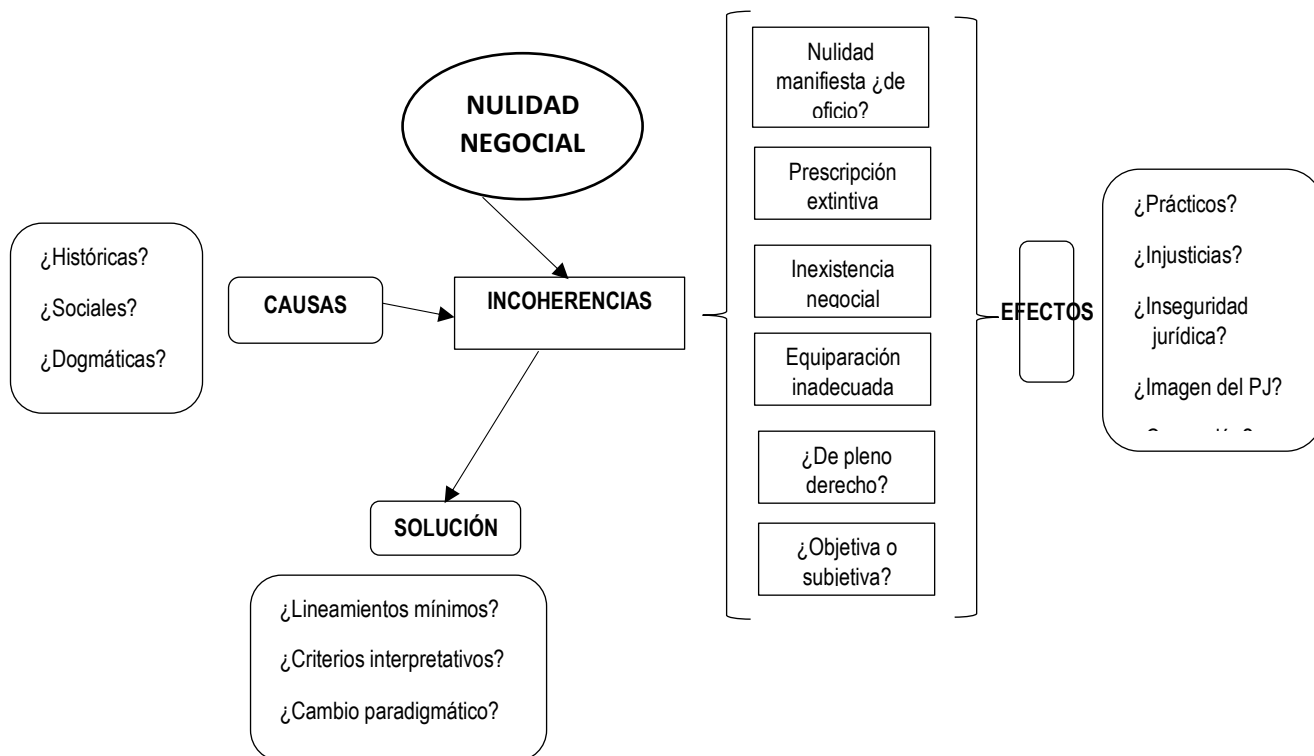
Los humanos generalmente somos entes gráficos, es decir, nos agrada más, y ayuda más para el aprendizaje las imágenes que las letras. Por tanto, el recurrir a este esquema, además de ayudar a comprender el propio problema elegido y verlo en su real dimensión, ayuda a visualizar la complejidad que puede tener, generando en nosotros la elección de algunos subtemas, dejando el estudio de otros subtemas para una posterior oportunidad.

Obviamente este gráfico no va en el planteamiento del problema, pero ello no quita que sea de un gran auxilio para el investigador.

A continuación, mostramos un ejemplo de cómo se podría elaborar un dibujo del problema.

³ Para ello se puede ver, entre otros, a Campos Arenas 2005.

Gráfico 1: Ejemplo de dibujo de un problema investigativo jurídico



Para terminar, diremos que cuantitativamente un planteamiento de problema abarca entre unas dos a cinco carillas en promedio, dependiendo de la profundidad del tema y de las pautas formales que se exijan para la presentación del trabajo.

5. LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO Y SU SISTEMATIZACIÓN

Al inicio del planteamiento recordamos que nuestro profesor de matemáticas, luego de exponernos todos los datos necesarios para entender el problema, concluía con una pregunta que era la que se tenía que resolver. La formulación del problema es justamente ello, una pregunta que hay que resolver a lo largo de la investigación.

Aquí -haciendo uso de la síntesis al máximo- el investigador tiene que ser capaz de resumir todo su planteamiento en una pregunta que es la que guiará toda la investigación. Dicho de mejor modo, luego de haber dado a conocer todos los datos y fuentes de la situación problemática, es momento de escribir una pregunta, que es la que el investigador tendrá que averiguar.

Como ya anotamos previamente, en todo problema de investigación aparecen tres clases de ideas: el fondo, el generador y la solución. De los tres, el generador es la función proposicional que da el problema al aplicar a

dicha función el operador interrogativo una o más veces (Bunge 1972, 196). Así, este generador es el que nos da pie para hablar de la formulación del problema a modo de pregunta. En una palabra, toda investigación -sea en las disciplinas sociales o ciencias naturales- empieza por una pregunta (Bunge 2012, 95).

Es decir, en el proceso mental de elaboración del problema escogido, se llega a la ineludible necesidad de hacer su acotamiento en forma de pregunta directa y meticulosa (Pérez Escobar 1999, 119). En efecto, la exposición del tema a través del planteamiento permite la consideración de las interrogantes que sobre el tema se tengan, o sea, habrá de señalarse claramente las interrogantes que se pretenden despejar (Reza Becerril 1997, 221). Esta enunciación, a la cual se buscará la respuesta o explicación, debe estar claramente explicitada, motivo por el cual no puede articularse de modo impreciso o genérico, recomendándose utilizar el enunciado en forma interrogativa (Solís Espinoza 2008, 137 y 142).

De hecho, aunque un problema se puede formular de distintos modos (*cf.* Vieytes 2004, 134), por regla general el enunciado del problema llegar a ser una pregunta bien formulada y clara, la cual puede ir puliéndose a medida que progresa el trabajo sobre el problema mismo (Bunge 1972, 226), ya que la forma interrogativa contribuye a la problematización que no solamente presenta el problema sino que promueve la búsqueda de respuestas (Vieytes 2004, 134).

En suma, la formulación consiste en la pregunta de investigación que se espera responder con el producto del proceso de la investigación y que surge del planteamiento (Vieytes 2004, 146).

Elaborar una pregunta no debiera ser una tarea complicada, sin embargo, en un inicio, no suele ser así, por lo que nuevamente daremos algunas pautas para facilitar su elaboración.

5.1. RELACIÓN ENTRE LA FORMULACIÓN Y EL PLANTEAMIENTO

La primera pauta es que entre la pregunta y el planteamiento debe haber una estrecha relación. La formulación debe derivarse del planteamiento. Esta afirmación que cae por su obviedad, parece ser olvidada en más de un trabajo donde el investigador suele asumir que su lector sabe tanto como él y conoce aspectos que no están narrados en el planteamiento, procediendo a lanzar la pregunta sin tener una verdadera conexión con el planteo.

Para superar esto, el estudioso debe recordar que su tesis es susceptible de ser leída por gente ajena al derecho o no muy afianzada en él, por lo que se

necesita de la mayor claridad posible en el planteamiento para poder entender la pregunta. Recuérdese que muchas de las investigaciones son revisadas por estudiantes de los primeros años. Y otras tantas son revisadas por profesionales ajenos al derecho pero conectados a él. Por ejemplo, una tesis en derecho tributario puede ser revisada por un contador; una en derecho penitenciario, por un administrador; una de derecho constitucional, por un politólogo; una de derecho laboral, incluso, por un dirigente sindical; etc.

Por consiguiente, al elaborar la pregunta se debe revisar que su contenido fluya directamente de lo narrado en el planteamiento. De no ser así, habrá que hacer las mejoras necesarias, sea en el planteo o en la formulación, para arribar a la consistencia entre ambas partes.

5.2. POSIBILIDAD DE MÚLTIPLES FORMULACIONES

Lo dicho nos lleva a afirmar que de un solo planteamiento pueden surgir muchas formulaciones, y la elección final dependerá del alcance o nivel de profundidad que pretenda el investigador, que -como bien se recuerda- puede ser exploratorio, descriptivo, correlacional, explicativo, proyectivo, o propositivo.

Por ejemplo, de un planteamiento referido al control difuso en sede administrativa podrían surgir más o menos las siguientes preguntas, interconectadas entre sí, pero distintas en sus alcances:

- *¿En qué casos no se permite la utilización del control difuso administrativo?*
- *¿Por qué no se permite el control difuso administrativo en todos los casos y ante todos los entes administrativos?*
- *¿Qué efectos nocivos se generarían si se permitiese el uso del control difuso administrativo a todo ente resolutor administrativo?*
- *¿Cómo debieran solucionarse los casos en los que el uso del control difuso administrativo fue mal empleado?*
- *¿Cuáles son los fundamentos por los que el control difuso administrativo podría ser utilizado por todos los entes administrativos que tienen la posibilidad de alterar una situación o relación jurídica?*

Ante esto hay que tener presente que la forma de la pregunta será, en última instancia, la medida de la respuesta que logremos ofrecer (Vieytes 2004, 136).

5.3. TRABAJAR CON UNA SOLA PREGUNTA

En la formulación es recomendable, sobre todo cuando uno recién se inicia en la labor investigativa, trabajar con una sola pregunta, lo que no quiere decir que sea inadecuado laborar en la formulación con más de una interrogante.

La explicación de esta recomendación es sencilla. De la pregunta formulada se desprenderá la hipótesis, y esta tendrá que disgregarse. Por ello, si una sola pregunta se arboriza grandemente, imagínese la dificultad de arborización que genera laborar con dos o más interrogantes. En efecto, los temas que a primera vista aparecen muy cortos y concretos, al estudiarlos toman proporciones insospechadas (Pérez Escobar 1999, 128).

No obstante, insistimos, no hay óbice alguno en que se pueda trabajar con más de una pregunta.

5.4. EVITACIÓN DE PREGUNTAS EXAGERADAMENTE AMPLIAS

Se aconseja siempre empezar por formular cuestiones muy claras y restringidas, antes que preferir cuestiones que abarquen mucho, optando por la adopción del estudio parcial de los temas del saber (Bunge 1972, 193). O sea, es preferible plantear y formular problemas puntuales y precisos antes que excesivamente genéricos, por muy modesto que el resultado pueda aparentar; toda vez que un tema excesivamente genérico es dificultoso de abordar, justamente por su amplitud (Eco 1977, 27-32; Pérez Escobar 1999, 128).

Por ejemplo, no será lo mismo estudiar el delito de sicariato “a secas”, que investigar la influencia de los medios de comunicación social en la tipificación del delito de sicariato en el Perú. Aunque este asunto quedará un poco más claro en el rubro conocido como delimitación de la investigación, es menester intentar desde ya la elaboración de una pregunta lo más concreta posible.

5.5. EVITACIÓN DE LAS PREGUNTAS CERRADAS CON RESPUESTA DICOTÓMICA

Si por un lado hay que evitar las preguntas exageradamente amplias, por el otro también hay que evitar llegar al flanco contrario, consistente en la formulación de preguntas cerradas con respuestas dicotómicas.

Son preguntas cerradas que llevan a una respuesta dicotómica las que se responderán o con un “Sí” o con un “No”. Por ejemplo:

- *¿Es mala la actual regulación de la flagrancia delictiva?*

- *¿Es factible reconocer la posibilidad de filiación judicial al padre que ha contradicho su paternidad anteriormente?*
- *¿Existe relación entre el ejercicio del derecho de sufragio y el nivel de analfabetismo?*
- *¿Es el desconocimiento la causa de ausencia de abogados expertos en derecho deportivo?*
- *¿Será al caos social la consecuencia de una defectuosa decisión político-jurídica en materia de extracción de recursos no renovables?*
- *¿Debe establecerse un límite cuantitativo a la remuneración hecha en especie?*

Como bien se puede ver todas estas preguntas llevan por respuesta un “sí” o un “no”. Este tipo de preguntas deben de ser evitadas al momento de la formulación del problema por diversos motivos, pero sobre todo por la dificultad de manejo que generan al elaborar los objetivos y la hipótesis.⁴

Para superar este escollo es recomendable recordar los alcances de las investigaciones en derecho (y las preguntas tipo que se han hecho en tal apartado) y hacer un esfuerzo por conseguir su adaptación, según la profundidad que se pretende conseguir. Por ejemplo, partiendo de las preguntas presentadas tendríamos:

- *¿Es mala la actual regulación de la flagrancia delictiva?*
- ***¿Qué defectos tiene la actual regulación de la flagrancia delictiva?***
- *¿Es factible reconocer la posibilidad de filiación judicial al padre que ha contradicho su paternidad anteriormente?*

⁴ La explicación epistemológica de este yerro radica en que en todo problema de investigación aparecen tres clases de ideas: el fondo, el generador y la solución. Así una pregunta del tipo: *¿Es p verdadero?* Es un problema engendrado por p mismo, por lo que no cumpliría con todos los requisitos, además de que esta interrogante no es una función proposicional sino una proposición. En todo caso, ello puede parafrasearse del siguiente modo: *¿cuál es el valor veritativo de p ?* (generador), lo cual presupone la existencia de alguna teoría de la verdad (fondo), además de que p puede tomar diversos valores (solución). Igual sucede en la pregunta: *¿Tiene c la propiedad A ?* donde no se aprecia variable alguna. Aquí ocurre que sí hay una variable oculta que es justamente el valor veritativo de la proposición, con lo cual la formulación explícita del problema sería más bien: *¿cuál es el valor veritativo del enunciado “ c tiene la propiedad A ”?* (Bunge 1972, 196-197). Además de ello, un problema de esta naturaleza es un problema de decisión, el cual no cuenta con lugar especial en las clasificaciones de problemas (Bunge 1972, 202).

- ***¿Qué fundamentos socio-jurídicos posibilitan el reconocimiento de la filiación judicial al padre que ha contradicho su paternidad anteriormente?***
- *¿Existe relación entre el ejercicio del derecho de sufragio y el nivel de analfabetismo?*
- ***¿Cuál es la asociación entre el ejercicio del derecho de sufragio y el nivel de analfabetismo?***
- *¿Es el desconocimiento la causa de ausencia de abogados expertos en derecho deportivo?*
- ***¿Cómo influye el desconocimiento en la ausencia de abogados expertos en derecho deportivo? o ¿Qué factor propicia la ausencia de abogados expertos en derecho deportivo?***
- *¿Será al caos social la consecuencia de una defectuosa decisión político-jurídica en materia de extracción de recursos no renovables?*
- ***¿Cómo se asocian el caos social y una defectuosa decisión político-jurídica en materia de extracción de recursos no renovables? o ¿Qué efecto genera una defectuosa decisión político-jurídica en materia de extracción de recursos no renovables?***
- *¿Debe establecerse un límite cuantitativo a la remuneración hecha en especie?*
- ***¿Cuál debe ser el límite cuantitativo de la remuneración hecha en especie?***

5.6. LA SISTEMATIZACIÓN U OPERACIONALIZACIÓN DEL PROBLEMA

Sin perjuicio de lo anotado, en cuanto a que es preferible trabajar con una sola pregunta general, tenemos que la sistematización es un recurso metodológico no obligatorio –pero sí recomendable– por el cual el estudioso divide su pregunta general o formulación en subpreguntas de investigación, pues se sabe que un estudio se facilita cuando se lo divide, a fin de favorecer su análisis parte por parte.

En efecto, Descartes (2012 [1637], 50) enseñaba, como segundo paso en su metodología, la necesidad de dividir cada una de las dificultades en tantas parcelas como fuese posible y fuera requerido para resolverlas mejor. *Divide et impera* recomienda el profesor Bunge (1972, 225).

Si la pregunta fuese amplia, entonces, el estudioso puede descomponer la pregunta general en varias interrogantes específicas con el fin de tornar

operativo el problema (Vieytes 2004, 149). Pero si bien es posible utilizar preguntas específicas, no hay que olvidar que entre ellas tiene que haber estrecha relación (Solís Espinoza 2008, 141 y 145). En suma, a través de la sistematización u operacionalización se desagrega o descompone la formulación del problema en subpreguntas vinculadas directamente con los componentes o elementos del problema (Vieytes 2004, 149). En este caso, la formulación tendrá una relación directa con el objetivo general, mientras que las subpreguntas se enlazarán con los objetivos específicos.

En resumen, la sistematización u operacionalización del problema no es sino un mecanismo metodológico que facilita el análisis posterior del tema, pues su división facilita el abordaje del tema.

Para terminar, cuantitativamente hablando, el espacio para la formulación es el necesario para la mostración de la pregunta, es decir, apenas un par de líneas, salvo que se trate de más de una pregunta o se incluyese la sistematización.

6. EL PROBLEMA JURÍDICO Y SUS REQUISITOS

En el lenguaje científico, para que una situación sea concebida como problema susceptible de investigación requiere satisfacer algunas condiciones, en caso contrario no se tratará propiamente de un problema (Piscoya Hermoza 1995, 101).

Ello quiere decir que no toda situación real dificultosa puede ser concebida como problema, al menos no en el lenguaje riguroso de la investigación, aunque sí lo sea en un lenguaje común o vulgar.

6.1. REQUISITOS METODOLÓGICOS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Sin perjuicio de lo dicho líneas arriba, y simplificando, el problema debe reunir algunos requisitos para poder seguir adelante con su estudio.

Los tres primeros requisitos son los mismos exigidos para la idea de investigación pues, como ya se dijo, de la idea surge el problema investigativo. Estos requisitos son la viabilidad, la novedad y la relevancia.

Sobre la **viabilidad** ya dijimos que el punto de partida para que un problema siga adelante es que sea susceptible de ser estudiado. Que el problema sea viable quiere decir que su estudio, por las circunstancias que lo rodean, es probable de poderse llevar a cabo. O sea, la elección del problema debe ir de la mano con las capacidades con las que se cuenta para abordar el tema investigativo elegido, además de los recursos con los que se cuenta para ello (*vid.* Bunge 1972, 192), pues hay que saber conjugar los intereses del

estudioso, sus capacidades individuales y las posibilidades de acceso al conocimiento del tema elegido (*cf.* Witker 1995, 26-27). Aquí el estudioso debe ser plenamente consciente de los recursos en general, incluido el tiempo, pues muchas tesis no se culminan porque el investigador no pudo acceder a libros, no pudo costear la obtención de ciertos documentos o estos no estaban a su alcance, o no contó con el tiempo suficiente para culminar la tesis, o porque no dominaba un idioma extranjero ineludible en su estudio, etc.

Acercas de la **novedad** tenemos que sería sumamente inútil desplegar esfuerzos innecesarios por responder a una pregunta que ya no es realmente un problema (Piscoya Hermoza 1995, 117). Una investigación tiene que decir sobre el objeto elegido lo que no se ha dicho aún, o bien revisar con óptica diferente o innovadora lo que ya se ha dicho (Eco 1977, 49; Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2010, 28). Y si bien no existe un tema absolutamente nuevo, donde nada se haya escrito (Legaz y Lacambra 1952, 136), también es cierto que hay temas poco estudiados, y que son los espacios idóneos para ubicar ideas (Arellano García 2008, 192). Así, la novedad implica el compromiso del investigador de obtener o lograr un producto jurídico nuevo (Witker 1995, 24), aunque sea modesto y sencillo (Eco 1977, 27-32). En fin, no hay que olvidar que la genialidad a veces está más en haber ubicado un buen problema que en la solución que posteriormente se postulará (Bunge 1972, 190; Piscoya Hermoza 1995, 105).

En cuanto a la **relevancia** tenemos que evaluar la importancia y significación del problema elegido estimando su valor (Bunge 1972, 193; Eco 1977, 50) de modo que sea útil para el incremento de los conocimientos científicos, humanísticos o tecnológicos disponibles (Piscoya Hermoza 2009, 28). El problema será digno de ser investigado cuando no se trate de un asunto trivial, sino significativo, por más que pueda cumplir formalmente con todas las fases metodológicas (Piscoya Hermoza 2009, 27).

Como ya se ha anotado, el problema no se define únicamente por su contenido o por la enunciación de algo desconocido o de la aparente incompatibilidad de dos ideas, sino que se basa esencialmente en su problematicidad, o sea, en que es indispensable que se necesite saber eso que se ignora, o que sea necesario compaginar las ideas o nociones discordantes, porque no se puede estar más en dicha situación, pues urge encontrar una solución (Marías 2005, 5). Así, problematizar exige contextualizar, revolver teorías, hilvanar contenidos, recurrir a datos diferentes de los del pensar cotidiano, insistir en las interrogantes, desconfiar de las respuestas, etc. (Vieytes 2004, 139).

En resumen, sobre los requisitos de índole metodológica, todo lo vertido para la idea de investigación es de utilidad en esta parte, insistiendo en que, debido a la primera revisión de literatura, ahora se reevaluará el tema para poder continuar. Y ello, por cuanto, la determinación de si el problema es o no significativo debe procurarse al inicio de la investigación, antes de continuar con las siguientes fases que, en definitiva, dependen de él (Solís Espinoza 2008, 146).

6.2. REQUISITOS EPISTEMOLÓGICOS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Venimos insistiendo en que en todo problema de investigación aparecen tres clases de ideas: el fondo, el generador y la solución -si es que ella existe- (Bunge 1972, 195); lo cual nos encamina a hablar de otros requisitos del problema, diferentes a los propiamente metodológicos.

En efecto, además de los requisitos de la novedad, la viabilidad y la relevancia, el problema, para estar bien formulado, debe contar con tres requisitos adicionales a los que vamos a entender como de índole epistemológica, los cuales son: solución previsible, propiedades definidas, y presupuestos explícitos y verdaderos (Piscoya Hermoza 1995, 108 y ss.).

El **fondo** o trasfondo se refiere a todo aquello que “envuelve”, precede y sustenta al problema en sí, y se conecta con los **presupuestos** que soportan al problema planteado. El **generador** refiere el problema propiamente dicho, y se conecta con las **propiedades o componentes** del problema. Y la **solución**, que alude a la respuesta que se postula ante el problema detectado, se relaciona con la **explicación o solución previsible** que se da al problema.

Veamos los requisitos haciendo un abordaje inverso, es decir, partiendo de la solución, pasando por el generador, y culminando con el trasfondo.

6.2.1. SOLUCIÓN PREVISIBLE

La simple curiosidad no engendra problemas. Rara vez nos planteamos problemas para cuyo tratamiento carezcamos de soluciones adecuadas. Y cuando se carece de ellas, pero se detecta que el tema es importante, entonces nos planteamos el problema ulterior de arbitrar nuevos métodos para solucionarlo (Bunge 1972, 213).

Además de la elección del problema adecuado, el éxito de una investigación supone la elección de los medios indicados para resolverlo (Bunge 1972, 193). Ello quiere decir que todo problema debe contar con una solución cuyas características sean previsible, es decir, que el investigador sabe qué clase de solución va a admitir para resolverlo (Piscoya Hermoza 1995, 108;

2009, 26). La sola pregunta de investigación indica qué información se ha de obtener para resolver el problema (Vieytes 2004, 148).

La solución previsible exige que al elaborar el problema el estudioso debe vislumbrar el camino a transitar para poder encontrar la solución. Ello no quiere decir que el investigador sepa el resultado; la solución previsible más bien implica que el estudioso tiene en mente algunas tareas o actividades para hallar la respuesta a su pregunta investigativa.

Por ejemplo, si alguien preguntase ¿cuál es la percepción de la ciudadanía sobre la corrupción en el Poder Judicial?, posiblemente no sepa la respuesta a ciencia cierta, pero tiene en claro que el camino para llegar a ella es a través de la elaboración de una buena encuesta a aplicar a la población para conocer cómo avistan este tema.

En cambio, si alguien pretendiese averiguar cómo fue el tratamiento procesal en los juicios de la Santa Inquisición, mal haría en elaborar una encuesta al público, pues es evidente que por allí no encontrará mayor resultado; en cambio será distinto pensar en ubicar fuentes históricas fidedignas y estudiarlas para entender el tratamiento buscado.

El asunto de la solución previsible se conecta con la viabilidad de la investigación.

Ciertamente, si no es posible hallar una respuesta al problema sugerido que impida su posibilidad, por cualquier tipo de razón, como no poder acceder a los datos, no contar con el tiempo o recursos necesarios, etc., no tendría asidero persistir en un proyecto de dicha naturaleza (Solís Espinoza 2008, 146-147).

Por ejemplo, si alguien preguntase ¿cuál fue el fundamento para que el codificador incorporase una determinada exoneración tributaria?, se entiende que el camino a transitar implica revisar los anteproyectos de ley, las noticias contemporáneas, los diarios de debates, la exposición de motivos de la ley y, si hubiere, algún artículo escrito por uno de los promotores de tal exoneración (o en su defecto, una entrevista). Como se puede ver, este camino sí es viable de recorrer, por tanto, estamos ante una solución previsible.

En cambio, si alguien pretendiese conocer cuáles fueron los mandatos políticos operables al interior del Servicio de Inteligencia Nacional a efectos de generar desapariciones forzosas, se puede visualizar que el camino a seguir consiste primordialmente en estudiar los expedientes secretos del Servicio de Inteligencia Nacional de la época, y si no se tiene posibilidad alguna de acceso a ellos, el tema es prácticamente inviable, por muy novedoso e interesante que parezca.

Por lo dicho, la utilidad de la solución previsible en la formulación del problema es irrefutable, pues desde ya nos está dando las pautas de la metodología que deberá seguir el estudioso para llevar a cabo la investigación.

En fin, tenemos que estar razonablemente seguros de que seremos capaces de reconocer la solución una vez que la hayamos encontrado (Bunge 1972, 213).

6.2.2. PROPIEDADES DEFINIDAS

Si bien cuando se manifiestan las interrogantes no se tiene las respuestas o soluciones definitivas, se debe procurar tener bien en claras las inquietudes existentes respecto del tema que la investigación pretende averiguar (Reza Becerril 1997, 222).

Con ello tenemos que un problema tiene elementos o componentes que lo constituyen, y por este requisito se entiende que deben quedar explícitamente definidos todos los componentes implicados en el problema (Piscoya Hermoza 2009, 27). Estos constituyentes tienen que estar plenamente identificados (Bunge 1972, 226).

Preliminarmente -y para simplificar el asunto- a cada uno de estos componentes del problema investigativo lo vamos a denominar “*propiedad*”.

Que las propiedades estén bien definidas implica que los componentes del problema (y por ende de la futura hipótesis) deben estar dados a conocer claramente en el planteamiento del problema y comprensiblemente redactados en la formulación sin dejar lugar a mayores dudas interpretativas.

Estas propiedades suelen ser llamadas “*variables*”⁵ (Piscoya Hermoza 1995, 109; 2009, 29); sin embargo, como en las investigaciones jurídico-dogmáticas y filosófico-jurídicas en puridad no hay variables, preferimos denominarlas inicialmente como *propiedades, términos* o *componentes*.⁶ En realidad, los problemas suelen ser problemas de relaciones entre variables o propiedades (Bunge 2012, 96), por lo que el resultado de la problematización será llegar a identificar y precisar con claridad los conceptos y relaciones que habremos de estudiar en nuestra investigación (Vieytes 2004, 136).

⁵ Los términos o componentes implicados en un problema pueden analizarse de acuerdo a la función que cumplen. Desde este punto de vista, los términos pueden ser constantes (si son conceptos que no se someten a variación en una investigación) o variables (cuando el término adopta más de un valor) (Vieytes 2004, 135).

⁶ Se ha dicho, que aunque en filosofía no se tiene un esquema rígido metodológico, es necesario adoptar una determinada metodología filosófica, y más precisamente la de una inspirada en el método de la ciencia (Bunge 1972, 242).

Por ejemplo, en la pregunta ¿cómo se asocian los cambios lunares con el carácter de la mujer? las dos variables o componentes son los “cambios lunares”, por un lado, y el “carácter de la mujer”, por el otro; por tanto, habría dos variables. Sin embargo, en esta formulación puede haber algo de ambigüedad o inexactitud en la redacción. Si lo que se pretende con este estudio es conocer el modo de influencia de los estadios de la luna en los estados de ánimo de una fémina, sería mejor reelaborar la pregunta justamente de ese modo, o sea: ¿qué relación hay entre los estadios de la luna y los cambios conductuales en una mujer?

En igual sentido, en vez de preguntar ¿cómo se relacionan el tiempo y los suicidios?, mejor sería: ¿cómo se relacionan las estaciones del año con el índice de suicidios? Aquí las propiedades o variables serían “las estaciones anuales”, por un lado, y “el índice de suicidios”, por el otro, las cuales parecen claramente definidas.

En un trabajo dogmático-jurídico (aunque en puridad no se puede hablar de variables), por ejemplo, si alguien preguntase ¿por qué la servidumbre minera es inconstitucional?, los componentes del problema serían “la inconstitucionalidad de la servidumbre minera”, por un lado, y, por el otro, “el motivo, factor o fundamento que genera esa inconstitucionalidad” (que se tendrá que precisar al momento de la elaboración de la hipótesis). En este caso, debe quedar bien en claro qué se entiende por “inconstitucionalidad de la servidumbre minera”, y qué por “motivo o factor” de ello.

En resumen, para cumplir con este requisito, las variables, propiedades o componentes del problema deben ser dados a conocer de modo nítido y preciso en el planteamiento y en la formulación del problema, sin perjuicio de que su definición se termine de fijar por el marco teórico.

Es decir, aunque en general todas las variables o propiedades de un problema deben estar correctamente definidas, en algunas situaciones podemos seguir adelante a pesar de que sepamos que la definición de alguna de ellas no es del todo satisfactoria por ser muy intuitiva (Piscoya Hermoza 1995, 116), la cual se aclarará más adelante con ayuda, sobre todo, del marco teórico.

En fin, la adecuada definición de las propiedades nos ayuda con la solución previsible. Ciertamente, el tener explícitos todos los elementos relevantes del problema sugiere, por lo menos, qué pasos pueden ser útiles para resolverlo (Bunge 1972, 204).

6.2.3. PRESUPUESTOS EXPLÍCITOS Y VERDADEROS

La voz presupuesto implica aquello que está mucho antes de lo mostrado, de lo dado, de lo existente.

Para entender esta parte, Bunge (2007, 40) utiliza una analogía que nos puede ayudar, recurriendo a la imagen de un gato sobre una estera. Este hecho incluye al menos tres cosas concretas: el gato, su estera y el suelo que está debajo. Dice él que si el entorno no cambia de manera apreciable durante el tiempo de interés o si esos cambios no tienen ninguna consecuencia significativa para el gato, la estera o el suelo, no será necesario referirse a ellos de manera explícita.

Una vez más insistimos en que en todo problema de investigación aparecen tres clases de ideas: el fondo, el generador y la solución (Bunge 1972, 195). A lo que nos acabamos de referir es al trasfondo. Este trasfondo tiene entre sus componentes a los presupuestos del problema. En esta parte lo que se exige es explicitar los presupuestos relevantes o de más importancia (Bunge 1972, 225).

Es decir, en materia metodológica es no solo recomendable sino hasta exigible dar a conocer los presupuestos que soportan el problema, salvo - como se acaba de decir- que alguno de los componentes del trasfondo no sufra un cambio significativo.

Verbi gracia, si estamos hablando de un tema constitucional, por ejemplo, el debido proceso como garantía constitucional, no será tan necesario hacer alusión a que nuestra Constitución Política entró a regir en el año 1993 gracias a la aprobación que le dio el Congreso Constituyente Democrático, pues se trata de una verdad prácticamente invariable dentro de la esfera constitucional. Bastará con mencionar que en nuestra Constitución se consagra al debido proceso y continuar narrando.

Pero aparte de estas verdades prácticamente inmutables, es necesario entender que un problema se construye asumiendo la validez de un conjunto de presuposiciones o presupuestos, constituidos por afirmaciones que tienen que ser, si no verdaderas, cuando menos presumiblemente verdaderas, es decir, plausibles (Piscoya Hermoza 1995, 109-110).

Entonces el presupuesto implica que ninguna investigación se inicia de la nada, de “cero”. Todo estudio parte de un “piso” necesariamente preexistente, y el requisito del *presupuesto explícito* exige dar a conocer en el trabajo estas “bases”, “cimientos” o “piso” del que se parte.

Todo problema se plantea respecto de un cierto fondo previo constituido por el conocimiento preexistente y, en particular, por los presupuestos específicos del problema. Estos presupuestos son las afirmaciones que, de alguna manera, están implicadas, pero no puestas en tela de juicio por el problema y la investigación que este desencadena (Bunge 1972, 196).

No hay preguntas semánticamente simples pues todas tienen un determinado cuerpo de presupuestos; ninguna investigación puede partir de la nada, no hay investigación sin presupuestos (Bunge 1972, 206). Por lo tanto, es deber del estudioso dar a conocer de manera explícita los presupuestos que soportan al problema.

Sin embargo, no basta con dar a conocer el presupuesto, sino que es menester mostrar con claridad que este es verdadero (o que por lo menos no es falso), y con ello se cierra el ciclo de un problema bien formulado.

Como antelamos, Descartes (2012 [1637], 50) recomendaba como primer paso en su metodología no tomar jamás por verdadera cosa alguna que se reconociese claramente como tal, evitando la precipitación, de modo que no se debería considerar aquello que no se presentase de modo diáfano e indubitable.

Entonces, como no hay problema sin un trasfondo, y como este puede constar de falsedades o de ideas debatibles, la aceptación incauta de una pregunta sin examinar su trasfondo no tiene más valor que la aceptación ingenua de una respuesta sin examinar su fundamento. En consecuencia, una concepción defectuosa de una pregunta basada en un trasfondo errado, puede llevar al estudio por una vía improductiva. En síntesis, el problema tiene que estar bien concebido en el sentido de que su trasfondo y, en particular, sus presupuestos, no sean ni falsos ni por decidir (Bunge 1972, 203 y 214).⁷

Un primer ejemplo para comprender esta parte lo encontramos en la llamada teoría del contrato social, según la cual en alguna época histórica los humanos se reunieron y acordaron una sumisión a una autoridad elegida y la protección de esta autoridad a los súbditos; naciendo así toda una construcción que explica desde la evolución de la organización estatal hasta los derechos humanos. Es decir, para una corriente, por ejemplo, la representatividad gubernamental o el fundamento de los derechos humanos hunden sus raíces en el contrato social (*cf.* Fernández s.f., 75 y ss; Nogueira Alcalá 2003, 11 y ss.). Bajo esta perspectiva, toda explicación al respecto, a fin de cuentas, se origina en el contrato social. Por tanto, este contrato social es el presupuesto de todos estos estudios.

⁷ Sin perjuicio de lo dicho, es menester precisar que los presupuestos deben considerarse relativos, por cuanto lo que en un determinado contexto es un enunciado fuera de cuestión, puede ser objeto de investigación o de corrección y hasta de recusación, en otro contexto u otro ulterior estadio de desarrollo de la ciencia. Si se cambia el contexto, puede cambiar significativamente la pregunta. Con ello, el requisito bajo estudio se lo podría reconstruir como que un problema está bien concebido cuando su trasfondo en el mismo contexto es coherente (Bunge 1972, 204-205).

Este presupuesto hay que explicitarlo, o sea darlo a conocer, pero además hay que probar que es cierto. Y para ello las preguntas serían: ¿existió realmente el contrato social?, ¿dónde se lo firmó?, ¿quiénes lo celebraron?; con lo cual nos damos cuenta que este presupuesto carece de veracidad, trayéndose abajo toda la edificación construida sobre su base.

Sobre este punto Fustel de Coulanges (2012, 98) ha dicho que suponer que las sociedades humanas han podido comenzar por una convención o por un artificio es algo que la ciencia histórica no puede admitir como verdadero.

Otro ejemplo para entender el tema del presupuesto en la investigación lo encontramos en la obra de Kelsen. El profesor Kelsen construyó todo un sistema para comprender al derecho. Y como bien se sabe, esta construcción tiene al inicio de todo a la norma fundamental. Esta norma fundamental es la que da firmeza y fundamento a todo el ordenamiento jurídico. Kelsen cumple con explicitarla, es decir, con darla a conocer.

Para Kelsen la validez o fuerza obligatoria de una norma jurídica se sustenta, a fin de cuentas, en la norma básica o fundamental. Así, Kelsen, cumplió con dar a conocer su presupuesto, pero no con mostrar su veracidad. Por ello se sabe que esta norma fundamental no es ni la Constitución, ni mucho menos una norma de carácter moral. Entonces, ¿esa norma fundamental realmente existe o existió alguna vez?

Para Kelsen (1996, 66) la norma fundamental no es más que un mero presupuesto epistemológico, es decir una suerte de hipótesis de trabajo para sus planteamientos. Pues si no se presupone lo que dispone que un orden deba ser observado, no es factible describir ese orden como una norma jurídica (Nino 2003, 35).⁸ Por tanto, esa norma fundamental, en puridad, parece no existir, y con ello se puede discutir no tanto la estúpida construcción kelseniana, pero sí “las bases” de las que se parte, trayéndose abajo toda la cimentación.

Vamos ahora a proponer ejemplos más cercanos.

Si alguien quisiese averiguar *¿cuál es el factor predominante para el incremento de la delincuencia en la Comunidad de San Benito?*, tiene necesariamente que mostrar algunos presupuestos en el planteamiento antes de arribar a esta formulación. Así, tiene que acreditar primero que la Comunidad de San Benito existe (lo cual es sumamente sencillo), y luego tiene que mostrar que en dicha comunidad se ha incrementado la delincuencia.

⁸ Por ello mismo es que los iuspositivistas trabajan tranquilos en esta esfera pues el presupuesto epistemológico de la norma fundamental les permite acceder sin compromisos morales o ideológicos a las únicas entidades del derecho como son las normas jurídicas (Nino 2003, 35).

Entonces, en su planteamiento, el investigador deberá mostrar primero las características generales de esta Comunidad y luego tendrá que acreditar con detalle el incremento de la delincuencia en dicho lugar (y no solo que hay delincuencia). Si no llega a mostrar este incremento delincencial, en vano se esfuerza por averiguar los factores, pues no puede haber causas de algo que no existe. Y si –inexplicablemente- el estudioso mostrase que el aparente factor predominante es el alto índice de analfabetismo, su tesis se desvanecería por una debilidad en su presupuesto, ya que, como venimos diciendo, no puede haber un factor de algo que nunca se ha generado.

En la formulación *¿cuáles son los criterios judiciales que debilitan el cumplimiento de las indemnizaciones a favor de las víctimas de daños por restos espaciales en el Perú?*, simplificando, hay que mostrar varios presupuestos: que existen víctimas reales de daños generados por restos espaciales en el Perú, que esas víctimas han sido favorecidas por una indemnización, y que el cumplimiento de esas indemnizaciones ha sido debilitado por la labor judicial. Como se puede ver, todos estos presupuestos se deben dar a conocer en el planteamiento, de modo que no quede duda de que lo que se va a investigar cuenta con un asidero cierto y verdadero. Por ejemplo, si no existiese víctima alguna de restos espaciales en el Perú, la tesis caería por su propio peso.

Un aspecto final, en una tesis dogmático-jurídica de naturaleza propositiva, es decir, aquella donde se intenta una propuesta de mejora del ordenamiento jurídico, el presupuesto lo constituye el hecho de que la regulación actual es deficiente o no es del todo adecuada, pues en caso contrario no tendría razón de ser la propuesta. Por tanto, hay que dar a conocer esas deficiencias previas, pues sin ellas la tesis propositiva carece de valor.

Por ejemplo, si alguien formulase *¿cuáles deben ser los lineamientos máximos para determinar la responsabilidad internacional de un ente privado?*, tendrá que mostrar como presupuestos que un ente privado es susceptible de responsabilidad internacional y que en la actualidad no existen lineamientos para ello o que, si los hay, son exagerados.

En la tesis *¿por qué no debe operar la prescripción extintiva administrativa de oficio en un procedimiento trilateral?* se debe mostrar que en la actual regulación se aplica a estos procedimientos la prescripción extintiva de oficio y que, evidentemente, ello es negativo, porque en caso contrario no sería una buena propuesta su supresión; o sea, si no se muestra que este accionar es perjudicial, en vano se intenta una propuesta, pues propiamente no hay problema.

Por lo dicho al último, es recomendable en una tesis propositiva, laborar con una doble formulación o pregunta: una descriptiva y una propositiva. En la primera se muestra lo incorrecto, y en la segunda se corrige. Así, con los ejemplos anteriores tendríamos:

- *¿Qué consecuencias negativas trae consigo la aplicación de oficio de la prescripción extintiva administrativa de oficio en un procedimiento trilateral? y luego ¿por qué no debe operar la prescripción extintiva administrativa de oficio en un procedimiento trilateral?*
- *¿Qué deficiencias de regulación existen respecto de la responsabilidad internacional de un ente privado?, y después ¿cuáles deben ser los lineamientos máximos para determinar la responsabilidad internacional de un ente privado?*

Ahora bien, en caso de que alguno de los presupuestos fuese falso hay que proceder a la reformulación del problema, pero si las presuposiciones más fundamentales del problema fueran falsas, entonces no queda más remedio que cambiar completamente de tema (*cf.* Bunge 1972, 227; Piscoya Hermoza 1995, 110-111).

Pasados estos tres filtros, la solución previsible, las variables o propiedades definidas, y la explicitación y verificación de los presupuestos, el problema prácticamente está bien encaminado.

7. JUSTIFICACIÓN O FUNDAMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La justificación o fundamentación de la investigación responde a la pregunta por qué se hace el estudio, por qué es necesario llevar a cabo la investigación.

En efecto, elaborar una tesis no es un trabajo simple, muestra de ello es el alto déficit de graduados bajo esta modalidad tanto en pregrado como en posgrado, o en todo caso la paupérrima producción científica resultado de estas tesis (Piscoya Hermoza 2011, 104-105); y por lo mismo, el investigador va a gastar bastante de su tiempo en esta empresa. Así, sería ininteligible que un estudioso gastase su tiempo en algo inservible.

Entonces, no basta con encontrar un problema cualquiera, delimitarlo del conjunto de los que le son conexos o parecidos y colocarnos ante una interrogante precisa, sino que antes de llevar a cabo la investigación es menester determinar su importancia (Pérez Escobar 1999, 120). Ergo, la justificación implica exponer explícitamente las razones o motivos por los cuales se pretende realizar (o se ha realizado) la investigación (Reza Becerril 1997, 235). La utilidad de los resultados de una investigación no se

improvisa luego de realizada, sino que es algo que se debe analizar desde el planteamiento mismo (Vieytes 2004, 152).

En suma, todo trabajo de investigación debe perseguir ser útil a la sociedad, es decir, el problema debe buscarse sin aislarse del mundo, sino pensando en las necesidades y aspiraciones del progreso de la humanidad; es por ello también que la elección del tema no es una operación sencilla, pues debe ser resultado de un ejercicio de meditación y no de una mera improvisación (Pérez Escobar 1999, 117 y 129). Lo que se espera de todo estudio es que tenga un impacto, directo o indirecto, en la mejora del conocimiento o el cambio de una situación deseado por la comunidad (Sánchez Fernández 2005, 69).

Como dijimos líneas atrás, podemos dividir los problemas jurídicos hasta en tres tipos, partiendo de la división propuesta por el profesor Piscoya (1995, 107), e intentando una adaptación al plano jurídico: teóricos, empíricos y tecnológicos. Esta división nos ayuda a entender la justificación o fundamentación del trabajo.

La fundamentación justamente viene a explicar la utilidad del trabajo. Esta utilidad, puede ser múltiple,⁹ pero la simplificaremos en tres: teórica, empírica y práctica.¹⁰

La justificación será **teórica**¹¹ cuando su culminación favorezca el avance académico o teórico del derecho. Como ya antelamos, esta justificación será de utilidad preponderantemente en las investigaciones dogmático-jurídicas y filosófico-jurídicas.

La fundamentación será **empírica**¹² cuando su envergadura se verifique en la vida real, en la sociedad como punto de incidencia del derecho, siendo de importancia en las investigaciones histórico-jurídicas y socio-jurídicas (sobre todo cuando verse sobre problemas sociales de urgente solución) (Sánchez Fernández 2005, 72).

⁹ Se habla, por ejemplo, de justificación académica, social, informativa, profesional, etc. (*vid.* Reza Becerril 1997, 235).

¹⁰ Se puede agregar una justificación metodológica cuando el estudio propicia la aparición de métodos, técnicas o instrumentos nuevos y originales (Vieytes 2004, 152).

¹¹ Aunque es indudable el valor académico de toda investigación, sobre todo la de una investigación teórica, también se puede insistir en una justificación meramente académica, como cuando, por ejemplo, el estudio se encamina a contribuir con los fines de la enseñanza, proponiendo metodologías de estudios, exponiendo teorías con rigurosidad, desarrollando técnicas de investigación, etc. (Sánchez Fernández 2005, 71-72).

¹² Debe quedar en claro que la utilidad empírica no es sino una manifestación de una justificación práctica (Sánchez Fernández 2005, 69-70), es decir, podría ubicarse la justificación empírica dentro de la práctica, pero la separamos solamente a efectos de mantener nuestra misma línea de desarrollo pedagógico.

Por último, la justificación será **práctica** o tecnológica cuando su terminación propicie el logro de objetivos de modo eficaz, de tal modo que será de utilidad en las investigaciones de índole propositiva (incluyendo algunos subtipos filosóficos como la metodología o la deontología).

Por ejemplo, la tesis comparativa que busca mostrar las semejanzas y diferencias de tratamiento normativo de los sujetos de derecho en diversos ordenamientos, tiende a contar con una fundamentación de orden académica o teórica. Por su parte, la tesis que busque averiguar el modo de influencia del tratamiento de los antecedentes penales en el acceso al trabajo goza de una justificación empírica. En cambio, la tesis que propugne mecanismos para efectivizar el cumplimiento de las multas en los procesos penales, contaría más bien con un sustento práctico.

Entiéndase que la fundamentación tiene que ser de tal naturaleza que convenza a los demás de que la tesis es indispensable llevarla a cabo. Se trata, entonces, de una justificación que interesa a la comunidad en general y no a un sujeto en particular.

Decimos esto porque más de una vez hemos visto tesis donde –basados en que la justificación es responder al por qué se hace la investigación- se colocan aspectos totalmente desenfocados. Por ejemplo, no se puede colocar como fundamentación que se hace la tesis porque con ello se aprobará un curso, o con ella se obtendrá el grado o la licenciatura, y cosas por el estilo. En este sentido, no es adecuado hablar de una justificación personal, ello es irrelevante para la comunidad científica.

La justificación es clave en un estudio, y determinante para permitir su elaboración y evaluación, y por ello mismo creemos que es mejor la denominación de fundamentación.

Para entender a la fundamentación o justificación es de utilidad lo ya dicho al hablar de la relevancia del problema investigativo. Si se recuerda, allí se anotó que el problema será digno de ser investigado cuando no se trate de un asunto trivial, sino significativo, por más que pueda cumplir formalmente con todas las fases metodológicas (Piscoya Hermoza 2009, 27). O sea, como venimos insistiendo, el problema no se define únicamente por su contenido o enunciación de algo desconocido o de la aparente incompatibilidad de dos ideas, sino que es indispensable que se necesite saber eso que se ignora, o que sea necesario compaginar las ideas o nociones discordantes, porque no se puede estar más en dicha situación, pues urge encontrar una solución. En una palabra, para que algo se convierta en obstáculo no basta con que esté frente a uno, sino que es ineludible pasar al otro lado precisamente a través de dicha barrera (Marías 2005, 5). He allí la fundamentación del trabajo.

Se sugiere, entonces, responder a interrogantes como saber a quiénes beneficiará la solución a obtenerse, si los resultados servirán de fundamento para otros estudios, si con ello se colmará un vacío o solucionará una discrepancia del saber jurídico, si la investigación es original y novedosa, etc. (Pérez Escobar 1999, 120).

En una palabra, gracias a la justificación entendemos que habrá una sustancial diferencia en entre la realidad (académica o práctica) antes de la investigación y después de ella.

Claro está que hay trabajos que en su propio planteamiento está ínsita su fundamentación; no así en otros. Verbi gracia, si alguien hiciese una tesis para cambiar el nombre legal del “acto jurídico” en “negocio jurídico”, tendría primero que mostrar la gran importancia de esa modificación y sus implicancias; de no hacerlo, su trabajo carece de fundamento, pues no debe olvidarse que el solo cambio de *nomen iuris* sin mayor justificación deviene en ocioso. En cambio, si alguien pretendiese mostrar los desaciertos e incongruencias que traen consigo las resoluciones del Tribunal Fiscal en casos similares, su fundamentación prácticamente está por descontada.

Es también útil la fundamentación cuando el trabajo se interconecta con otras áreas del saber. Por ejemplo, en una tesis sobre detracciones tributarias hay que insistir en la fundamentación, a efectos de dejar sentado que el trabajo no es meramente contable sino que consolida un aporte jurídico.

Efectivamente, el estudioso debe recordar que su formación es jurídica y no de otra rama del saber, consecuentemente no debe incursionar en algún tema totalmente ajeno a las disciplinas jurídicas, sino que su investigación deberá desenvolverse dentro del ámbito del derecho (Arellano García 2008, 194).

Para terminar, aunque cuantitativamente el fundamento puede hacerse en una media carilla, es posible la utilización de un espacio mayor cuando sea necesaria una mejor fundamentación a fin de evitar que el estudio peligre, siendo necesario insistir en la utilidad que tendrá.

8. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Una vez planteado el problema debe procederse a su delimitación, pues mientras más se lo delimite, tanto mejor podrán efectuarse mediciones y verificaciones (Zelayarán Durand 1997, 52). En efecto, todo tema de investigación resulta ser sumamente amplio, por lo que es imposible de abordar en todas sus posibilidades, ámbitos o perspectivas; por tal motivo se lo debe delimitar, es decir, dar a conocer y exponer claramente las vallas que el investigador fijará con relación al tema elegido (Reza Becerril 1997, 226).

El problema tiene que estar delimitado, pues un planteamiento que no sea progresivo, paso a paso, no es científico (Bunge 1972, 214).

Con lo dicho, entendemos por delimitación al conjunto de barreras que el investigador coloca al objeto de estudio. Ello es necesario porque en caso contrario se entenderá que la investigación abarcará absolutamente todas las aristas del objeto investigativo.

Por ejemplo, si alguien dice que estudiará “el aborto”, claramente su objeto de estudio es sumamente amplio. Pero será distinto si “cierra” su tema diciendo que estudiará “el aborto eugenésico en mujeres adolescentes entre los años 2000 y 2015 en la localidad de Juliaca”.

Efectivamente, al definir el problema es indispensable especificarlo en detalle y con precisión, individualizándolo por medio de distinciones meticulosas con temas análogos, lo cual, obviamente, favorecerá la postulación de una adecuada solución (Pérez Escobar 1999, 118).

La utilidad de la delimitación, ya en el rubro de la exposición y defensa de la tesis, radica en que el sustentante puede objetar toda interrogante que escape de la delimitación prefijada. Como contrapartida, el jurado o comité científico queda impedido de evaluar cualquier aspecto que esté fuera de la delimitación establecida por el estudioso. Y por el mismo motivo, como venimos diciendo, en caso de no establecerse delimitaciones claras, el investigador queda automáticamente sometido al conocimiento del total del tema con todas las aristas que este tiene.

Un supuesto más de utilidad de las delimitaciones, consiste en que, al señalarlas en un rubro aparte, favorecen una redacción más sucinta -y, por ende, más manejable- de la formulación. Por ejemplo, si pretendo estudiar la influencia de la ideología de género en el incremento de los casos de pedofilia, mi pregunta quedaría más o menos del siguiente modo:

- *¿Cómo influye la ideología de género en el incremento de los casos de pedofilia?*

Siendo que todos los demás aspectos referentes a la formulación los señalaré en la delimitación; pues, en caso contrario, o sea, de no utilizar la delimitación, la formulación del problema se agrandaría pudiendo dificultarse su manejo; por ejemplo:

- *“¿Cómo influye la ideología de género en el incremento de los casos de pedofilia, en la localidad de Celendín, entre los años 2015 y 2019, en víctimas menores de doce años?”*

En síntesis, si bien no está mal colocar los aspectos de la delimitación en la pregunta (como en este último caso), es mejor separarlos y ubicarlos en el

rubro de la delimitación, dejando a la formulación con una redacción simple y breve que facilite su manejo y entendimiento.

A continuación, mostramos algunos tipos de delimitación utilizables en sede jurídica, precisando que el espacio en redacción será el necesario para señalar brevemente estas delimitaciones.

8.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA O ANALÍTICA (Y SU DIFERENCIA CON EL ÁREA DE INVESTIGACIÓN)

En la delimitación temática el investigador parcela el objeto de estudio, separando aquello que no va a estudiar de aquello que sí analizará.

Se trata de especificar qué es lo que se quiere investigar, qué es lo que se quiere saber (Reza Becerril 1997, 227).

Esta delimitación es recomendable pues en caso de no hacerla implica que el investigador está abordando todo el objeto de estudio con todas sus aristas.

En primer término, se trata de saber si uno va a estudiar las características, las propiedades, las causas, los factores, las consecuencias, los efectos, etc. Luego de ello se debe precisar el tipo de características, causas, consecuencias, efectos, etc., que se pretende analizar; por ejemplo, socio-jurídicas, jurídico-políticas, normativas, económico-jurídicas, etc. Así, no será lo mismo estudiar: “las causas de la discriminación escolar”, que estudiar “las causas socio-culturales de la discriminación escolar;” y no será lo mismo estudiar: “los efectos de la criminalidad femenina” que “los efectos socio-culturales de la criminalidad femenina”.

Pero también sirve la delimitación temática cuando pretendemos “cerrar” el problema de estudio sin dejar espacio a otros subtemas que bien podrían evaluarse en el trabajo, pero que, por decisión del investigador, no serán abordados en esta oportunidad.

A modo de ejemplo, tenemos que, si alguien está estudiando al feminicidio, y sabiendo que el feminicidio comprende al íntimo, no íntimo y por conexión, el investigador tendrá que delimitar si su estudio abarcará a los tres tipos diferentes de feminicidio o solamente a uno o dos de ellos.

En el caso de estar estudiando al esquirolaje, si el estudioso no delimita su tema, debemos entender que va a trabajar, a la vez, con el esquirolaje interno y con el externo.

Otro ejemplo de delimitación temática sería la de aquel que está analizando a la Ley de protección de animales en cautiverio, donde se declara que únicamente se estudiarán a los animales domésticos y no a los silvestres en cautiverio.

Y si alguien está estudiando a la conciliación extrajudicial tendrá que delimitar si trabaja con la conciliación laboral, penal, familiar, administrativa, etc.

Esta delimitación es de posible utilización en las cuatro grandes tipologías de estudios jurídicos, es decir, dogmáticas, sociológicas, filosóficas e históricas.

Para terminar, es menester diferenciar la delimitación temática del área de investigación. El área de estudio tiene que ver con la rama jurídica elegida, mientras que la delimitación exige precisar las barreras del objeto dentro de esa rama elegida.

Por ejemplo, el estudio del esquirolaje se ubica en el área del derecho laboral pero en la delimitación tendrá que precisarse si se investiga al esquirolaje interno o externo.

En el caso del arbitraje su área podría recaer en el derecho administrativo y temáticamente delimitarlo al arbitraje de consumo.

Y en el supuesto de un estudio sobre los aspectos consuetudinarios de la sucesión, su área, indiscutiblemente, es el derecho civil sucesorio, pero se lo podría delimitar a la sucesión testada o intestada.

8.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL O GEOGRÁFICA

Como su nombre lo indica, se trata de delimitar el tema en un espacio determinado, pues en caso contrario se podrá entender que el estudio abarca a todo el globo terráqueo. Así, por ejemplo, no es lo mismo estudiar a los mecanismos de autodefensa civil “a secas”, que a los mecanismos de autodefensa civil en la ciudad de Piura. No será lo mismo analizar las consecuencias de una huelga ilegal “a secas”, que las consecuencias de una huelga ilegal en Jauja.

Tampoco es lo mismo estudiar las causas criminológicas del bullying simplemente, que las causas criminológicas del bullying en la I. E. San Jerónimo de Paucartambo.

Como se puede apreciar, esta delimitación “cierra” notablemente al objeto de estudio desde que se lo sitúa en un espacio predeterminado por el investigador.

Es menester precisar que la delimitación espacial, al referirse al lugar o espacio al que hace alusión la investigación, no solo sugiere un espacio físico sino también uno administrativo (Reza Becerril 1997, 227), pues no será lo mismo estudiar la corrupción, verbi gracia, en la Corte Superior de Justicia de Tumbes que en el Ministerio Público de dicha localidad.

En fin, aunque propiamente no se puede hablar de delimitación geográfica en el caso de un estudio dogmático-jurídico (porque al análisis implica un estudio en abstracto), intentando acercarnos a este tipo de delimitación diremos que, como el estudio dogmático-jurídico parte de las normas jurídicas legislativas (primordialmente), la delimitación espacial coincidirá con el espacio geográfico de aplicación o vigencia del dispositivo en estudio.

Así, por ejemplo, si alguien está estudiando una figura del código civil, como este rige en todo el Perú, su “delimitación espacial” será todo el territorio peruano. Y si estuviera estudiando una ordenanza regional limeña, su “delimitación geográfica” será la región de Lima.

Para concluir, si bien no es propio hablar de delimitación espacial en una investigación dogmático-jurídica, con mayor razón no lo será frente a un estudio de corte filosófico-jurídico, porque los estudios filosóficos tienden a una visión universal; no obstante, si fuere menester delimitar un trabajo de índole filosófica en un espacio geográfico, habría que intentar precisarlo, en la medida de lo posible.

8.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL O CRONOLÓGICA

Esta delimitación implica que el estudio tiene que parametrarse en un determinado tiempo, pues, en caso contrario implica que abarcará el fenómeno acontecido a lo largo de toda la historia.

Así, por ejemplo, no es lo mismo estudiar simplemente las causas sociológicas del sicariato, que las mismas causas, pero entre los años 2010 y 2016. En caso de no definirse temporalmente, el estudio deberá abarcar las causas del sicariato a lo largo de toda la historia de la humanidad, lo cual es casi imposible de abrazar.

Evidentemente, esta delimitación, aunada a las anteriores, será de mucha ayuda, toda vez que, no será lo mismo estudiar el delito de cohecho, que investigar el cohecho pasivo impropio en la localidad de Iñapari entre los años 1995 y 2000.

Una aclaración al respecto. La delimitación temporal alude el tiempo al que se refiere la investigación. Esto quiere decir que se debe precisar el tiempo que se investiga, el tiempo sobre el cual se recogerán los datos y la información, y no el tiempo en que se realiza la investigación (Reza Becerril 1997, 226). Por ejemplo, en el caso anotado, se pueden estudiar las causas sociológicas del sicariato entre los años 2010 y 2016, sin interesar si el estudio se ejecutó después de esos años. En todo caso lo que se necesita es que los datos recolectados correspondan al tramo temporal 2010-2016.

Al igual que para la delimitación anterior, es impropio hablar de delimitación temporal en una investigación de índole dogmática-jurídica, pues, insistimos, en este tipo de estudios el análisis es en el plano abstracto. No obstante, intentando adecuar la delimitación temporal a una investigación dogmática, diremos que, como el estudio parte del análisis de una norma legal (primordialmente), la cual entendemos que sigue vigente, el tiempo se contará desde la vigencia de dicha ley bajo análisis, hasta la actualidad.

Por ejemplo, si se está estudiando un instituto del código civil, su delimitación temporal será desde el año 1984 en que entró en vigencia, hasta la actualidad.

La dificultad de extender la delimitación cronológica a un trabajo filosófico-jurídico se choca con los mismos obstáculos antedichos, empero, si se estimase indispensable hacer una delimitación en el tiempo, se la podría intentar.

8.4. DELIMITACIÓN DEMOGRÁFICA O POBLACIONAL

Preliminarmente tenemos que esta delimitación se utiliza cuando la unidad de análisis nos refiere algún sujeto en especial, es decir, cuando nuestro objeto de estudio comprende a algún sujeto en particular que es necesario delimitar.

Por ejemplo, se puede delimitar un estudio a mujeres entre 18 y 25 años violentadas psicológicamente por su pareja. Como se puede ver, esta delimitación excluye a toda fémina fuera de ese rango etario; igualmente se excluye a las violentadas físicamente; y por último también excluye a las violentadas por un sujeto distinto a su pareja.

Otro ejemplo sería el de estudiar a reos en cárcel por delitos políticos. Como se puede ver, en este caso no nos interesan para la investigación los delincuentes comunes.

Al igual que en todas las delimitaciones, es necesario ser lo más precisos posible. Por ejemplo, en el caso último, el reo en cárcel puede ser un sentenciado o un procesado, por lo tanto, sería menester aclarar tal situación, pues en caso contrario se entiende que trabajaremos con ambos tipos de reclusos.

Obviamente esta delimitación es de suma utilidad según el tipo de resultado que se pretenda conseguir con el estudio.

Ahora bien, es posible también hablar de delimitación poblacional respecto de objetos (Reza Becerril 1997, 227), como sucede, por ejemplo, cuando se delimita el estudio a expedientes con sentencia casatoria con juicio de

fundabilidad sobre mejoras reales de recreo. Como se aprecia, aquí el objeto a investigar está bastante bien delimitado.

Esta delimitación será de suma utilidad cuando, más adelante, se hable de unidad de análisis, universo (o población) y muestra.

Para terminar, como se puede intuir, este tipo de delimitación no será de mayor usanza en una investigación dogmática-jurídica, menos aún en una filosófico-jurídica.

8.5. DELIMITACIÓN TEÓRICA O DE PERSPECTIVA

En un primer instante esta delimitación exige precisar la perspectiva teórica desde la cual se piensa abordar el tema de investigación. Por ejemplo, la familia puede ser estudiada desde la sociología, desde la economía, desde la política, desde el derecho, etc., pues cada profesión contará con su propia perspectiva de análisis. Así, pareciera que esta delimitación se refiriera al uso de unos lentes con los que voy a aproximarme a observar al objeto de estudio (Reza Becerril 1997, 228).

Vistas las cosas de ese modo, esta delimitación no sería de mucha utilidad, pues al hablar de tesis de derecho, queda en claro que la perspectiva siempre va a ser la jurídica. Sin embargo, también se entenderá, fácilmente, que no es lo mismo estudiar a la propiedad desde la óptica penal que desde la civil o constitucional; así como no es lo mismo aproximarme a estudiar al domicilio desde la perspectiva tributaria que desde la constitucional, la penal, la civil o la procesal.

Ad empero, la mayor utilidad de este tipo de delimitación se manifiesta cuando el objeto a estudiar ha sido comprendido y analizado coherentemente desde más de una óptica investigativa. En esos casos el investigador tiene que tomar postura por cuál de las corrientes teóricas o doctrinarias que explican el fenómeno es la más conveniente para su estudio.

Como su nombre lo indica, para arribar a una delimitación de este tipo es indispensable conocer lo que se ha escrito sobre el objeto de estudio que hemos elegido.

Por ejemplo, si alguien está estudiando el derecho de objeción de conciencia encontrará que en sede doctrinaria existen cuando menos dos modos de pensamiento para concebir, entender y tratar este derecho. Ciertamente, para un sector la objeción de conciencia es una manifestación del derecho a la libertad, mientras que, para otro, es una manifestación del derecho a la identidad (*vid.* Espinoza Espinoza 2006, 289 y ss.). En un caso así, el estudioso deberá inclinarse por alguna de las corrientes a efectos de evitarse cualquier inconveniente en el desarrollo de su trabajo; puesto que en caso de

no adherirse a alguna de estas concepciones queda a merced de que el jurado evaluador o el comité científico pregunten desde ambas posturas teóricas.

En igual sentido si alguien está haciendo un trabajo sobre responsabilidad civil sabe que existen cuando menos dos corrientes doctrinarias sobre la concepción de dicho fenómeno. La teoría unitaria postula que la responsabilidad civil es un solo fenómeno con equivalente construcción entre la contractual y extracontractual; entre tanto la binaria postula que la responsabilidad civil contractual difiere en gran medida de la extracontractual por lo que se hace necesario un tratamiento y estudio por separado (Espinoza Espinoza 2011, 51 y ss.). En este caso, si el investigador no delimita su estudio desde una de estas corrientes, queda sujeto a ser interrogado desde cualquiera de las dos construcciones teóricas.

En fin, la delimitación teórica también es de suma utilidad cuando uno se ubica frente al objeto desde una de las grandes perspectivas doctrinarias del derecho: iusnaturalismo, iuspositivismo, iussociologismo, tridimensionalismo, etc. Así, si alguien está averiguando cuál es la fuente del valor jurídico “justicia”, la respuesta no será la misma si se ubica en una corriente iusnaturalista teológica que en una iuspositivista metodológica o en una iussociologista realista.

Llegar a este tipo de delimitación implica un alto grado de conocimiento sobre las diferentes concepciones sobre el objeto materia de estudio que, sobre todo, la filosofía del derecho puede brindar.

8.6. LA MOSTRACIÓN DE LA DELIMITACIÓN

Acabamos de ver hasta cinco tipos de delimitación, donde cada uno de ellos responde a una interrogante precisa a absolver (*vid.* Reza Becerril 1997, 228):

Gráfico 2: DELIMITADORES E INTERROGANTES

DELIMITACIÓN	INTERROGANTE A RESOLVER
Temática o analítica	Qué se investiga
Espacial o geográfica	Dónde se investiga
Temporal o cronológica	Desde cuándo y hasta cuándo se investiga
Demográfica o poblacional	A quiénes se investiga

Teórica perspectiva	o	de	Desde dónde se investiga
------------------------	---	----	--------------------------

Para terminar, en cuanto a la demostración de la delimitación, aunque es recomendable colocar las delimitaciones en un solo párrafo a través de un texto coherente que reúna los cinco niveles delimitadores (Reza Becerril 1997, 229) como se muestra a continuación:

El presente estudio se dirige a investigar al hecho determinante de un tercero como fractura causal, en el Distrito Judicial de Cajamarca entre los años 2010 y 2019, referidos a sujetos con discapacidad mental pero con discernimiento, desde la teoría unitaria de la responsabilidad civil

No hay óbice para colocar cada delimitador en un apartado independiente con el fin de favorecer su visualización, como se muestra a continuación:

Temática : El hecho determinante de un tercero como fractura causal

Espacial : En el Distrito Judicial de Cajamarca

Temporal : Entre los años 2010 y 2019

Demográfica : Sujetos con discapacidad mental pero con discernimiento

Teórica : Desde la teoría unitaria de la responsabilidad civil

9. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Mientras que las delimitaciones son las barreras que el investigador coloca al objeto de estudio, las limitaciones son las barreras que el objeto de estudio coloca al investigador evitando un perfecto abordaje.

Al iniciar un estudio, el investigador debe evaluar si es posible obtener la solución, si se cuenta con los recursos económicos, temporales y de información para culminar el trabajo, y también si cuenta con la pericia suficiente para resolver el problema (Pérez Escobar 1999, 120).

Por ejemplo, es difícil llevar a cabo un minucioso estudio de un caso judicial sin tener todo el expediente a la mano, contando solamente con algunas piezas procesales. Esto se supera si en las piezas obrantes hay ciertos datos sobre las faltantes.

Igualmente, es sumamente complicado hacer un estudio de derecho romano sin conocer la lengua latina, así como es altamente complicado elaborar un buen trabajo sobre derecho penal sin manejar la lengua alemana, sin embargo, estas limitaciones se pueden suplir leyendo los libros traducidos del latín o del alemán, respectivamente.

Suele suceder que un alumno de los primeros años al intentar concluir una investigación se choca con que no ha llevado las materias posteriores y eso dificulta su trabajo. Por ello, sobre esto se ha dicho que el tema elegido debe estar al alcance de las capacidades del investigador, o sea, que la materia debe estar comprendida en el ámbito de los conocimientos del estudioso, no debiendo sobrepasar sus posibilidades cognoscitivas (Pérez Escobar 1999, 128). En un caso como este estamos ante una limitación, la cual, con un poco de lectura, se podrá superar, aunque no del modo en que si el estudiante conociese a profundidad la materia aún no cursada.

Con lo dicho, es posible dividir a las limitaciones en objetivas o subjetivas, respectivamente, según si el obstáculo es externo al investigador (por ejemplo, no es posible acceder a ciertas partes de un expediente que serían idóneas de revisar), o si es interno para él (por ejemplo, la falta de manejo de un idioma).

A estas alturas es menester diferenciar la limitación (sobre todo objetiva) de la inviabilidad del trabajo. Como ya se dijo, la inviabilidad implica que el trabajo definitivamente no puede llevarse a cabo, porque no se obtendrá resultado alguno; en cambio con la limitación el estudio se puede concluir pero no de modo óptimo, sino de manera diferente -aunque cercana- a como se hubiese concluido en caso de haber podido superar la limitación. Por lo general, una limitación tiene que ver con un obstáculo temporal que el investigador no puede suplir al momento de elaborar el estudio, en cambio la inviabilidad tiene que ver con una barrera infranqueable, por lo general, definitivamente.

Como ya anotamos previamente, no se puede hacer una tesis sobre un autor extranjero si este no es leído en su lengua original (Eco 1977, 43), por más traducciones que se tengan. En similar sentido, no se puede hacer un estudio serio sobre derecho romano sin saber latín, o uno sobre derecho anglosajón sin conocer inglés (Pérez Escobar 1999, 128).

Igualmente, hay que tener en cuenta la facilidad para conseguir fuentes de información y la posibilidad de documentarse adecuadamente; así, por ejemplo, será materialmente imposible elaborar un estudio cuyas unidades a analizar sean un conjunto de expedientes secretos del servicio de inteligencia estatal a los cuales no se tiene acceso.

Adicionalmente tenemos que en el rubro de las limitaciones no es adecuado colocar como limitación la escasez de bibliografía sobre el tema elegido. Primero, porque, como bien se ha dicho, el hecho de que respecto de un tema casi no haya bibliografía directa aprovechable no significa que el tema deba abandonarse pues siempre hay fuentes indirectas para los temas conexos y para las materias que apoyan como cimentación el tema respectivo (Arellano García 2008, 193). Y segundo porque, como lo explica la revisión de literatura, siempre existen fuentes de consulta (distintas a los libros), solo que muchas de ellas suelen no estar en nuestro idioma o no son de acceso libre, casos en los cuales la limitación va por esos caminos, es decir, la limitante sería propiamente o el desconocimiento del idioma o la falta de recursos económicos para el acceso a las fuentes, pero jamás la ausencia de ellas.

Para terminar, hay que indicar que el tema de las limitaciones se conecta con el asunto de la ética en la investigación. Por ejemplo, cuando en el trabajo se declara que no se ha podido ubicar todos los expedientes o sujetos a ser estudiados -lo cual es una limitación al estudio- se supone que dicha declaración es real y está siendo hecha con honestidad.

Y en este mismo rubro -o sea, el de la ética en la investigación- nuevamente hay que diferenciar la limitación de la inviabilidad, por ejemplo, no está permitida la experimentación propiamente dicha con seres humanos por atentar contra su dignidad; ergo, si en un estudio nos enfrentásemos a un posible atentado de esta naturaleza, la investigación ya no sería simplemente limitada (por más que pueda llevarse adelante), sino que se convertiría jurídicamente en inviable.

Por ejemplo, si alguien quisiese probar el funcionamiento de un modelo educativo, de tal modo que en un salón de un colegio se aplicase el modelo y en otro, no; habría que evaluar si es que esta suerte de “experimento” no daña al derecho a la educación y libre desenvolvimiento, sobre todo, del grupo testigo o de control, es decir, de aquel donde no se aplica el nuevo modelo, pues se está intentando la mejora de un grupo en desmedro de otro.¹³

Ahora bien, bajo el rubro llamado limitaciones, justamente lo que se hace es señalar concisamente las dificultades que se tendrán (si es proyecto) o se han tenido (si es producto final) para ejecutar la investigación, lo que cuantitativamente se traduce en uno o dos párrafos a lo sumo.

¹³ Para terminar de entender esta línea limítrofe se puede revisar literatura sobre experimentos con seres humanos, como el de la prisión de Stanford, Tuskegee, Mk ultra, Monster Study, entre otros.

10. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Los objetivos del estudio constituyen los propósitos o metas principales hacia los cuales se orienta la investigación, por ello su descripción o enunciado debe ser lo más clara y precisa posible, sin prestarse a interpretaciones diversas, pues a través suyo se delinea el logro que se pretende alcanzar (Sánchez Fernández 2005, 74; Solís Espinoza 2008, 147; Vieytes 2004, 149).

Los objetivos son las metas que busca alcanzar la investigación, respondiendo a la pregunta “para qué”. Y decimos que se trata de las metas del estudio porque existe algo de confusión (al igual que con la justificación) en la concepción de los objetivos; pues como se los define como las metas que busca el investigador a través del estudio, algunos creen que son objetivos las metas subjetivas que obtenga el investigador con el estudio, lo cual no es cierto. Dicho de modo ejemplificativo, no son objetivos: alcanzar el título de abogado, obtener el grado de maestro, etc. A la comunidad científica poco o nada les importa las metas personales que un sujeto alcance, lo que le interesa son los resultados obtenidos con la investigación.

Es un desliz serio el formular los propósitos del investigador -o de quien encargó el estudio- como objetivos de la investigación. Los propósitos son los fines últimos que el investigador espera que ocurra como efecto del aprovechamiento de los resultados de su investigación, en cambio los objetivos son un producto de la investigación en sí, y deben ser cumplidos con la tarea del investigador, a diferencia de los primeros que pueden no alcanzarse. En una palabra, los objetivos se refieren a los resultados de la investigación y no a los usos y las aplicaciones que el investigador espera de los resultados (Vieytes 2004, 154).

Es por todo ello que definimos a los objetivos como las metas que pretende la investigación. Con ello también decimos que un estudio iniciado por un investigador puede tranquilamente ser culminado por otro sin desnaturalizar los objetivos, cosa que no sucederá si es que entramos al plano personal de los estudiosos.

Sobre el número de objetivos (aunque se recomienda uno general y hasta máximo cinco específicos), deberán ser los necesarios y suficientes para enunciar con claridad las metas referidas al estudio, siempre que sean alcanzables y se evidencie concordancia entre todos ellos (Sánchez Fernández 2005, 80).

Los objetivos, clásicamente se dividen en generales y específicos.¹⁴

¹⁴ Además de la clásica división de objetivos en generales y específicos, existe otra que los agrupa en objetivos teóricos (busca indagar acerca de una teoría en especial o concepto),

10.1. OBJETIVOS GENERALES

El objetivo general, final o mediato es el enunciado que abarca el propósito global del trabajo (Solís Espinoza 2008, 148), por tanto, es más amplio que los específicos (Reza Becerril 1997, 231-232; Sánchez Fernández 2005, 77). El objetivo general es la meta final que se alcanzará con la investigación. Se trata del fin último al cual se encamina el estudio.

Este objetivo general se condice que la pregunta general o formulación, de tal modo que, si se cuenta con una sola formulación, entonces se deberá tener solo un objetivo general. En una palabra, los objetivos generales deben coincidir en número con las preguntas planteadas en la formulación.

La utilidad del objetivo general radica en que sirve de directriz para no perderse en el estudio; pues, suele suceder que un investigador, sobre todo cuando recién empieza a investigar, al momento de leer e informarse, el tema elegido se va ampliando a tal punto de tornarse inmanejable. Justamente en esta situación es cuando el objetivo general viene en ayuda para retomar el rumbo a punto de perderse.

10.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos, por desprenderse del general, constituyen aspectos específicos derivados de aquel. El logro de estos permitirá el cumplimiento del objetivo general (Solís Espinoza 2008, 148). Los objetivos específicos, intermedios o inmediatos se refieren a situaciones o aspectos parciales que coinciden o configuran el objetivo general (Vieytes 2004, 150). El objetivo general se disgrega en objetivos particulares (Reza Becerril 1997, 232). La relación entre el objetivo general y los específicos es de medio a fin, pues aquel engloba a estos (Sánchez Fernández 2005, 77).

Dicho de otro modo, los objetivos específicos son las metas paulatinas que hay que ir alcanzando para arribar al objetivo general. Mientras que el objetivo general es la meta final, los objetivos específicos muestran los pasos que hay que ir dando para llegar a dicha meta.

Es por ello que propiamente son los objetivos específicos los que se investigan y no el objetivo general, toda vez que este se logra junto con los resultados de aquellos, ya que es más amplio. El objetivo general es la suma de los objetivos específicos (Vieytes 2004, 150-151).

Estos objetivos específicos deben coincidir con la sistematización del problema. Es decir, si se recuerda que la formulación puede dividirse en

metodológicos (indaga diferentes niveles metodológicos de análisis de un mismo tema), técnicos (indaga las diferentes técnicas de investigación empleadas) y empíricos (busca conocer en la práctica una realidad especial) (Reza Becerril 1997, 232-233).

subpreguntas, los objetivos específicos deben estar debidamente engarzados con estas.

Ciertamente, luego de haber hallado el problema a investigar se aconseja descomponerlo en sus subproblemas, para de allí desprender los respectivos objetivos, en forma tal que permitan ser tratados de manera individualizada (Pérez Escobar 1999, 117).

Ante esto hay que aclarar que, si bien las subpreguntas no son obligatorias pero sí recomendables; los objetivos específicos son de ineludible elaboración.

Los objetivos específicos –al igual que todo el proyecto- se podrán ir afinando según se vaya avanzando, sobre todo cuando, de ser el caso, se disgregue la hipótesis o se operacionalicen las variables o componentes estableciendo indicadores, pues estos indicadores están estrechamente relacionados con ellos; es decir, los indicadores tendrán que estar reflejados necesariamente en algún objetivo específico.

10.3. ¿CÓMO FORMULAR LOS OBJETIVOS?

A continuación, damos algunas pautas para la elaboración de los objetivos, tanto generales como específicos, aclarando que esta tarea no debe ser complicada, aunque en la práctica se suelen cometer algunos errores en su construcción.

10.3.1. SE INICIAN CON EL VERBO INFINITIVO IDÓNEO

Los objetivos se elaboran iniciando con un verbo en forma infinitiva, por ejemplo, se pueden utilizar verbos como: ubicar, identificar, describir, establecer, determinar, verificar, evaluar, analizar, examinar, asociar, relacionar, comparar, explicar, proyectar, formular, proponer, etc., pero hay que estar seguros de que dicho verbo es el indicado para la labor a realizar.

Por ejemplo, si coloco como objetivo:

-Analizar sentencias en Casación sobre la pretensión pauliana.

Este objetivo presupone que las sentencias ya las tengo en mi poder, por ello es que procederé a estudiarlas. En caso de no tenerlas el objetivo idóneo sería:

-Recopilar y analizar sentencias en Casación sobre la pretensión pauliana.

Veamos los siguientes objetivos, muy parecidos en su redacción pero diferenciados por sus debidas presuposiciones, mostradas en el verbo utilizado (cf. Vieytes 2004, 151):

- ***Establecer los fundamentos por los que la pretensión de los acreedores contra la renuncia hereditaria perjudicial es una variante de la acción pauliana.***

Este objetivo implica que los fundamentos para estimar a dicha figura como variante de la acción pauliana se desconocen, y el trabajo consistirá en detectarlos y mostrarlos.

- ***Corroborar los fundamentos por los que la pretensión de los acreedores contra la renuncia hereditaria perjudicial es una variante de la acción pauliana.***

Este objetivo asume que los fundamentos ya han sido dados a conocer pero que, por alguna razón, se hace necesario confirmarlos.

- ***Examinar los fundamentos por los que la pretensión de los acreedores contra la renuncia hereditaria perjudicial es una variante de la acción pauliana.***

Este objetivo asume la existencia de los fundamentos, pero se encamina a analizar y profundizar en el estudio de dichos fundamentos.

- ***Proponer los fundamentos por los que la pretensión de los acreedores contra la renuncia hereditaria perjudicial es una variante de la acción pauliana.***

Este objetivo presupone que los fundamentos no existen, sino que hay que construirlos o, en todo caso, terminar de construirlos.

10.3.2. SE DEBEN REFERIR A LA INVESTIGACIÓN

Siguiendo la misma línea anterior, venimos diciendo que los objetivos son las metas que busca alcanzar la investigación, y que, por tanto, no es correcto colocar como objetivos las metas subjetivas que obtenga el investigador con el estudio. Así, no serán objetivos: *alcanzar el título de abogado, obtener el grado de maestro, etc.*, pues –como adelantamos- a la comunidad científica poco o nada les importa las metas personales que un sujeto alcance, lo que le interesa son los resultados obtenidos con la investigación.

Efectivamente, ya anticipamos que es incorrecto formular los propósitos del investigador -o de quien encargó el estudio- como objetivos de la investigación. Los propósitos son los fines últimos que el investigador espera que ocurra como efecto del aprovechamiento de los resultados de su investigación, en cambio los objetivos son un producto de la investigación en sí, y deben ser cumplidos con la tarea del investigador, a diferencia de los primeros que pueden no alcanzarse. En una palabra, los objetivos se refieren

a los resultados de la investigación y no a los usos y las aplicaciones que el investigador espera de los resultados (Vieytes 2004, 154).

Es importante, entonces, tener cuidado especial al seleccionar los verbos que describan la acción que se pretende alcanzar; por tanto se deben evitar verbos que se orientan a lograr acciones finales como: mejorar, motivar, capacitar, enseñar, etc., porque ellos no se alcanzarán en el desarrollo de la investigación (Solís Espinoza 2008, 147-148).

En similar sentido no es adecuado colocar como objetivos las expresiones que indican algún tipo de aplicación práctica inmediata, pues ninguna tesis está en posibilidad de lograr cambios en la realidad como resultado de la pura investigación (Sánchez Fernández 2005, 75). Así, no serán objetivos: *mejorar el acceso a la justicia, perfeccionar la coherencia interna de las sentencias judiciales, controlar la labor de las rondas campesinas, etc.*

Por ejemplo, en los estudios *¿a qué se debe que no se ha aprobado el matrimonio en sede notarial?*, o *¿por qué se debe permitir la celebración matrimonial en una notaría pública?*, un objetivo absolutamente errado es el: *propiciar que la gente se case en una notaría pública.*

10.3.3. SE CONSTRUYEN PARTIENDO DE LAS PREGUNTAS

Como ya se adelantó, los objetivos generales se construyen partiendo de la formulación, y los objetivos específicos se construyen partiendo de las subpreguntas obrantes en la sistematización. Por tanto, debe haber una estrecha relación entre lo que se pregunta y lo que se pretende alcanzar.

Vamos a colocar ejemplos de objetivos conforme a sus respectivas preguntas, según los diversos alcances existentes:

Exploratoria y descriptiva

- *¿Cuál es la problemática del Certificado de Crédito Hipotecario Negociable?*
- ***Conocer la problemática del Certificado de Crédito Hipotecario Negociable***
- *¿Cómo era la defensa judicial en el Incanato?*
- ***Describir el modo de defensa judicial en el Incanato***
- *¿Cuál es la naturaleza jurídica de la conciliación extrajudicial?*
- ***Determinar la naturaleza jurídica de la conciliación extrajudicial***
- *¿Cómo se está aplicando el modelo procesal oral en el ámbito procesal laboral?*

- ***Describir la manera en que se está aplicando el modelo procesal oral en el ámbito procesal laboral***

Correlacional

- *¿Cuál es la relación entre la desocupación y la criminalidad?*
- ***Establecer la relación entre la desocupación y la criminalidad***
- *¿Qué relación existe entre los divorcios y los ingresos económicos de la mujer y el varón divorciados?*
- ***Conocer la relación existente entre los divorcios y los ingresos económicos de la mujer y el varón divorciados***
- *¿De qué manera se relacionan la axiología jurídica y la función dikelógica judicial?*
- ***Identificar la manera en que se relacionan la axiología jurídica y la función dikelógica judicial***
- *¿Cómo influyó la opresión chilena en el mantenimiento del patriotismo en Tacna?*
- ***Conocer el modo de influencia de la opresión chilena en el mantenimiento del patriotismo en Tacna***

Explicativa

- *¿A qué se debe que el legislador peruano haya mantenido la regulación de las sociedades colectivas?*
- ***Explicar el mantenimiento de la regulación de las sociedades colectivas por parte del legislador peruano***
- *¿Por qué el fuero de atracción es privativo de la esfera concursal, sucesoria y familiar?*
- ***Establecer los motivos por los que el fuero de atracción es privativo de la esfera concursal, sucesoria y familiar***
- *¿Cuál es la causa de la necesidad de regulación de la prevención de la competencia?*
- ***Determinar la causa de la necesidad de regulación de la prevención de la competencia***
- *¿Debido a qué factores se intentó la inconstitucionalidad de la Ley 1801 que determinaba la verdadera letra del Himno Nacional?*
- ***Ubicar los factores por los que se intentó la inconstitucionalidad de la Ley 1801 que determinaba la verdadera letra del Himno Nacional***

Proyectiva

- *¿Qué efectos dogmáticos traerá la incorporación de la doctrina de los actos propios como principio jurídico civil?*
- ***Proyectar los efectos dogmáticos que traerá la incorporación de la doctrina de los actos propios como principio jurídico civil***
- *¿Cuán eficaz será la ley que protege a las trabajadoras del hogar?*
- ***Establecer el nivel de eficacia que tendrá la ley que protege a las trabajadoras del hogar***
- *¿Cómo influirá la regulación de la unión civil entre personas del mismo sexo en el desarrollo del derecho a la educación?*
- ***Determinar el modo en que influirá la regulación de la unión civil entre personas del mismo sexo en el desarrollo del derecho a la educación***
- *¿Qué alteraciones sufrirá la concepción ontológica de la indemnización en caso de despenalización de los delitos contra el honor?*
- ***Conocer las alteraciones que sufrirá la concepción ontológica de la indemnización en caso de despenalización de los delitos contra el honor***
- *¿Qué consecuencias negativas generará el retorno a los jueces sin rostro?*
- ***Establecer las consecuencias negativas que generará el retorno a los jueces sin rostro***
- *¿Cuáles serán las ventajas de la permisión del doble aporte en el sistema pensionario?*
- ***Determinar las ventajas de la permisión del doble aporte en el sistema pensionario***

Propositiva

- *¿Cómo debe interpretarse el principio pro homine al interior de una controversia entre privados?*
- ***Proponer el modo de interpretación del principio pro homine al interior de una controversia entre privados***
- *¿Cómo debe ser la regulación de la estabilidad laboral en sede constitucional?*
- ***Formular la propuesta de regulación de la estabilidad laboral en sede constitucional***

- *¿Cuál debe ser la naturaleza de las funciones desplegadas por las rondas urbanas?*
- ***Proponer la naturaleza de las funciones desplegadas por las rondas urbanas***
- *¿Cuáles deben ser los mecanismos de integración ante un vacío de una norma sancionadora?*
- ***Proponer los mecanismos de integración ante un vacío de una norma sancionadora***
- *¿En qué casos no deben aplicarse las condiciones objetivas de punibilidad?*
- ***Formular una propuesta de casos en los que no deben aplicarse las condiciones objetivas de punibilidad***
- *¿Qué concepciones ontológicas sobre el objeto negocial no deben ser acogidas para la realidad peruana?*
- ***Identificar las concepciones ontológicas sobre el objeto negocial que no deben ser acogidas para la realidad peruana***

10.3.4. COINCIDEN CON LAS PREGUNTAS

Acabamos de mostrar que los objetivos surgen de las preguntas. Y exactamente por ello es que los objetivos generales deberán coincidir, primero, con el número de preguntas existentes en la formulación. De igual manera, el número de objetivos específicos deberá coincidir con el total de subpreguntas obrantes en la sistematización, en caso de haberla.

Un error en la coincidencia numérica entre las preguntas y los objetivos desemboca en un error de coherencia metodológica que necesariamente tiene que ser corregido.

Pero, además, así como debe haber coincidencia numérica con las preguntas, también debe haber coincidencia en la redacción. Es decir, como un requisito de las preguntas es que sean precisas, también los objetivos deben expresarse con la misma claridad, pues no deben prestarse a interpretaciones diversas (Vieytes 2004, 149).

10.3.5. NO COMPRENDEN PROCEDIMIENTOS METODOLÓGICOS

Como el objetivo promete un producto, el objetivo expresa la acción que el investigador se compromete a realizar y no el mecanismo metodológico a través del cual se alcanzará el producto. Por tanto, es un desacierto formular

procedimientos metodológicos como objetivos de investigación (Vieytes 2004, 151 y 154).

Así, por ejemplo, si fuese necesario conocer el parecer de un experto, y este se piensa recabar a través de una entrevista, el aparente pero incorrecto objetivo sería:

- “Entrevistar a un experto sobre la materia”.

Siendo el objetivo adecuado el siguiente:

- ***Conocer la opinión de un experto sobre la materia.***

(donde no interesa –al menos en el objetivo- la manera en que se recolectará esta opinión)

En igual línea, si se tiene que recopilar y analizar documentos, y ello se llevase a cabo a través del fichaje, no es correcto el objetivo:

- “Elaborar fichas de resumen y de análisis para recabar y estudiar documentos referentes al tema.”

Sino que será correcto el objetivo:

- ***Recopilar y analizar documentos referentes al tema.***

(sin que sea necesario precisar el modo en que se hará, pues para ello está el rubro metodológico).

Y si se pretendiese conocer sobre las instituciones estatales preferidas para iniciar reclamos o presentar denuncias, el falso objetivo sería:

- “Hacer una encuesta a los justiciables sobre la institución pública preferida para atender sus reclamos o denuncias”.

Siendo el objetivo adecuado el siguiente:

- ***Establecer las preferencias de los justiciables sobre las instituciones estatales idóneas para atender sus reclamos o denuncias.***

(donde tampoco interesa el modo en que se recopilarán estas opiniones)

10.3.6. LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS NO DEBEN REBASAR AL OBJETIVO GENERAL

Es un error grave formular objetivos específicos que no se desprenden necesariamente del objetivo general o principal. No se olvide que el objetivo general debe tener mayor grado de generalidad que los objetivos específicos, pues la suma de todos estos implica alcanzar el objetivo principal (Sánchez Fernández 2005, 77; Vieytes 2004, 153).

En efecto, hemos dicho que a través de los objetivos específicos se establecen los pasos o fases a seguir para alcanzar el objetivo general. Por consiguiente, no es dable que exista un objetivo específico de mayor profundidad o alcance que el objetivo general. Así, si el objetivo general fuese correlacional, no es adecuado colocar un objetivo, explicativo o proyectivo o, peor todavía, propositivo, porque ellos rebasan al objetivo general.

Por ejemplo, el siguiente objetivo general es correlacional, aunque está relacionando hasta tres variables, propiedades o componentes:

- ***Determinar la asociación entre los tipos de ilícitos penales, las zonas urbanas de su comisión, y las horas de perpetración en la localidad de Santa Rosa.***

En un caso como este no serían objetivos específicos idóneos los siguientes:

- “Conocer la causa de perpetración de los ilícitos penales en la localidad de Santa Rosa”

(por ser explicativo y no ser de utilidad para alcanzar al objetivo general, además de sobrepasarlo)

- “Establecer las consecuencias negativas que traerá la comisión de ilícitos penales en la localidad de Santa Rosa”

(porque, además de sobrepasar el objetivo general, este objetivo fácilmente se logra con una lectura del código penal)

- “Proponer un mecanismo de control policial para evitar la comisión de ilícitos penales en la localidad de Santa Rosa”

(por ser propositivo y rebasar exageradamente al objetivo general)

Más bien sí podrían ser objetivos específicos idóneos los siguientes:

- ***Conocer y clasificar los tipos de ilícitos penales que se cometen en la localidad de Santa Rosa.***
- ***Identificar las zonas en las que se cometen ilícitos penales según el tipo de ilícito cometido.***
- ***Agrupar los ilícitos penales perpetrados según la hora de comisión.***

10.3.7. SE ORIGINAN EN LA PREGUNTA Y NO EN LA HIPÓTESIS

Ya anotamos que la relación entre las preguntas y los objetivos debe ser coherente, pues los objetivos surgen de las preguntas, sea formulación o sistematización.

Los objetivos jamás proceden de la hipótesis; peor aún, no son hipótesis, sino metas que se quiere cubrir (Reza Becerril 1997, 231).

Y decimos esto porque en el desarrollo investigativo, las fases metodológicas no se presentan exactamente como sucede en el papel.

Es decir, como la investigación es, a la vez, acción y producto (Vieytes 2004, 144), si bien en el documento o producto se tienen que presentar las fases en un orden prácticamente preestablecido, ello no necesariamente sucede en la mente o en las labores del estudioso. Así, es totalmente factible que el estudioso jurídico esté pensando en una solución sin tener bien en claro el problema. También es factible que uno esté pensando en una respuesta sin tener bien en claro los objetivos.

Lamentablemente el plan o proyecto, como documento, exige la presentación de las fases investigativas de un modo predeterminado.

Y justamente porque es posible pensar en la solución o respuesta, es decir en la hipótesis, antes que en el problema o el objetivo, es posible confundirse generando el objetivo general desde la hipótesis y no desde el problema.

Por ejemplo, tenemos a una formulación como la siguiente:

- ***¿Cuál es el factor predominante propiciador de la violencia contra la mujer?***

Como venimos diciendo, es totalmente viable que el estudioso ya esté pensando en la posible respuesta a esta pregunta, la cual, preliminarmente, podría ser:

- ***El machismo es el factor predominante propiciador de la violencia contra la mujer***

Con lo anotado queda en claro que el objetivo general de este estudio no es sino:

- ***Identificar el factor predominante propiciador de la violencia contra la mujer.***

Este objetivo es claro que surge de la pregunta, por lo cual es el adecuado.

Sin embargo, se podría llegar al error de formular el objetivo de la siguiente manera

- “Demostrar que el machismo es el factor predominante propiciador de la violencia contra la mujer”

Como se puede ver, este objetivo es absolutamente equivocado, porque no surge de la pregunta sino de la hipótesis; lo cual, a su vez, nos lleva a hablar de la última recomendación al elaborar los objetivos.

10.3.8. HAY QUE EVITAR EL PREJUICIO METODOLÓGICO “DEMOSTRAR”

El objetivo promete un producto y ello se debe cumplir. Una investigación no debe rendir menos de lo prometido en el objetivo, pero tampoco más. De estos objetivos se desprenden las conclusiones, y una conclusión que no ofrece lo que prometió, constituye un trabajo inútil; y una que va más lejos de los objetivos, no tiene validez (Vieytes 2004, 151).

En las investigaciones los objetivos señalan la dirección pero no necesariamente un resultado (Sánchez Fernández 2005, 75). Por ello no es dable que como objetivo se recurra a la frase: “demostrar que...” pues en caso de no “demostrarse” lo ofrecido, no se logrará el objetivo, y la investigación devendría en inútil.

O sea, desde el momento en que se utiliza como verbo iniciador de un objetivo la voz “demostrar” o alguna similar, caemos en un prejuicio metodológico consistente en afirmar anteladamente que nuestra hipótesis es correcta y segura. De ser así, entonces, no tendría razón de ser la investigación, pues la respuesta o solución ya se la conoce definitivamente.

Dicho de otro modo, las construcciones: “demostrar que...”, “probar que...” y otras similares prejuzgan en forma cerrada los resultados a conseguirse, y con ello se olvida que en todo estudio se mantiene abierta la posibilidad de que la hipótesis en torno a la cual gira, sea rechazada (Sánchez Fernández 2005, 75).

Cuando usamos construcciones como: “probar que”, “demostrar que”, “corroborar que”, etc., al construir los objetivos, estamos asegurando que nuestro estudio es correcto y que la respuesta provisional manifestada a través de la hipótesis ha dejado de ser provisional, por lo que la investigación no es necesaria de continuar, toda vez que ya aseguramos que el resultado se va a conseguir de todos modos, es decir, que la hipótesis se la va a corroborar de todos modos; lo cual no es cierto porque aún no se ha llevado a cabo el estudio.

En síntesis, los objetivos deben elaborarse partiendo de las preguntas, jamás partiendo de la hipótesis, porque, además de errar en su construcción, incurrimos en un prejuicio metodológico sobre el resultado del estudio a ejecutarse.

REFERENCIAS

Arellano García, Carlos. *Métodos y técnicas de la investigación jurídica - Elaboración de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, tesinas y*

- otros trabajos de investigación jurídica*. 4ª edición. México: Porrúa, 2008.
- Bunge, Mario. *Diálogos urticantes*. Lima: Fondo Editorial de la UIGV, 2012.
- Bunge, Mario. *La investigación científica - Su estrategia y su filosofía*. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 1972.
- Campos Arenas, Agustín. *Mapas conceptuales, mapas mentales y otras formas de representación del conocimiento*. Bogotá: Cooperativa editorial Magisterio, 2005.
- Coulanges, Fustel de. *La ciudad antigua - Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. 17ª edición. México D.F.: Porrúa, 2012.
- Descartes, René. *Discurso del Método para conducir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*. Globus, 2012 [1637].
- Eco, Umberto. *Cómo se hace una tesis - Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Traducido por Lucía Baranda, & Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona: Gedisa, 1977.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 6ª. Lima: Rodhas, 2011.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición. Lima: Rodhas, 2006.
- Fernández, Eusebio. *El problema del fundamento de los derechos humanos*. s.f. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8227/1/problema_fernandez__ADH_1982.pdf (último acceso: 2013).
- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado, y María del Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*. 5 edición. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2010.
- Kelsen, Hans. «¿Qué es un acto jurídico?» *Isonomía*, n° 4 (abril 1996): 65-76.
- Kerlinger, Fred N., y Howard B. Lee. *Investigación del comportamiento*. 4ª edición. Traducido por Leticia Esther Pineda Ayala, & Ignacio Mora Magaña. México: McGraw-Hill, 2001.
- Latorre Latorre, Virgilio. *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

- Legaz y Lacambra, Luis. *Derecho y Libertad*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1952.
- Mariás, Julián. *Introducción a la filosofía*. Décimo novena edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 2005.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición ampliada y revisada 12ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Pérez Escobar, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. 3ª edición. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- Piscoya Hermoza, Luis. *El proceso de la Investigación Científica - Un caso y glosarios*. Reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega, 2009.
- Piscoya Hermoza, Luis. *Investigación científica educacional - Un enfoque epistemológico*. 2ª edición. Lima: Amaru Editores, 1995.
- Piscoya Hermoza, Luis. «Universidad peruana: tendencias, tensiones y resultados.» *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*. 2011. <http://www.redalyc.org/html/1794/179422350012/> (último acceso: 20 de julio de 2017).
- Reza Becerril, Fernando. *Ciencia, metodología e investigación*. México D. F.: Alhambra Mexicana, 1997.
- Sánchez Fernández, Luis Manuel. *Notas para la investigación en Derecho y Ciencias sociales - La elaboración de la tesis*. Arequipa: Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, 2005.
- Sánchez Zorrilla, Manuel. *Guía para elaborar una tesis*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca, 2006.
- Solís Espinoza, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. 3ª edición. Lima: ByV distribuidores, 2008.
- Vieytes, Rut. *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad - Epistemología y técnicas*. Buenos Aires: Editorial de las ciencias, 2004.
- Witker, Jorge. *La investigación jurídica*. México D.F.: McGraw-Hill, 1995.
- Zelayarán Durand, Mauro. *Metodología de Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.

Uma análise sobre a assistência social aos refugiados em território brasileiro (*)

An analysis of social assistance to refugees in Brazil

Un análisis sobre la asistencia social a los refugiados en territorio brasileño

Matheus Martinelli Vandermurem¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Sumário: Introdução. **1.** Considerações sobre a soberania e os refugiados. **2.** A perspectiva de assistência social. **3.** O caso dos refugiados venezuelanos em território brasileiro. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: a pesquisa tem como objetivo analisar o ingresso de refugiados em território brasileiro, sob a ótica da legislação que ampara a assistência social aos necessitados. É preciso observar inicialmente a maneira como a soberania estatal atua em

(*) Recibido: 19 setiembre 2018 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmico do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). matheus.vandermurem@gmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Coordenador Acadêmico do curso de especialização de Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). mfqobregon@yahoo.com.br

determinados casos em contraponto com o recebimento de refugiados em seu território. Assim, é preciso entender o fato de que cada caso guarda particularidades, sendo consideradas no momento de alcançar uma conclusão acerca de cada caso envolvendo refugiados. Especificamente no Brasil, recentemente venezuelanos buscaram refúgio em território brasileiro, em cidade próxima à fronteira, porém a chegada em grande número foi o fato originário de conflitos com a população local. Sendo assim, investiga-se o caso e questões pertinentes, bem como se a legislação brasileira abarca refugiados que necessitam de assistência social e quais instrumentos podem efetivar o auxílio, utilizando a pesquisa de doutrinas e artigos científicos relacionados a temática, bem como dados fornecidos por órgãos internacionais quanto aos refugiados. Dessa forma, é preciso investigar como é efetivada a devida assistência, caso seja possível.

Palavras – chave: soberania, refugiado, assistência social aos necessitados.

Abstract: the research aims to analyze the entry of refugees into Brazilian territory, from the point of view of legislation that provides social assistance to those in need. It is necessary to observe initially the way in which state sovereignty acts in certain cases in counterpoint with the reception of refugees in its territory. Thus, it is necessary to understand the fact that each case has particularities, being considered in the moment of reaching a conclusion about each case involving refugees. Specifically in Brazil, recently Venezuelans sought refuge in Brazilian territory, in a city near the border, but the arrival in large numbers was the fact of conflicts with the local population. Thus, the case and relevant issues are investigated, as well as whether the Brazilian legislation covers refugees who need social assistance and which instruments can effect the assistance.

Keywords: Sovereignty. Refugee. Social assistance to the needy.

Resumen: la investigación tiene como objetivo analizar el ingreso de refugiados en territorio brasileño, bajo la óptica de la legislación que ampara la asistencia social a los necesitados. Es necesario observar inicialmente la manera como la soberanía estatal actúa en determinados casos en contrapunto con la recepción de refugiados en su territorio. Así, hay que entender el hecho de que cada caso guarda particularidades, las cuáles deben ser consideradas en el momento de elaborar una conclusión acerca de cada caso que involucre refugiados. Específicamente en Brasil, recientemente, venezolanos buscaron refugio en territorio brasileño, en ciudades cercanas a la frontera; pero, la llegada en

gran número ha originado de conflictos con la población local. Siendo así, se investiga el caso y las cuestiones pertinentes, así como si la legislación brasileña respecto de refugiados que necesitan asistencia social y qué instrumentos pueden hacer efectiva la ayuda.

Palabras clave: soberanía, refugiado, Venezuela, Brasil, asistencia social a necesitados.

Introdução

No plano do direito internacional, as controvérsias acerca de refugiados demonstram-se atuais, justificáveis pelo atual contexto mundial, onde certas nações enfrentam problemas sociais sérios, refletindo diretamente no comportamento da população local. Por vezes, a opção mais acionada é de deslocamento para outro país. Porém, na maior parte dos casos não há um planejamento, visto que a condição emergencial para sair do país de origem não permite.

Neste sentido, o número de refugiados cresce cada vez mais, e ocupam outros países com o objetivo de mudar seu contexto social conturbado, em sua origem. Na América Latina, crises econômicas e sócias fazem com que parte considerável da população busque refúgio em outros territórios próximos, que nem sempre aceitam de forma amistosa. Em certas situações, a soberania estatal é conflitante com o recebimento dos refugiados, visto que há uma prioridade anterior aos seus cidadãos. Definitivamente, é ponto merece atenção, considerando que os tratados e convenções internacionais prezam pela observação de direitos humanos, tornando essa dicotomia uma difícil resolução, caso observamos a perspectiva do país que recebe os refugiados, mas nem sempre conta com uma infraestrutura para isso, bem como a ótica dos refugiados que necessitam de uma localidade para dar continuidade a suas vidas.

Recentemente, o Brasil principalmente, recebe um número considerável de refugiados provenientes da Venezuela. As cidades que acabam sendo ocupadas por um grande número de pessoas, geralmente não têm a preparação necessária para isso, causando conflitos com a população local, o que é resultante de uma localidade sem a infraestrutura para receber uma quantidade de pessoas que não é habitual.

Sendo assim, é preciso analisar caso o Estado brasileiro tem condições de conceder todo o auxílio efetivo aos refugiados, levando em consideração uma análise legal da assistência social no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação no aspecto prático. Inicialmente, no primeiro capítulo, abordaremos considerações sobre a soberania dos Estados no plano interno e internacional e como se projetam diante dos refugiados. Em segundo momento, será feita análise sobre a legislação brasileira a qual está inserida a assistência social e como pode ser aplicável ao grupo em estudo. Por último, utilizaremos um acontecimento específico do território brasileiro para uma análise prática de caso.

1. Considerações sobre a soberania e os refugiados

Quando se fala na relação entre Estado e refugiado, é sempre uma matéria delicada, considerando todas as peculiaridades acerca do tema que merecem ser considerados. No que diz respeito aos Estados, é imperioso considerar que em um plano internacional, está diante de normas aceitas de forma geral por outros Estados que compactuam com certa premissa em tratados. Contudo, isso não exclui o fato de que internamente, seu ordenamento jurídico dispõe normas regulamentadoras da sociedade.

Assim, temos dois panoramas: uma liberdade interna em normatizar a vida de seus cidadãos, através de um ordenamento jurídico e uma delimitação de limites objetivando respeitar as normas pactuadas na perspectiva internacional. Neste contexto de dicotomia entre normas internas e normas internacionais, insere-se o conceito de soberania.

No plano interno, permite-se dizer que a soberania consiste no poder que detém o Estado em aplicar suas decisões dentro de seu território de forma como entender mais adequado. Assim, como no âmbito externo, a soberania é a forma como o Estado se projeta no plano internacional.³ Neste sentido, Rodrigo Fernandez More faz a seguinte consideração quanto a soberania:

Soberania é o resultado de um conjunto de poderes internos, harmonizados, sobre os quais se estabelecem os fundamentos e se realizam os objetivos do Estado dentro e fora de seu território, com a ressalva de que, neste segundo momento, em consonância com as regras e princípios de direito internacional.⁴

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 524-525

⁴ MORE, Rodrigo Fernandez. **O moderno conceito de soberania no âmbito do direito internacional**. p.3. disponível em <http://more.com.br/artigos/Soberania.pdf>. Acesso em 30 de ago. 2018.

Deste modo, os Estados detêm a liberdade para dispor sobre questões pertinentes ao seu contexto interno, mas não de forma absoluta, tendo em vista as regras de direito internacional pactuadas com a comunidade internacional e servem de parâmetro limitador nas atuações internas. As discussões nesse âmbito entram em evidencia no surgimento de matérias internacionais comuns, o qual se enquadra a questão dos refugiados.

A figura do refugiado torna-se recorrente, principalmente em decorrência de problemas sociais específicos de cada localidade. Nesse prisma, a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados enquadra em tal classificação o indivíduo relacionado a algum requisito:

Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.⁵

Um contraponto interessante gravita em torno dos direitos humanos. Alguns Estados, utilizam do argumento de soberania estatal e da não-intervenção em matérias internas, até mesmo em questões de direitos humanos. Contudo, as disposições da Carta das Nações Unidas, transparece que a interpretação neste sentido não seria adequada. Isso se deve ao caráter universal dos direitos dessa natureza, de modo que, onde estão inseridos, não proporcionam a possibilidade de relativização em um plano prático, visto que são de interesse de uma comunidade internacional, prevalecendo sobre os interesses internos, impossibilitando ações limitações aos direitos de tal natureza.⁶

A questão dos refugiados está inserida nesta seara de direitos, devendo ser aplicada tanto no momento da solicitação como refugiados, quanto na capacidade do país que concede o refúgio em manter uma condição digna para estes indivíduos, o que pode se tornar uma tarefa árdua em dados

⁵ **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 30 ago. 2018.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos**: dois fundamentos irreconciliáveis. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002, p. 173. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/823/R156-14.pdf?sequence=4>>. Acesso em 30 ago. 2018.

momentos, considerando que nem sempre os países onde buscam refúgio apresentam a capacidade de recebe-los.

Os refugiados, no momento em que se encontram em uma nova jurisdição, tem o direito de desfrutar de qualidade e segurança, como uma forma de efetivar seu direito, cabendo ao Estado assegurar efetivamente os direitos básicos. É preciso ter condições de promover uma integração em sociedade, oportunizando o desenvolvimento de suas vidas no novo local de habitação.⁷

Outro ponto importante é justamente harmonizar os direitos humanos, previstos internacionalmente em tratados com o direito interno de cada estado signatário. Até mesmo no Brasil, mesmo com a lei 9.474/97 sendo uma atenção as normas internacionais acerca dos refugiados, por vezes, no plano prático, nem sempre são efetivadas as disposições compromissadas no âmbito do direito internacional, gerando em alguns casos, até mesmo violações a direitos humanos.⁸

Logo, para evitar tais situações é imprescindível que o Estado tenha a devida cautela, a fim de que seus direitos humanos sejam efetivados, bem como assegurar a aplicação de normas do direito interno. Mesmo assim, nem sempre essa atividade é realizada de maneira rápida e de forma simples, já que existem outros problemas direcionando a atenção do Estado, no que diz respeito aos direitos humanos.

No que tange ao tratamento de refugiados que encontram-se de maneira irregular, o art. 31 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, da ACNUR, versa precisamente sobre o assunto.

A previsão segue no sentido de impossibilitar a aplicação de sanções penais, mesmo caso a entrada tenha sido de forma irregular, contanto que se apresentem com certa celeridade e demonstrem justificativas para a entrada e presença no território.⁹

⁷ GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. **Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional aos refugiados**. Ano 6, nº 10, São Paulo: Revista Internacional de Direitos Humanos, 2009, p.4. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/a07v6n10.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018

⁸ SEVERO, Fabiana Galera. **O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos direitos humanos**. Brasília: Defensoria Pública da União, n. 8, jan/dez 2015, p. 37-38.

⁹ ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 27 ago. 2018

Neste sentido, a legislação brasileira complementa a normatização acerca dos refugiados, através da lei 9.474/97, que define formas para efetivar a implementação do estatuto dos refugiados de 1951.

O art. 8º da referida legislação, explicita que mesmo com o ingresso irregular no território brasileiro, não seria um fator a impedir a solicitação de refúgio, considerando que algumas situações possuem um caráter urgente. Bem como o art. 9º, trata que as autoridades deverão ouvir o interessado na solicitação de refúgio a fim de apurar a motivação para permanência no território brasileiro, assim como as causas para sua saída do país originário.¹⁰

Logo, mesmo quanto a forma de ingresso, há uma certa flexibilidade, logicamente devido a motivação do deslocamento, que nem sempre permite uma entrada regularizada dos refugiados, sendo inviável o cumprimento de tal exigência, pela situação a qual se encontram. Dessa forma, o estado brasileiro deve proceder com o auxílio a estes indivíduos, analisando o caso para conceder o não a condição de refugiado.

É preciso ainda atentar para o fato de que a entrada em certo território é algo mais complexa do que simplesmente um enquadramento em hipóteses previstas na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Os reflexos do ingresso em território brasileiro também precisam ser considerados.

Nem sempre o Estado tem a possibilidade prática de conceder a condição de refugiado ao indivíduo. Certamente há uma preocupação com a possibilidade de atender a maior parte daqueles que solicitam o refúgio, mas nem sempre o contexto permite. Por outro lado, o Estado também se preocupa com seus cidadãos, tornando essa questão pouco mais complexa.

Por vezes, o grande número de refugiados pode ocasionar outras questões sociais, não somente envolvendo-os, mas também indivíduos presentes no Estado que concede o refúgio. Ao mesmo tempo em que, é dever do Estado prover a necessária efetivação substancial de direitos aos refugiados, o mesmo se aplica a seus cidadãos. Em dados momentos, pode ser que o estado venha a priorizar uma das escolhas, podendo ocasionar por exemplo, a impossibilidade de recebe-los, devido a problemas sociais já existentes em seu território, necessitando de uma resposta pelo poder público.

¹⁰ BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997:

Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm>. Acesso em 30 ago 2018

Assim, merece destaque a discussão acerca da possibilidade de oferecer toda a assistência social aos refugiados, pois a matéria demonstra-se conflitante em alguns pontos, cabendo a soberania dos estados em decidir pelo mais adequado, além da capacidade de conceder as melhores condições aos refugiados, o que nem sempre é possível.

2. A perspectiva de assistência social

A assistência social insere-se no universo da seguridade social regulada pela lei 8.742/93, também chamada de Lei Orgânica da Assistência Social. Deste modo, o dispositivo preceitua as normas referentes aos assuntos a forma de organização da matéria, definindo objetivos e princípios para otimizar a aplicação da lei, bem como determina diretrizes orientadoras. Logo no caput do art. 1º da referida lei, expõe-se:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A lei vem como uma forma de assegurar direitos e garantias relacionados a natureza assistencial, tendo em vista os princípios constitucionais que são a ótica pela qual deve ser observada qualquer legislação no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, em seu art. 4º enuncia sobre os princípios da assistência social prezando pela maximização do alcance de efetivação dos direitos assegurados aos mais necessitados, buscando uma melhor qualidade de vida, tendo em vista a situação em que se encontram, sendo perfeitamente possível enquadrar a situação de alguns refugiados neste sentido.

Em nenhum momento a legislação especifica se é restrita apenas a cidadãos brasileiros ou também a estrangeiros. Por conseguinte, devemos entender a legislação abarcando os indivíduos subordinados ao ordenamento jurídico brasileiro. Os refugiados, ao transitarem para território brasileiro e posteriormente buscarem formas de se integrar a sociedade, vinculam-se as normas que regulamentam a vida social.

Na perspectiva da assistência social, existem casos para atender a situações específicas, que por vezes precisam de um tratamento diferenciado, a fim de buscar uma efetivação substancial da figura da seguridade social. Deste modo, é possível elencar o benefício de prestação continuada.

Quando tratamos de benefício de prestação continuada, este não se apresenta como uma forma de benesse previdenciária, considerando seu procedimento para aplicação que não pressupõe uma contribuição do beneficiário, sendo

necessário apenas a comprovação que se encontra na condição de necessitado. Na verdade, veio como uma alternativa à renda mensal vitalícia, que antes alguns pensavam estabelecer algum tipo de vínculo com a previdência social, por sua característica assistencial.¹¹

É fato que, para o custeio de um sistema de seguridade social, são necessários recursos, mas podem mesmo assim, não atender de forma confortável a população. Logo, há natural predisposição de atender os nacionais colocando os estrangeiros em segundo plano. Ocorre que, caso o Brasil tenha optado por acolher estrangeiros, por exemplo, é duvidoso caso seriam excluídos da seguridade social brasileira. Se eventualmente passarem a integrar o sistema, não haveria, motivos para não participarem, visto que no decorrer de sua presença na sociedade acabariam tornando-se contribuintes do sistema.¹²

O propósito constitucional, sob a perspectiva de um estado de bem-estar social, é demonstrar os meios para que o necessitado possa sair de tal condição, sem estimular que permaneça dessa forma às custas do benefício por muito tempo. Deve ser observado como um momento transitório, mesmo que por certo tempo, na vida do indivíduo que deseja modificar seu contexto de miséria, em alguns casos.¹³

Por outro lado, o acesso igualitário as políticas sociais, não pressupõe também uma condição de equidade no âmbito da efetivação de direito, considerando que o refugiado se encontra em uma situação diferente dos cidadãos brasileiros, caso de uma maior vulnerabilidade diante da sociedade. Há aqueles que entendam ainda no sentido desse estado vulnerável ser caracterizado pela xenofobia, além do distanciamento de familiares e a dificuldade em se comunicar.¹⁴

Neste sentido, poderia se argumentar acerca da impossibilidade de aplicação desse benefício de prestação continuada, tendo em vista que o decreto 6.214

¹¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.17

¹² BRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.24

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1584.

¹⁴ GOERCK, Caroline; GAVIRAGHI, Fabio J; MANJABOSCO, Adrieli M.; POSSER, Cristiane M.; BIESDORF, Carla J.; LUZ, Liliane C. **Refugiados e políticas sociais: dilemas e realidades no século XXI**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, II Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Políticas Sociais, 2017, p.6. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/180100/101_00382.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 set. 2018.

de 2007, que regula a matéria, apenas faz referência aos brasileiros naturalizados. Contudo, esse argumento não prospera, devido ao fato de que a omissão não poderia prejudicar refugiados, pois é um caso que merece a observação com base nos princípios expostos na Constituição Federal, além da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados.¹⁵

A discussão acerca do auxílio para estrangeiros no âmbito da assistência social, alcançou os tribunais, sendo matéria de recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal. Pelo Recurso Extraordinário nº 587970, o entendimento segue no sentido de que os estrangeiros que residem no Brasil, estão abarcados pela assistência social a qual versa o art. 203, inciso V, na Constituição Federal, considerando que o caso atende os requisitos legais.¹⁶

Com base o art. 203, inciso V, é notável a influência do texto constitucional na Lei Orgânica de Assistência Social. Os preceitos versados no dispositivo são similares aqueles elencados pela lei específica, apenas comprovando o fato de que é a matéria deve ser observada sob a ótica constitucional, resguardando direitos e garantias aos indivíduos abarcados pelo alcance normativo.

Além disso, citou-se os preceitos do art. 5º da Constituição Federal, argumentando no sentido de expor o panorama de tratamento com equidade entre brasileiros e estrangeiros residentes. Ademais, mesmo com a omissão sobre os estrangeiros na Lei Orgânica de Assistência Social, não se abre margem para excluí-los do grupo daqueles que necessitam de auxílio. Pelo fato de não estar restrito a um grupo específico, a assistência deve ser prestada aqueles que propriamente necessitam.¹⁷

3. Caso dos refugiados venezuelanos em território brasileiro

No ano de 2017, houve um grande número de pedidos de refúgio no território Brasileiro, no caso foram 13.639, sem mesmo considerar os haitianos ou venezuelanos. No entanto o total de pedidos atingiu o número de 33.866,

¹⁵ SCHERER, Carolina. **O direito de adesão aos programas sociais do governo federal por parte dos refugiados residentes no Brasil**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521890>>. Acesso em 05 set. 2018

¹⁶ **Estrangeiro residente no país tem direito à concessão de benefício assistencial, decide STF**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341292>>. Acesso em 05 set. 2018.

¹⁷ **Estrangeiro residente no país tem direito à concessão de benefício assistencial, decide STF**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341292>>. Acesso em 05 set. 2018.

sendo que os venezuelanos correspondem a 17.865 pedidos, seguidos por cubanos e haitianos. Ainda conforme os dados publicados pela ACNUR, os estados com maior número de solicitações são Roraima, com 15.955, São Paulo com 9.591 e Amazonas, 2.864.¹⁸

Segundo os dados da Acnur, dentre os refugiados presentes no continente americano, entre os meses de janeiro e setembro de 2017, aproximadamente 48.500 venezuelanos buscaram refúgio no mundo, sendo um número considerável já se encontrava em solo brasileiro até julho de 2017, porém com situações migratórias diferentes ou até mesmo irregulares. Em 2017, o Brasil atingiu a marca acumulada de 10.145 refugiados reconhecidos, além de 86.007 solicitações em trâmite.¹⁹

A crise a qual a Venezuela atravessa traz reflexos até mesmo nos países vizinhos. Um dos estados brasileiros que mais recebe refugiados é Roraima. Obviamente há uma preocupação considerável em prestar ajuda, no sentido de conceder o auxílio necessário para que possam usufruir de uma mínima qualidade de vida.

É preciso considerar ainda a facilidade do acesso a essa parte do território brasileiro. A fronteira com a cidade de Pacaraima, é uma região originalmente pouco povoada. Por tal motivo, a entrada de um grande número de pessoas na cidade, faz uma cidade despreparada sofrer os impactos de um aumento do número de pessoas, que não seria da mesma forma, caso viesse a ocorrer em um grande centro, que poderia oferecer uma infraestrutura a ponto de promover melhores condições.²⁰

Nos últimos meses houve um grande fluxo de refugiados provenientes da Venezuela, que se deslocaram para diversos países da América Latina, dentre eles o Brasil. Mesmo que não tenha recebido a maioria dos refugiados a questão é que uma grande parte se concentrou em pequenas cidades próximas à fronteira.

¹⁸ ACNUR. **De 10,1 mil refugiados, apenas 5,1 mil continuam com registro ativo no Brasil.** Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/04/11/de-101-mil-refugiados- apenas-51-mil-continuum-no-brasil/>>. Acesso em 05 set. 2018.

¹⁹ BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Refúgio em números.** 3. ed. Comitê Nacional para os Refugiados. 2018, p.6-7. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

²⁰ PASSARINHO, Nathalia. **Brasil recebe apenas 2% dos 2,3 milhões de venezuelanos expulsos pela crise.** 21 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45251779>>. Acesso em 09 set. 2018

Ocorre que, em alguns casos, as cidades não contam com infraestrutura para receber o grande número de pessoas, causando um sentimento de insatisfação por parte dos cidadãos brasileiros.

A população dos estados que fazem divisa com a Venezuela, apresenta ressentimentos pela precarização dos serviços públicos, demandados em grande número, após a chegada dos refugiados, também pelo aumento de violência nos estados que anteriormente eram menos povoados. Os acontecimentos alcançaram um patamar de preocupação, a partir do momento em que brasileiros foram de encontro aos acampamentos de venezuelanos na cidade de Paracaima, próximo a cidade de Boa Vista que é a principal porta de entrada dos refugiados no território Brasileiro.²¹

Nesse prisma, com o aumento populacional sem a preparação necessária para receber o elevado número de refugiados, acentuaram-se os problemas sociais nessas localidades mais próximas a fronteira. Por conseguinte, as autoridades, buscando atender aos interesses sociais da população brasileira buscou medidas para cessar tais problemas. Contudo, os atos nem sempre observam a razoabilidade e em momentos extremos demonstram-se impactantes.

Isso refletiu-se em acontecimentos como a Ação Cível Originária 3.121, ajuizada pelo estado de Roraima em face da União, a fim de que a fronteira entre Brasil e Venezuela fosse interditada ou que fosse limitado o ingresso de refugiados e imigrantes. Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal buscou uma conciliação entre as partes o que não foi possível. Sendo assim, a decisão do tribunal foi de improcedência do pedido, tendo em vista os princípios da Constituição Federal, além das normas internacionais ratificadas pelo Brasil.²²

Valendo-se de sua soberania, ainda que tenha seu alcance restrito ao estado, o governo buscou, uma solução para atender aos interesses de seus cidadãos. Isso pode ser recorrente até mesmo em outros países seja na América Latina ou Europa, onde as autoridades competentes utilizam de sua soberania interna para optar por uma determinada medida com relação aos refugiados.

²¹ MENDONÇA, Heloísa. **Roraima à flor da pele**: Em Boa Vista e Pacaraima, EL PAÍS conta as contradições da crise de imigração de venezuelanos, inflamada por políticos que exploram retórica xenófoba para fins eleitorais, 23 ago. 2018. Disponível em: <brasil.elpais.com/brasil/2018/08/22/politica/1534965762_180606.html>. Acesso em 09 set 2018.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Tutela provisória na ação cível originária 3.121 Roraima**. Relator: Min. Rosa Weber, Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314948662&ext=.pdf>>

No caso em análise, o estado buscou uma medida extrema de bloqueio a entrada de venezuelanos, mas posteriormente a medida foi revertida pelo Supremo Tribunal Federal, que optou por uma medida de caráter humanitário, diante da análise legal do caso e aplicação das normas internas e internacionais.

O fato é que casos como esse, devem ser analisados não somente a partir de uma perspectiva legal. De um lado encontram-se as autoridades que desejavam resolver o problema de maneira mais rápida, tendo em vista a impossibilidade de receber um grande número de pessoas em um curto período de tempo, sendo insuficiente a infraestrutura para abrigar tal número de pessoas. Até mesmo trazendo reflexos nas atitudes da população local, que não possuem uma característica xenofóbica, mas tomaram atitudes desarrazoadas por conta dos problemas causados com o grande número de pessoas, tais como serviços públicos, que por vezes, são insuficientes até mesmo para as pequenas localidades, são buscados por pessoas que adentram o território brasileiro em busca de sair do caos de seu país de origem.

Por outro lado há uma questão humanitária envolvendo os refugiados, devido a sua situação específica, que saem de seu país de origem por motivos consideráveis e buscam uma mudança em suas condições de vida, oferecidas, na maioria dos casos, por países vizinhos, principalmente na América Latina onde existem países com maior extensão territorial e grandes centros, possibilitando o acolhimento de refugiados, prestando todo auxílio necessário.

Portanto, não é adequado generalizar que em todos os casos, a revolta da população local se justifica por um sentimento de aversão ao estrangeiro, mas sim de um descontentamento com a impossibilidade de infraestrutura para receber tantos indivíduos que necessitam de auxílio. A questão é observar cada caso de maneira adequada aos princípios constitucionais e legislações internacionais, não somente atendendo aos refugiados, mas assegurando também que a população originalmente ocupante das localidades não seja prejudicada, pois da mesma forma que estrangeiros necessitam de assistência social, pode ocorrer da mesma pretensão ser da população do território que os acolhe.

Considerações finais

Desse modo, diante da perspectiva de soberania dos Estados em âmbito internacional, é possível que internamente não seja aceito da maneira mais facilitada o recebimento de estrangeiros e refugiados. Isso não decorre de uma intenção de exclusão, mas pelo fato de que nem sempre há possibilidade

de receber tantas pessoas dando a atenção necessária para que possam oferecer um recomeço digno em suas vidas.

Ademais, quando há real possibilidade de atender aos refugiados necessitados de assistência, no Brasil a legislação orgânica de assistência social, tendo em vista os princípios constitucionais, autoriza uma interpretação favorável ao refugiado, devendo este ser abarcado, a fim de que possa ser tratado da mesma forma que os cidadãos brasileiros.

Nesse prisma, é preciso analisar por exemplo, os episódios da entrada de venezuelanos em território brasileiro, algo que não ocorreu da forma mais amigável com a população local, mas os motivos para tal conflito não pode ser analisado de forma superficial, é preciso ter em mente ambas as perspectivas. Isso reflete até mesmo nas atitudes de autoridades, que buscaram resolver o mais rápido possível, através de medidas extremas como fechar a fronteira com o país vizinho, de onde eram provenientes os refugiados.

Portanto, o caso dos venezuelanos em território brasileiro, merece análise em todas as peculiaridades, e não um fato isolado interpretando-o como uma regra para todos os casos. Obviamente foram tomadas medidas, talvez desnecessárias para atender a um interesse local. Por outro lado, não podemos desconsiderar que a cidade onde ocorreram maior parte dos conflitos não estava preparada para receber tamanha quantidade de refugiados, resultando nos acontecimentos supracitados. Assim, em casos de refugiados é preciso dar a devida observância as normas de direito internacional e princípios constitucionais, para atender da forma mais segura as pretensões, objetivando diminuir as tensões em tais momentos.

Referências

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em:

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 30 ago. 2018.

ACNUR. **De 10,1 mil refugiados, apenas 5,1 mil continuam com**

registro ativo no Brasil. Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em:

<[http://www.acnur.org/portugues/2018/04/11/de-101-mil-refugiados- apenas-51-mil-continuam-no-brasil/](http://www.acnur.org/portugues/2018/04/11/de-101-mil-refugiados-apenas-51-mil-continuam-no-brasil/)>. Acesso em 05 set. 2018.

BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997: Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm>. Acesso em 30 ago 2018

BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Refúgio em números**. 3. ed. Comitê Nacional para os Refugiados. 2018, p.6-7. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estrangeiro residente no país tem direito à concessão de benefício assistencial, decide STF**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341292>>. Acesso em 05 set. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Tutela provisória na ação cível originária 3.121 Roraima**. Relator: Min. Rosa Weber, Brasília. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314948662&ext=.pdf>>

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1584

GOERCK, Caroline; GAVIRAGHI, Fabio J; MANJABOSCO, Adrieli M.; POSSER, Cristiane M.; BIESDORF, Carla J.; LUZ, Liliane C. **Refugiados e políticas sociais: dilemas e realidades no século XXI**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, II Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Políticas Sociais, 2017, p.6. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/180100/101_00382.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 set. 2018.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. **Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional aos refugiados**. Ano 6, nº 10, São Paulo: Revista Internacional de Direitos Humanos, 2009, p.4. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/a07v6n10.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.17

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 524-525

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos**: dois fundamentos irreconciliáveis. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002, p. 173. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/823/R156-14.pdf?sequence=4>>. Acesso em 30 ago. 2018.
- MENDONÇA, Heloísa. **Roraima à flor da pele**: Em Boa Vista e Pacaraima, EL PAÍS conta as contradições da crise de imigração de venezuelanos, inflamada por políticos que exploram retórica xenófoba para fins eleitorais, 23 ago. 2018. Disponível em: <brasil.elpais.com/brasil/2018/08/22/politica/1534965762_180606.html>. Acesso em 09 set 2018
- MORE, Rodrigo Fernandez. **O moderno conceito de soberania no âmbito do direito internacional**. p.3. disponível em <http://more.com.br/artigos/Soberania.pdf>>. Acesso em 30 de ago. 2018
- SCHERER, Carolina. **O direito de adesão aos programas sociais do governo federal por parte dos refugiados residentes no Brasil**. Disponível em:<<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521890>>. Acesso em 05 set. 2018
- SEVERO, Fabiana Galera. **O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos direitos humanos**. Brasília: Defensoria Pública da União, n. 8, jan/dez 2015, p. 37-38.
- PASSARINHO, Nathalia. **Brasil recebe apenas 2% dos 2,3 milhões de venezuelanos expulsos pela crise**. 21 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45251779>>. Acesso em 09 set. 2018

**Fundo Monetário Internacional e seu poder de
supervisão dos países:
uma violação à soberania nacional? (*)**

**International Monetary Fund and its power to oversee
countries:
a violation of national sovereignty?**

**Fondo Monetario Internacional y su poder de
supervisión de los países:
¿una violación a la soberanía nacional?**

**Maria Luiza Fontenelle Dumans Xavier Dórea Wilken¹
Marcelo Fernando Quiroga Obregon²**

Sumário: Introdução. 1 O Fundo Monetário Internacional - FMI. 1.1. Estrutura organizacional do FMI. 1.2 As funções do FMI. 1.2.1 assistência técnica. 1.2.2 Empréstimos. 1.2.3 Supervisão. 2 O conceito de soberania. 2.1 Construção histórica do conceito de

(*) Recibido: 18 diciembre 2018 | Aceptado: 20 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmica de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV) marialuizadorea@gmail.com

² Doutor em Direito, Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direitos pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização de Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direitos de Vitória - FDV, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. mfqobregon@yahoo.com.br

soberania. 2.2 Soberania nacional no contexto internacional. 3
Conflito entre a supervisão do FMI e a soberania dos países. –
Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho desenvolve uma análise da construção histórica do conceito de soberania, pelos clássicos pensadores Hobbes, Rousseau, Jellinek e Dallari e analisa sua compatibilidade com a atividade desempenhada pelo Fundo Monetário Internacional, que configura um organismo internacional autônomo e desempenha, entre suas atividades, a concessão de empréstimos a países para manter a estabilidade financeira e a supervisão das políticas monetárias adotadas por essas nações. Nesse cenário, surge o questionamento se, ao realizar a supervisão, não estaria configurada a violação da soberania nacional. Salientamos, nessa construção, tratar-se de uma iniciativa dos governantes dos países que, os representando, assinam um acordo que elenca as medidas que devem ser adotadas e autorizam a atividade de supervisão pelo FMI. Verifica-se, pois, que a aderência ao acordo constitui ato de vontade dos dirigentes e, portanto, não configura violação à soberania, pelo contrário, trata-se de seu pleno exercício o ato de requerer recursos do Fundo e se vincular a ele.

Palavras-chave: Fundo Monetário Internacional, empréstimos, supervisão, soberania.

Abstract: The present work analyzes the historical construction of the concept of sovereignty by the classical thinkers Hobbes, Rousseau, Jellinek and Dallari and analyzes their compatibility with the activity carried out by the International Monetary Fund, which constitutes an autonomous international body and, among its activities, the granting of loans to countries to maintain financial stability and oversight of the policies adopted by these nations. In this scenario, the question arises if, in carrying out supervision, the violation of national sovereignty would not be configured. We stress in this construction that it is an initiative of the governments of the countries that, representing them, sign an agreement that lists the measures that must be adopted and authorize the activity of supervision by the IMF. It is therefore verified that adherence to the agreement is an act of will of the leaders and, therefore, does not constitute violation of sovereignty, on the contrary, it is the full exercise of the act of requesting resources from the Fund and attaching to it.

Keywords: National Monetary Fund, loans, supervision, sovereignty.

Resumen: El presente trabajo desarrolla un análisis de la construcción histórica del concepto de soberanía, por los clásicos pensadores Hobbes, Rousseau, Jellinek y Dallari y analiza su compatibilidad con la actividad desempeñada por el Fondo Monetario Internacional, que configura un organismo internacional autónomo; y, desempeña, entre sus actividades, la concesión de préstamos a países para mantener la estabilidad financiera y la supervisión de las políticas adoptadas por esas naciones. En ese escenario, surge el cuestionamiento si, al realizar la supervisión, no estaría configurada la violación de la soberanía nacional. Destacamos, en esa construcción, que se trata de una iniciativa de los gobernantes de los países que, representando, firman un acuerdo que elabora las medidas que deben adoptar y autorizar la actividad de supervisión por el FMI. Se verifica, pues, que la adhesión al acuerdo constituye acto de voluntad de los dirigentes y, por lo tanto, no configura violación a la soberanía, por el contrario, se trata de su pleno ejercicio el acto de requerir recursos del Fondo y vincularse a él.

Palabras clave: Fondo Monetario Internacional, préstamos, supervisión, soberanía.

Introdução

No presente trabalho será analisado a relação entre o Fundo Monetário Internacional e seus países membros, em um exame voltado para a atividade de fiscalização do FMI sobre os países e seu direito de exigir o cumprimento de medidas impostas. Esses aspectos serão enfrentados à luz do eminente conflito com a soberania das nações.

O primeiro capítulo propõe um exame do Fundo Monetário Internacional, passando pela sua criação, verificando sua estrutura e funcionamento e adentrando a suas funções desempenhadas, quais sejam: assistência técnica, concessão de empréstimos e supervisão das políticas adotadas pelos países.

Posteriormente, o segundo capítulo, adentra no conceito de “soberania”, destrinchando seu significado para diferentes autores e analisando os aspectos que a “soberania” compreende.

Em seguida, o terceiro capítulo, lança luz às medidas que o FMI adota para fiscalizar o cumprimento das políticas de caráter político, social e econômico

que impõe aos países membros que adquirem o empréstimo, como condição de concessão do valor. Também será abordado o fornecimento de dados, a princípios sigilosos, ao FMI quando solicitados e outras medidas que, no primeiro momento, podem ser consideradas como violadoras da soberania dos países, que se colocam em posição de subordinação às regras impostas pelo FMI.

Por fim, o quarto capítulo, traz a tona argumentos para reflexão e tentativa de responder a seguinte indagação: a atividade de fiscalização exercida pelo FMI constitui uma violação à soberania dos países?

1. O Fundo Monetário Internacional - FMI

A Conferência de Bretton Woods, realizada em 1944, contou com a participação de representantes de 44 países, e teve o propósito de reconstruir a ordem financeira, economia e política internacional que foi alterada de forma significativa em razão da Segunda Guerra Mundial. Na conferência foi criado o BIRD (Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento) e o FMI (Fundo Monetário Internacional)³.

O FMI é, portanto, uma organização da qual são membros 189 países que trabalha visando “promover a cooperação monetária global, garantir a estabilidade financeira, facilitar o comércio internacional, promover o alto emprego e crescimento econômico sustentável e reduzir a pobreza em todo o mundo”⁴.

O objetivo principal da instituição é “garantir a estabilidade do sistema monetário internacional - o sistema de taxas de câmbio e pagamentos internacionais que permite aos países (e seus cidadãos) transacionarem uns com os outros”⁵.

Após o final da Segunda Guerra Mundial, o FMI desempenha um papel importante na reconstrução das economias nacionais que foram prejudicadas com a guerra. Fica então encarregado de supervisionar o sistema monetário internacional visando assegurar a estabilidade da taxa de câmbio e incentivar os países membros a eliminar as restrições cambiais que impediam o comércio, buscando fomentar as transações comerciais internacionais.

³ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. pg. 496.

⁴ IMF. About the IMF. Disponível em: <http://www.imf.org/en/About>. Acesso em: 12 de set. de 2018

⁵ IMF. About the IMF. Disponível em: <http://www.imf.org/en/About>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

1.1 Estrutura organizacional do FMI

Passamos a análise da estrutura do Fundo Monetário Internacional:

O FMI é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas, dotada, contudo, de estatuto próprio, bem como de estrutura institucional e financeira independentes. Seus Membros são representados mediante um sistema de cotas baseado, fundamentalmente, em seu tamanho relativo na economia global⁶.

O FMI, constitui-se um organismo internacional autônomo e possui estrutura administrativa, funcionamento e processo de tomada de decisão únicos. Sua estrutura tende a se assemelhar mais a uma grande corporação financeira do que a uma organização internacional propriamente dita. Exemplo disso é a distinção do que ocorre em outras organizações internacionais, nas quais as decisões são tomadas segundo o princípio de que um país corresponde a um voto. Já no FMI é seguido um modelo corporativo no processo de tomada de decisões: o poder do voto de cada país membro é determinado em razão da proporção de quotas que possui no Fundo⁷.

Cabe salientar que periodicamente, a cada cinco anos, é realizada a revisão da distribuição de quotas permitindo uma reanálise, pela instituição, da possibilidade do aumento da participação, no fundo, de países emergentes na economia mundial. Para isso, entretanto, é necessária a aprovação por 85 % dos votos. Sendo assim, é possível ocorrer variações do poder do voto de cada país, se esse adquirir mais quotas e passar a ter maior participação no fundo⁸.

Atualmente, os cinco maiores acionistas do FMI são: Estados Unidos, Alemanha, Japão, França e Reino Unido.

O FMI é encabeçado pela Assembleia de Governadores, onde o titular brasileiro é o Ministro da Fazenda, responsável por tomar decisões de eleger o Conselho de Diretores. Ao todo, existem 24 diretores e, tendo em vista que o FMI é composto por 189 países, torna necessário eles representem um grupo de países, o que é denominado “constituency”. O Diretor brasileiro, por exemplo, representa, também os seguintes países: Cabo Verde, Equador,

⁶ CRETILLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. Pg. 500.

⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em:<
<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/119-fundo-monetario-internacional>>. Acesso em: 12 de set. de 2018

⁸ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em:<
<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/119-fundo-monetario-internacional>>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

Guiana, Haiti, Nicarágua, Panamá, República Dominicana, Timor Leste, Trinidad e Tobago⁹.

As instruções políticas do FMI são debatidas e decididas em reuniões, que ocorrem de forma bianual (geralmente em abril e outubro) e reúnem os Ministros membros do Conselho de Assuntos Financeiros e Monetários. Nelas, cabe mencionar, se congrega o número de ministros correspondente ao de diretores¹⁰.

Interessante observar a periodicidade que ocorrem as reuniões, o que permite ajustes frequentes nas políticas que norteiam a instituição possibilitando adequações às necessidades que variam em razão do contexto internacional.

1.2 As funções do FMI

O FMI desempenha três funções marcantes, passamos a analisar cada uma delas:

1.2.1 Assistência técnica

Com o intuito de auxiliar na melhoria, elaboração e implementação das políticas econômicas dos Países-Membros, o FMI transmite, através de assistência técnica e treinamento, orientações nas seguintes áreas:

- Políticas Monetárias e Fiscais;
- Política Fiscal e Administração;
- Compilação, administração, disseminação e aprimoramento de dados estatísticos;
- Legislação Econômica e financeira.¹¹

Além disso, auxilia os países aos quais foi imposta a exigência de reestabelecer instituições governamentais em decorrência de guerras e perturbações sociais.

Nesse ponto é importante ressaltar que, após a ocorrência de situações que impeçam o pleno exercício de direitos e a tutela da democracia, o FMI impõe a instituição de meios de retoma-la, demonstrando uma preocupação social com a população dos países que compõem seu fundo.

⁹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/119-fundo-monetario-internacional>>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. pg. 508 e 509.

É válido mencionar que grande parte (80%) dos usuários da assistência técnica oferecido pelo FMI são os países de baixa e média renda (especificamente na África Subsaariana e na Ásia)¹². Esse dado deixa claro que todos os países podem se beneficiar com o recurso do fundo (em proporções distintas) mas, se bem aplicados, os países subdesenvolvidos podem impulsionar seu crescimento.

Ademais, cabe salientar que os países que encontram-se em situação pós-conflito são os principais beneficiados do auxílio prestado pelo FMI que nesse contexto apresenta-se, muitas vezes, como a única possibilidade do país obter recurso que permita-o se reestruturar e se reerguer.

O FMI, então, demonstra, dentre seus objetivos na assistência, o intuito de auxiliar na implementação e solidificação do sistema financeiro internacional possibilitando, inclusive, desenvolver programas de redução de pobreza e ajudar países pobres e endividados¹³. Desse modo, a população local se beneficia, pois, há melhoria dos serviços prestados, mais ofertas de empregos e melhoria na qualidade de vida, e benefício aos demais países por, estabelecer com o país que se recupera da crise, relações comerciais.

1.2.2 Empréstimos

O FMI também atua na concessão de empréstimos aos países membros que se encontram em situações de problemas ou, na eminência de tê-los e, por meio de solicitação ao fundo, buscam auxílio na reconstrução de suas reservas internacionais, possibilitando estabilizar suas moedas, e continuar atuando no comércio internacional, e, conseqüentemente, restaurar as condições para um forte crescimento econômico¹⁴.

É importante nesse ponto observar que o problema financeiro enfrentado por um país gera efeitos não apenas para a população que sofrerá com o corte de verbas para determinados setores, com a redução de ofertas de empregos, entre outros problemas. Mas a crise financeira ultrapassa fronteiras e afeta diversos países do globo. Isso, pois todos os países são exportadores ou importadores em potencial, de modo que, a falta de recurso, vai impedir que o país participe do comércio internacional, reduzindo a mercancia realizada entre os países. Além disso, evidentemente, há o risco do país se tornar em devedor e não adimplir com obrigações fiduciárias com outros países,

¹² Ibidem.

¹³ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. pg. 508 e 509.

¹⁴ Ibidem.

gerando problemas financeiros e potencializando o clima hostil entre as nações envolvidas.

Desse modo, o FMI se dispõe a conceder o empréstimo a países que o necessitam, independente do tamanho do país, de seu nível de industrialização e/ou desenvolvimento.

Faz-se mister salientar que o empréstimo, além de ser solicitado pelo país, é realizado com base em um “acordo”, segundo o qual, pode ser estipulado políticas e medidas específicas que visam solucionar os problemas do balanço de pagamentos, e que o país anuiu. Esse programa econômico que embasa o acordo é elaborado pelo país em consulta com o FMI e é apresentado à Diretoria Executiva do FMI mediante uma “Carta de Intenções”¹⁵.

Merece destaque, nesse ponto, que a elaboração do acordo é realizada pelo país, evidentemente seguindo orientações do FMI. Desse modo, é disposto no documento aspectos que sejam interessantes, vantajosos e possíveis de realização pelo país interessado, restando claro que, caso se tratasse de metas inalcançáveis ou prejudiciais, não estaria previsto e tampouco seria assinado esse acordo.

Caso aprovado o “acordo” pela Diretoria, o empréstimo, em regra, é liberado em parcelas sucessivas, conforme o programa econômico é executado, de modo que fica atrelado a concessão do empréstimo ao cumprimento da(s) política(s) a(s) qual(is) se comprometeu a cumprir. Há também a possibilidade, em alguns acordos, do país ter acesso imediato aos recursos financeiros do FMI, em uma única vez¹⁶.

Cabe também o adendo de que o valor que um país pode obter em empréstimos do FMI, também chamado de “limite de acesso”, é calculado, em regra, para ser um múltiplo da cota do país no Fundo. Entretanto, em condições excepcionais, esse limite pode ser ultrapassado¹⁷. Portanto, embora todos os países possam se beneficiar com os recursos do fundo, países de baixa e média renda que são os maiores beneficiados conforme já mencionado, gozam de empréstimos em valores de menor vulto do que os concedidos a países com economias mais fortes que, possivelmente, possuem maior volume de capital aportado no fundo.

¹⁵ INTERNATIOANL MONETARY FUND FACTSHEET. Disponível em: <
<http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/howlendp.pdf>>. Acesso em: 15 de set.
de 2018.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

Cabe ressaltar, entretanto, que o FMI, diferente do Banco Mundial, não é um banco de fomento das economias, e não financia projetos. Ele se restringe a conceder empréstimos para os países se organizarem internamente e se reerguerem tornando possível estabelecer novamente o equilíbrio econômico, promovendo a estabilidade da moeda, o adimplemento com as contas externas e internas e, com a estabilidade da economia, consequentemente auxilia no crescimento do país.

Sendo assim, a iniciativa do empréstimo não será do FMI por enxergar no país a possibilidade de crescimento, e sim do país que, passando por problemas financeiros, necessita do aporte de capital para solucioná-los de modo a se estabilizar e evitar maiores prejuízos. A retomada do crescimento do país é consequência do bom investimento com os recursos do empréstimo, mas não é o propósito principal do FMI.

É interessante mencionar que cerca de 80% dos países-membros do FMI solicitaram empréstimo(s) oferecido(s) pela instituição ao longo dos anos, em volumes diferentes¹⁸, restando claro o suporte efetivo que o fundo concede a seus países-membros e o quão essencial é o papel desenvolvido pela instituição para manter o equilíbrio econômico mundial.

1.2.3 Supervisão

Outro papel desenvolvido pelo FMI é a função de vigilância que promove a supervisão do sistema monetário internacional e monitora as políticas econômicas e financeiras de seus 189 países membros¹⁹. Esse processo ocorre em nível global e em países individuais, e o FMI informa possíveis riscos à estabilidade que enxerga e oferece consultoria em relação às políticas econômico-financeiro, visando apontar possíveis ajustes nas políticas locais que se apresentam como necessárias para recuperação da economia²⁰.

É importante, nesse ponto, salientar que, ao ser admitido no FMI, o país deve concordar em submeter suas políticas econômicas e financeira a análise pela comunidade internacional. Devem também de comprometer a adotar, entre outras, as seguintes políticas:

- Políticas que proporcionem o crescimento econômico ordenado e a uma razoável estabilidade nos preços;

¹⁸ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico .pg. 503

¹⁹ ONUBR. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/fmi/>>. Acesso em: 19 de set. de 2018.

²⁰ CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. Pg. 501

- É vedada a prática de medidas que visem a manipulação de taxas de câmbio com o objetivo de conceder ao país vantagens competitivas injustas;
- Dever de fornecimento de dados sobre sua economia ao FMI²¹.

O objetivo dessas medidas de monitoramento é permitir ao FMI identificar aspectos problemáticos que ensejem, ou possam vir a ensejar instabilidade econômica.

Essa fiscalização deve ocorrer de forma contínua, periódica e individualizada para permitir a verificação das especificidades da economia de cada local. Nesse processo de fiscalização, uma equipe do FMI visita o país em análise e avalia seu desenvolvimento econômico e financeiro e, em decorrência disso, discute políticas governamentais, com representantes do governo e do banco central, para avaliar, opinar e sugerir medidas a serem adotadas²².

Há também a fiscalização, pelo FMI, das políticas adotadas em uniões monetárias, como a União Europeia, por exemplo, e a supervisão em caráter global, que busca identificar tendências de desenvolvimento econômico em nível global.

Entretanto, no que tange a atividade de supervisão, o FMI recebe críticas de que essa prática estaria violando a soberania dos países que, para ingressar no fundo, se veem obrigados a se submeter a fiscalizações periódicas, e prestar informações solicitadas e a adotarem medidas importadas pela instituição. De fato, em uma análise inicial, é possível vislumbrar violação à soberania, mas devemos passar para uma análise mais profunda.

2 O conceito de soberania

Os Estados organizados gozam de premissas que regem sua organização e possibilitam seu governo. Dentre elas destaca-se a ‘soberania’, essencial a um país visto que refere-se à sua autonomia, seu poder político e de autodeterminação e sua capacidade decisória (e garantia que será respeitada no território nacional) especialmente no que se refere aos interesses da nação.

Na esfera internacional, cabe salientar, o conceito de ‘soberania’ se adequa à organização ou hierarquia entre as relações dos atores internacionais (países, Organizações, Grupos Econômicos, entre outros).

²¹ Ibidem.

²² CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. Pg. 501

Nesse ponto, para aprofundar a análise, passamos a um estudo mais profundo do conceito de ‘soberania’ para possibilitar verificar seu efetivo cumprimento na relação com o FMI.

2.1 Construção histórica do conceito de soberania

Ao longo dos anos diversos pensadores elaboraram conceitos de ‘soberania’ e trouxeram distintas interpretações.

Thomas Hobbes defendia que a soberania era decorrente da renúncia do poder, pelo povo, que aceitava o transferir a uma única pessoa, passando a obedecer às determinações desta pessoa, contando que os outros também as obedecessem.

Esse posicionamento fica evidente na passagem do livro *Leviatã*:

É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos²³

Para Hobbes a soberania prevê que o poder de quem governa é pleno e capaz de solucionar pendências e arbitrar qualquer decisão que julgar necessária²⁴

Posteriormente, Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “*O Contrato Social*” abordou também o tema ‘soberania’. Entretanto, diferente de Hobbes, não atribuiu a soberania à titularidade do governante, e sim do povo.

Na ocasião, elencou também características fundamentais da soberania que compõe sua natureza “una, indivisível, inalienável e imprescritível”. Esse conceito baseou a grande maioria dos autores que, de forma sucinta, sustentam que a ‘soberania’ é “una”, pois, no mesmo Estado, não é admissível a existência de duas (ou mais) soberanias distintas; ‘Indivisível’ em razão da impossibilidade de existir partes separadas da soberania e do dever se se aplicar a todos os fatos ocorridos dentro do Estado; “Inalienável”, visto que, quem a detêm, caso fique sem ela(soberania), deixa de existir e, por fim, “imprescritível” devido a ausência de prazo de duração estabelecido.

²³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. Pg. 105 e 106.

²⁴ CESÁRIO, Ana Cleide Chiarotti. HOBBS E ROUSSEAU: O PROBLEMA DA SOBERANIA. *Revista dos Tribunais*. Pg. 13.

Outro pensador importante da construção desse conceito foi Jellinek *que descreveu a soberania como sendo a propriedade do poder do Estado de se autodeterminar*. Para ele ‘soberania’ consistia em:

É uma vontade que encontra em si própria um caráter exclusivo de não ser acionada senão por si mesma, uma vontade, portanto, que se autodetermina, estabelecendo, ela própria, a amplitude de sua ação. Tal vontade soberana não pode ser, jamais, comprometida por quaisquer deveres diante de outras vontades. Se tem direito, não tem obrigações. Se as tivesse, estaria subordinada a outra vontade e deixaria de ser soberana. (...) ²⁵

Considerava, portanto, que a soberania significava um poder ilimitado e ilimitável.

Diante do exposto, observa-se que o conceito de soberania sofreu diversas variações decorrentes da evolução política da sociedade. Mas é possível, conforme realizou Dallari, definir soberania agrupando em dois conceitos distintos:

(...) apesar do progresso verificado, a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica²⁶.

Com base nesse conceito nota-se por ser soberano, em tese, não haveria de se submeter às potências estrangeiras e, portanto, tampouco às políticas exigidas pelo FMI.

Ademais, dentro da jurisdição do Estado, cabe a ele tomar as decisões referentes a eficácias das normas jurídicas. Pode-se entender, portanto, que a vigência de uma norma, seja ela produzida nacionalmente ou internacionalmente, só poderá ocorrer mediante a autorização do Estado, visto que a soberania a ele pertence.

2.2 Soberania nacional no contexto internacional

Muito se discute acerca da predominância da soberania nacional diante de regras provenientes de acordos e órgãos internacionais. Ribeiro Bastos se posicional da seguinte maneira:

²⁵ PAUPÉRIO, Arthur Machado. Teoria Democrática do Poder: Teoria Democrática da Soberania. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 3 ed., vol.2, p.97.

²⁶ DALLARI. Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Pg. 84

(...) Ter, portanto, a soberania como fundamento do Estado brasileiro significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios.²⁷

Nesse ponto, observa-se que não seria admitido a imposição de regras a serem cumpridas no território nacional, visto que, as regras a serem cumpridas, são definidas pelo próprio Estado que goza do poder de auto-determinação.

Entretanto, para um análise adequada, é preciso lançar luz sobre o contexto da globalização e do estreitamento das relações firmadas entre os diversos países. Isso pois, essa aproximação entre as nações, que se unem em busca de objetivos similares, acarreta, em alguns casos, a relativização da essência do conceito, até então rígido, de ‘soberania’ que passa a ser vinculada aos interesses do desenvolvimento econômico e político dos Estados.

Exemplo que ilustra esse cenário é a formação de blocos econômicos, como a Zona do Euro ou o Mercosul, nos quais diversos países se unem e aceitam praticar dentro de seus territórios políticas que foram decididas em sede de Convenções com os demais países. É importante observar que, para integrar o bloco e gozar dos benefícios decorrentes da união das forças dos países, o país também deve fazer concessões, e trata-se de um ato de vontade.

No caso da União Europeia, especificamente, trata-se de uma entidade política constituída por Estados soberanos que optaram por partilhar a soberania em algumas áreas fundamentais com o propósito de atingir objetivos comuns. Para isso, os Estados-Membros ratificaram tratados fundadores (Tratado de Roma e Tratado de Maastricht, também chamado de Tratado da União Europeia) e se subordinam as decisões e regras proferidas pelas instituições responsáveis pela definição das políticas, quais sejam: Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e Comissão Europeia. Cabe o adendo de que os países continuam livres para exercer sua soberania nas áreas políticas que não são englobadas pelos Tratados²⁸.

Também trata-se de exercício de vontade a participação no FMI: integralizar patrimônio ao fundo é um ato opcional dos países e, solicitar o empréstimo também. Inclusive, como já mencionado, o país realiza uma solicitação da linha de crédito que o atende e que se adaptam as circunstâncias específicas do país e, a partir da solicitação, é iniciada a elaboração de um “acordo”.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/topics/institutional-affairs_pt>. Acesso em: 20 de set. 2018

Nesse acordo o FMI formula as exigências de condutas ao país receptor do empréstimo que, anui com as cláusulas estipuladas. É preciso reforçar, nesse ponto, que a iniciativa de solicitar o empréstimo é do país (ato de vontade que reflete a soberania nacional), e ele anui com o acordo elaborado de modo que nada é imposto, e sim acordado entre as partes (país beneficiado e FMI).

Portanto, em razão do procedimento para a concessão do empréstimo ser uma iniciativa do país, esse que participa ativamente do processo de elaboração do acordo e, se torna signatário por ato de vontade de seu governante – representando a vontade do povo, não ocorre violação de sua soberania, pelo contrário, é a demonstração de seu exercício mediante seu poder de escolha.

3. Conflito entre a supervisão do FMI e a soberania dos países

Consta também no acordo o direito do FMI de supervisionar o país quanto ao cumprimento das políticas exigidas. Até porque, apenas assim, em alguns casos, continuará sendo concedido os valores à título de empréstimo (já que é realizado em parcelas).

Esse cenário apresenta, portanto, um órgão, do qual diversos países são membros e integralizam seus recursos que, tem interesse em auxiliar países em instabilidade econômica a fim de evitar problemas nacionais e internacionais. Evidente que, deve haver um controle para conferência de que os recursos estão sendo aplicados nas áreas necessitadas (e acordadas entre as partes), a fim de evitar que ocorra aplicação equivocada impossibilitando a recuperação do país e gerando a possibilidade de inadimplência com o fundo.

Do outro lado tem-se o país que solicitou o empréstimo. O fez por ato de vontade, exercendo sua soberania e, ciente das implicações dessa decisão. O acordo assinado continha, em cláusulas, os compromissos que deveriam ser seguidos e os atos que o FMI poderia realizar com fins de fiscalizar as políticas do país. Assinar o acordo, portanto, reflete a vontade do dirigente da nação que representa seu povo e portanto, reflete a vontade da nação. Povo esse que, conforme Hobbes é detentor da soberania, mas atribuiu a seu governante o poder de representá-lo e tomar decisões em seu nome. O representante assim o faz ao solicitar o recurso do FMI e anuir com o acordo.

Não há de se falar, portanto, em violação a soberania do país que, se submete às políticas do FMI por um acordo firmado por vontade de ambas as partes.

Considerações finais

Essa pesquisa buscou analisar as atividades desempenhadas pelo Fundo Monetário Internacional, especificamente a de Assistência Técnica, Concessão de Empréstimos e Supervisão dos países. Verificou-se que o procedimento de empréstimo é iniciativa dos países que o solicita e, cabe a ele elaborar o “acordo”, sob orientação do FMI, que elencará a relação de políticas que deverão ser adotadas pelo país e efetivadas com o recurso do empréstimo.

Entretanto, a prática da supervisão, para alguns críticos, põe em cheque a soberania dos Estados que se colocam em condição de subordinação às diretrizes do FMI.

Para adentrar nesse debate, o trabalho lança luz as construções doutrinárias acerca do conceito de “soberania” analisando sua origem e adequando sua prática aos dias e contexto atual.

Desse modo, verifica-se não haver uma violação da soberania dos Estados, pelo contrário, eles se unem ao FMI em busca de um objetivo comum: a recuperação da estabilidade econômica do país beneficiado com os recursos do fundo.

Desse modo, não se pode falar em violação da soberania, e sim de seu pleno exercício no ato de buscar auxílio do FMI, elaborar o “acordo” se comprometendo a adotar políticas que beneficiem o país e tornem possível sua recuperação econômica, e finalmente, tornar-se signatário desse documento colocando-o em prática.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994
- CESÁRIO, Ana Cleide Chiarotti. **HOBBS E ROUSSEAU: O PROBLEMA DA SOBERANIA**. Revista dos Tribunais. Ano 2, nº 6, Janeiro-Março de 1994. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ed: Revista dos Tribunais LTDA.
- CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza, 2ª. Ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

IMF. **About the IMF**. Disponível em: <http://www.imf.org/en/About>. Acesso em: 12 de set. de 2018

INTERNATIONANL MONETARY FUND FACTSHEET. **Empréstimos do FMI** Disponível em: <<http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/howlendp.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Fundo Monetário Internacional**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/119-fundo-monetario-internacional>>. Acesso em: 24 set. 2018.

ONUBR.FMI. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/fmi/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Poder: Teoria Democrática da Soberania**. 3 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. **Assuntos institucionais** Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/institutional-affairs_pt>. Acesso em: 20 set. 2018.

***Fédération Internationale de Football Association –
FIFA e suas imposições aos países para sediarem a
Copa do Mundo de futebol frente ao princípio da
soberania nacional*** (*)

***Fédération Internationale de Football Association –
FIFA and their imposition on countries to host the
World Cup of football against the principle of national
sovereignty***

***Fédération Internationale de Football Association –
FIFA y sus imposiciones a los países para albergar la
Copa del Mundo de fútbol frente al principio de la
soberanía nacional***

Victor Bichara Borges¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

(*) Recibido: 10 diciembre 2018 | Aceptado: 10 febrero 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Aluno da Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. victor.borges96@gmail.com.

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direito Internacional e Direito Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. mfqobregon@yahoo.com.br.

Sumário: Introdução. 1 Federação Internacional de Futebol Associação (Fifa): origem e objetivos. 2 O fundamento da soberania nacional e as exigências estabelecidas pela Federação Internacional de Futebol Associação na Copa do Mundo do Brasil. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo estabelecer diretrizes a respeito da soberania nacional relacionada com as imposições estabelecidas pela Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) ao Brasil, por ocasião da Copa do Mundo de 2014. Foi necessário tecer considerações sobre o surgimento da FIFA, considerada o órgão máximo do futebol, bem como os pré-requisitos para que algum país sedie a Copa do Mundo. Em seguida, o estudo busca estabelecer a relação da FIFA com os países no cenário internacional. Após isso, foi feito o estudo sobre a soberania nacional, na busca da sua definição, ligada ao Brasil ser país sede da Copa do Mundo de 2014, em conjunto, ainda, com as explicações sobre a Lei Geral da Copa. Com a utilização do método dialético hegeliano, o presente artigo busca analisar se as exigências estabelecidas pela FIFA para o Brasil sediar a Copa do Mundo violam o fundamento da soberania nacional, prevista na Constituição Federal. Na sequência, foi feita a pesquisa a respeito das consequências das imposições realizadas pela FIFA ao país. O estudo pautou-se na utilização de legislações brasileiras, de noticiários de jornais consolidados, bem como de artigos publicados a respeito do tema, destacando-se Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Jairo Diniz Pinto, José Neto Rossini Torres e Andrea Benedetto Arantes. Contudo, a pesquisa não buscou esgotar sobre o tema debatido, haja vista as inúmeras controvérsias existentes sobre a soberania nacional, sua definição e a relação da FIFA com os países que se candidatam a sediar uma Copa do Mundo.

Palavras-chave: Federação Internacional de Futebol Associação, soberania nacional, Copa do Mundo, Brasil.

Abstract: The present work aims to establish guidelines regarding national sovereignty related to the impositions imposed by the International Football Association (FIFA) to Brazil, at the occasion of the 2014 World Cup. It was necessary to consider the emergence of FIFA, considered the highest body of football, as well as the prerequisites for any country to host the World Cup. The study then seeks to establish FIFA's relationship with countries on the international scene. After that, the study on national sovereignty was made, in search of its definition, linked

to Brazil being host country of the 2014 World Cup, together with explanations about the General Law of the Cup. With the use of the Hegelian dialectic method, this article seeks to analyze whether the requirements established by FIFA for Brazil to host the World Cup violate the foundation of national sovereignty, provided for in the Federal Constitution. In the sequence, the research was done on the consequences of the impositions made by FIFA to the country. The study was based on the use of Brazilian legislation, news reports from consolidated newspapers, as well as published articles on the subject, notably Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Jairo Diniz Pinto, José Neto Rossini Torres and Andrea Benedetto Arantes. However, the research did not seek to exhaust the topic discussed, given the numerous controversies about national sovereignty, its definition and the relationship between FIFA and the countries that are bidding to host a World Cup.

Keywords: International Federation of Association Football, national sovereignty, World Cup, Brazil.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo establecer directrices acerca de la soberanía nacional relacionada con las imposiciones establecidas por la *Fédération Internationale de Football Association – FIFA* a Brasil, con ocasión del Mundial de 2014. Fue necesario hacer consideraciones sobre el surgimiento de la FIFA, considerada el máximo órgano del fútbol, así como los requisitos previos para que algún país albergue la Copa del Mundo. A continuación, el estudio busca establecer la relación de la FIFA con los países en el escenario internacional. Después de eso, se hizo el estudio sobre la soberanía nacional, en la búsqueda de su definición, ligada a Brasil como país sede de la Copa del Mundo de 2014, en conjunto, aún, con las explicaciones sobre la normatividad de la Copa. Con el uso del método dialéctico hegeliano, el presente artículo busca analizar si las exigencias establecidas por la FIFA para Brasil como sede de la Copa del Mundo violan el fundamento de la soberanía nacional, prevista en la Constitución Federal. En consecuencia, se realizó la investigación sobre las consecuencias de las imposiciones realizadas por la FIFA al país. El estudio se basó en la utilización de la legislación brasileña, de noticieros de periódicos consolidados, así como de artículos publicados sobre el tema, destacándose Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Jairo Diniz Pinto, José Neto Rossini Torres y Andrea Benedetto Arantes, como autores de referencia. Sin embargo, la investigación no buscó agotar el tema debatido, habida cuenta de las numerosas controversias existentes sobre la soberanía

nacional, su definición y la relación de la FIFA con los países que se postulan a albergar una Copa del Mundo.

Palabras clave: Fédération Internationale de Football Association – FIFA, soberanía nacional, Copa del Mundo, fútbol, Brasil.

Introdução

O presente artigo visa discutir a respeito das exigências impostas pela Federação Internacional de Futebol Associação para que um país sedie uma Copa do Mundo de Futebol, relacionando o tema ao fundamento da Soberania Nacional. Limitar-se-á, entretanto, à análise em relação a realização da Copa do Mundo no Brasil em 2014.

A Federação Internacional de Futebol Associação é uma entidade que atua organizando eventos futebolísticos ao redor do planeta, sendo a competição mais importante a Copa do Mundo de Futebol. Para que seja possível determinado país sediar tal evento, diversas são as exigências impostas pela FIFA, tais como a infraestrutura desejada, a segurança pública e o transporte, a fim de que haja plenas condições de realização da competição.

A FIFA atua no cenário internacional sob uma perspectiva cooperativa com os demais países, havendo diferentes impactos sociais, econômicos e políticos com a realização dos campeonatos de futebol, a depender do lugar em que ocorrer os torneios.

Diante da escolha do país sede de uma Copa do Mundo, o presente artigo visa analisar as imposições feitas pela FIFA ao Brasil para a realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014, sob o fundamento da Soberania Nacional prevista no art. 1º, I, da Constituição Federal de 1988³. Relaciona-se, ainda, à promulgação da Lei nº 12.663, de 5 de Junho de 2012⁴, a chamada

³ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁴ BRASIL. **Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012**. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nos 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Disponível em:

Lei Geral da Copa, haja vista que esta foi determinante para que a Copa no Brasil fosse realizada.

Será feito o estudo a respeito do conceito de Soberania Nacional, difundido ao longo da história e com as diferentes perspectivas conceituais de autores de épocas distintas. A pesquisa, então, será realizada com as imposições feitas pela FIFA ao Brasil e as consequências das mesmas no cenário nacional.

A metodologia adotada no presente estudo foi a dialética hegeliana. Através desta, fundamentar-se-á se houve violação ao fundamento da Soberania Nacional com a promulgação e vigência da Lei Geral da Copa diante das exigências e imposições feitas pela FIFA por ocasião da Copa do Mundo de Futebol de 2014, no Brasil.

1. Fédération Internationale de Football Association – FIFA: origem e objetivos

A Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) é uma entidade internacional que possui sede em Zurique, Suíça⁵. Fundada no ano de 1904, tornou-se importante federação ao redor do mundo por organizar competições futebolísticas. Com o passar do tempo, a instituição, que foi criada através de iniciativa de países europeus, ganhou força, sendo que nos dias atuais mais de duzentas federações esportivas nacionais são membras da FIFA.

Responsável por revolucionar o futebol no mundo, a FIFA possui estatuto, código disciplinar e código de ética, sendo que todas as confederações e associações nacionais privadas devem respeitá-los e, caso assim não o façam, estão sujeitas a punições do órgão máximo do futebol. De acordo com o site da própria FIFA,

[...] o Comitê de Ética independente, estabelecido como o terceiro órgão judicial sob o Código de Ética da FIFA, é responsável por cuidar de toda a comunidade do futebol e ajudar a enfrentar os desafios atuais do futebol, como apostas ilegais, suborno e outras atividades proibidas. Sob o Código de Ética, sanções disciplinares podem ser impostas a oficiais infratores, jogadores, agentes de jogadores e agentes de jogo.⁶

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁵ PAULINO, Tailane. **Fifa: Qual o papel desta entidade?**. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/fifa-qual-papel/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁶ **Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA)**. Disponível em: <<https://www.fifa.com/governance/how-fifa-works/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Portanto, a Federação busca estabelecer diretrizes para que competições futebolísticas sejam realizadas da melhor maneira possível, inclusive tudo o que se envolve ao seu redor. Sendo assim, todos que estão filiados à FIFA devem obedecer às regras por ela impostas.

A FIFA é quem organiza as competições futebolísticas mundiais mais conhecidas, entre elas a Copa do Mundo. Além disso, a federação é responsável por outros campeonatos masculinos, femininos, de futsal, bem como de futebol de areia.

A organização da FIFA também se faz através das confederações continentais ao redor do mundo, entre elas a CONCACAF (América do Norte e América Central), UEFA (Europa), AFC (Ásia), CAF (África), OFC (Oceania) e CONMEBOL (América do Sul)⁷. Sendo assim, estas ficam responsáveis pela sua área de atuação e por organizarem competições em seus continentes, sempre respeitando as diretrizes estabelecidas pela Federação Internacional de Futebol.

1.1 A Copa do mundo fifa e a escolha do seu país sede

Como já exposto no presente artigo, a Copa do Mundo de Futebol é a competição mundial mais importante e é a FIFA quem a organiza. Realizada de quatro em quatro anos a partir de 1930, o campeonato é um dos mais almejados pelas seleções dos países. Somente durante a 2ª Guerra Mundial que a Copa restou impossibilitada de acontecer por conta dos conflitos que estavam prestes a acontecer.

Para que seja possível participar de uma Copa do Mundo, alguns são os requisitos a serem preenchidos. Primeiro, o Estado deve ser associado à FIFA, que também estabelece requisitos para tal. De acordo com Viegas e Pinto,

Nos termos do artigo 10 do Estatuto da FIFA, qualquer associação que seja responsável por organizar e supervisionar o futebol em seu país pode se tornar um membro da Federação. Neste contexto, a expressão “país” se refere a um Estado independente, reconhecido pela comunidade internacional. De acordo com os parágrafos 5º e 6º do referido dispositivo, apenas uma associação será reconhecida por país. A aceitação da FIFA apenas será permitida se a associação for membro de uma confederação por pelo menos dois anos.⁸

⁷ PAULINO, Tailane. **Fifa**: qual o papel desta entidade?. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/fifa-qual-papel/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁸ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PINTO, Jairo Diniz. O Brasil e a FIFA: a questão da soberania brasileira durante a Copa do Mundo de 2014. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3986, 31 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29092>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Portanto, os organismos internacionais devem reconhecer o Estado como independente, bem como este Estado deve fazer parte da confederação do seu continente, por no mínimo dois anos. Consequentemente, a FIFA poderá permitir a associação do país.

Após isso, deve-se participar de jogos eliminatórios do continente em que o país se situa, para então, caso se classifique, ir à Copa. Importante destacar que as partidas eliminatórias para a Copa do Mundo são organizadas pelas confederações continentais, já mencionadas no tópico anterior.

No que tange à possibilidade de algum país sediar uma competição como a Copa do Mundo, critérios e exigências são feitos por parte da FIFA. De plano, salienta-se que a Federação faz rodízios dos continentes que podem ser sede de uma Copa. Prova disso é que no ano de 2006 a Alemanha foi o país sede, localizada na Europa; já em 2010 a África do Sul sediou a Copa do Mundo; em 2014 o Brasil foi sede, localizado na América; e em 2018 a Copa foi realizada na Rússia, na Ásia.

Quando o continente é escolhido, a FIFA envia aos países – nele inserido – um caderno de encargos, com obrigações e deveres a serem cumpridos para que se encaixem nas mínimas condições estabelecidas. Muitas são os encargos a serem realizados pelo país sede, sendo que Viegas e Pinto listam os principais, quais sejam:

Garantias do país-sede: concessão de vistos de trabalho a todo os colaboradores estrangeiros envolvidos com a Copa do Mundo; isenção de taxas alfandegárias para todo o material relacionado ao evento; segurança; livre transferência de divisas; infraestrutura adequada de transportes e telecomunicações [...].

Infraestrutura: oito a doze estádios, com capacidade mínima de 40 000 pessoas (até as quartas-de-final) e 60 000 pessoas (partida de abertura, semifinais e final). Os campos de jogo devem ter 105 por 68 metros, grama natural e espaço em volta de pelo menos 6 metros (7,50 metros atrás do gol) para proteger e acomodar reservas, fotógrafos e câmeras de televisão [...].

Comercialização do Evento: O país candidato deve reconhecer o direito exclusivo da FIFA para a exploração comercial da Copa - publicidade, marketing, licenciamento, direitos de transmissão [...].

Ingressos disponíveis: O país organizador se compromete com a FIFA a vender uma quantidade mínima de ingressos, determinada pela própria Entidade [...].

Venda dos Ingressos: o comitê organizador deve estabelecer preços realistas para as entradas, aprovados pela FIFA [...].

Acomodações: É preciso hospedar trinta e duas delegações de até cinquenta pessoas, juntamente com os colaboradores da FIFA (250 pessoas, estas em

hotel de alto padrão, os árbitros e bandeirinhas (80 pessoas) e dar assistência aos jornalistas para que encontrem hospedagem.

Transporte: O comitê organizador deve providenciar: um ônibus, um miniônibus e dois carros para cada seleção; dois ônibus e mais de 200 carros para a delegação da FIFA; um ônibus, dois miniônibus em um carro para os árbitros; e ônibus para a imprensa [...].

Finanças: a FIFA não se compromete a gastar com infra-estrutura, que correm a cargo da federação de futebol do país e do governo local. O comitê organizador tem direito a uma porcentagem sobre o eventual lucro obtido com a realização da Copa.

A venda de bebidas alcoólicas e a suspensão da eficácia do Estatuto do Torcedor.⁹

Como dito pelos autores, o país sede deve conceder, a qualquer custo, visto de trabalho para quem colaborar de alguma forma com a realização do evento, além de garantir isenção de tributos para tudo que se relaciona com a competição. A segurança pública deve ser exercida de forma preventiva e repressiva aos redores dos estádios e em seus interiores.

A infraestrutura exigida pela entidade possui total relação com os estádios, que devem possuir cadeiras numeradas – e não arquibancadas – sendo que os torcedores devem ter uma visão boa do gramado. O estádio, ainda, deve contar com área de alimentação, como restaurantes, bem como estacionamento próprio.¹⁰

Outrossim, o transporte público deve funcionar de forma plena nas regiões perto dos estádios. É necessário, ainda, haver investimento no turismo, com a ampliação de aeroportos, sofisticação de hotéis e criações de centros de treinamento para as seleções.

Os autores esclarecem, ainda, que diversas são as garantias e os privilégios concedidos à FIFA, por parte do país-sede, para que as competições esportivas ocorram. Entre eles o reconhecimento exclusivo da entidade de exploração comercial da Copa, o controle sobre a venda dos ingressos aos jogos, isenções fiscais. A FIFA também exigiu a permissão do comércio de bebidas alcoólicas nos estádios, com a suspensão temporária da eficácia do

⁹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PINTO, Jairo Diniz. O Brasil e a FIFA: a questão da soberania brasileira durante a Copa do Mundo de 2014. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3986, 31 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29092>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

¹⁰ FEIJÓ, Bruno Vieira. **O que é preciso para um país sediar a Copa?**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/o-que-e-preciso-para-um-pais-sediar-a-copa/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Estatuto do Torcedor¹¹, bem como de outras legislações vigentes, de maneira indireta: o Código de Defesa do Consumidor¹² e o Estatuto do Idoso¹³.

Em contrapartida, todas as obrigações devem ser cumpridas por parte do país-sede, enquanto a própria FIFA de exime de obrigações como fornecedora de serviços, não se comprometendo, também, a gastar com a infraestrutura que deseja. Tal assunto será melhor tratado em momento oportuno no presente artigo.

Todos os fatores acima elencados devem ser observados e caminharão lado a lado a fim de que se cumpra com as exigências e possibilite a realização da melhor maneira possível – para a FIFA – uma Copa do Mundo. De acordo com Paulo Roberto Rodrigues Soares:

[...] os megaeventos pressupõem outros negócios mais rentáveis que o ingresso de divisas via turismo. As obras de infraestrutura, a construção de estádios e instalações esportivas abrem um novo ciclo de construção e valorização do solo urbano na cidade-sede. Em muitas se produz um amplo processo de reestruturação urbana, a reorganização por parte do poder público e do capital imobiliário da estrutura da cidade, com novas frentes de expansão urbana, novos vetores de valorização, revalorização e "gentrificação" de seus setores "ociosos", e a construção de novas centralidades urbanas, sejam estádios, centros empresariais, sejam shopping centers.¹⁴

Segundo o autor, a escolha do país e, conseqüentemente, das cidades-sedes da maior competição futebolística do mundo – a Copa do Mundo – abrem portas para a realização de inúmeros investimentos. Ou seja, ao mesmo tempo que a FIFA exige uma série de encargos a serem realizados por parte do país sede, em contrapartida o próprio país ganha visibilidade internacional.

Entretanto, destaca-se que o escritor é cauteloso ao afirmar que a realização de um torneio mundial pressupõe outros investimentos que gerem mais

¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

¹² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

¹³ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

¹⁴ SOARES, Paulo Roberto Rodrigues. **Megaeventos esportivos e o urbano: a Copa do Mundo de 2014 e seus impactos nas cidades brasileiras**. *Revista FSA*. Teresina, v. 10, n. 4, art. 11, p. 195-214, Out./Dez. 2013. Disponível em: <www2.fsanet.com.br/revista>. Acesso em: 21 ago. 2018.

rendas. É justamente, de maneira indireta, o que o presente artigo busca analisar. Isto é, se as exigências da FIFA para que um país sedie uma Copa do Mundo podem de alguma forma violar o princípio da soberania nacional, mais especificamente relacionando o tema com a Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil.

Feitas as devidas considerações a respeito da origem da FIFA e de suas exigências para que um país sedie a Copa do Mundo de Futebol, passa-se a analisar a relação da entidade máxima do futebol com o direito internacional.

1.2. Relação da Federação Internacional de Futebol Associação com os diferentes países da sociedade internacional

A Federação Internacional de Futebol Associação possui personalidade jurídica de direito privado. Como já exposto, possui diversos países filiados que devem submeter a regras por ela impostas. Pode-se afirmar que a FIFA é uma Organização Internacional e, sendo assim, as Organizações Internacionais são arenas e mecanismos que promovem a interação e cooperação de outros atores, geralmente Estados.¹⁵

Há uma relação intrínseca entre a Entidade Máxima do Futebol com demais países e Estados na comunidade internacional. Exemplo disso é a escolha de quem irá sediar a Copa do Mundo e a sua própria realização, que depende de uma cooperação de Estados com a FIFA.

O futebol, esporte difundido internacionalmente pela FIFA, possui fatores e vieses com os Estados, tais como políticos, sociais e econômicos. De acordo com Rodrigues,

[...] o desporto também se encontra intrinsecamente relacionado com a economia política internacional, devido ao alto grau de participação da sociedade em atividades desportivas, amadoras ou profissionais, como atletas ou telespectadores. [...] No que tange o aspecto social, o desporto está intimamente ligado ao seu caráter cultural. O desporto adquire maior representatividade na cultura popular de um país, orientando tomadores de decisão ao cerne do convívio social, reconhecendo a orientação da cultura das massas.¹⁶

¹⁵ RODRIGUES, Mariana Ramalho. **O poder institucional da FIFA como um ator não estatal na política internacional**. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais na especialidade de Economia Política Internacional, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre. Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30120/1/O%20Poder%20Institucional%20da%20FIFA%20na%20Politica%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

¹⁶ RODRIGUES, Mariana Ramalho. **O poder institucional da FIFA como um ator não estatal na política internacional**. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais na especialidade de Economia Política Internacional, apresentada à Faculdade de Economia da

A autora explicita que a FIFA, ao disseminar eventos esportivos pelo mundo, traz impactos econômicos, políticos e sociais diferentes, a depender do país em que houver a realização das competições futebolísticas. Destaca-se que a FIFA, ao escolher quem sediará a Copa do Mundo de Futebol, por exemplo, leva consigo o esporte, que se relaciona internacionalmente com fatores econômicos, políticos e sociais (culturais).

A FIFA possui grande influência no cenário internacional, por se tratar de uma Organização Internacional que organiza a maior competição esportiva do planeta: a Copa do Mundo de Futebol. Diante desta perspectiva, os Estados não são mais os principais atores no sistema internacional, dividindo o palco com corporações transnacionais e organizações.¹⁷

Sendo assim, há a divisão de protagonismo entre os países, Organizações Internacionais Governamentais, e Organizações Internacionais não Governamentais. No presente artigo, portanto, pode-se afirmar que os países dividem tarefas e estabelecem relações com a Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA).

Realizada a análise da relação da FIFA com os Estados no cenário internacional, passa-se ao estudo do conceito de soberania nacional relacionada com as exigências realizadas pela FIFA para que seja possível sediar uma Copa do Mundo de Futebol.

2. O fundamento da soberania nacional e as exigências estabelecidas pela FIFA na Copa do Mundo do Brasil

Muito se discute a respeito dos países sediarem um dos eventos mais importantes do mundo, que é a Copa do Mundo de Futebol. A disputa para conseguir tal feito, conseqüentemente, requer uma série de cumprimento de exigências feitas pelo órgão máximo do Futebol, a FIFA. Como já dito no estudo, para que aconteça a competição em determinado país, encargos precisam ser observados pelos países.

Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre. Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30120/1/O%20Poder%20Institucional%20da%20FIFA%20na%20Politica%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

¹⁷ RODRIGUES, Mariana Ramalho. **O poder institucional da FIFA como um ator não estatal na política internacional**. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais na especialidade de Economia Política Internacional, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre. Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30120/1/O%20Poder%20Institucional%20da%20FIFA%20na%20Politica%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

No caso do Brasil, houve grande euforia quando o país foi escolhido como sede da Copa do Mundo de 2014. O anúncio foi feito pelo então presidente da FIFA, Joseph Blatter.

Inicialmente a empolgação de ter outra Copa do Mundo de Futebol em seu território, última e única foi realizada em 1950, tomaram não somente a população, mas também todos que participaram da vitoriosa candidatura.¹⁸

Nesse sentido, pode-se afirmar que, de plano, muitos comemoraram que o Brasil, depois de quase sete décadas, sediaria novamente uma Copa do Mundo. Mas, após esta fase, sabia-se que muito deveria ser feito para que o evento ocorresse de forma a cumprir todas as exigências da Federação.

Isso porque o país, quando se candidatou para sediar a Copa, não tinha a estrutura mínima necessária para que a competição ocorresse. Ou seja, estádios modernizados no padrão que a FIFA exige, meios de transporte, tanto públicos para atender as necessidades dos turistas, quanto privados para estarem disponíveis às delegações dos países que disputassem a Copa, entre outros. Mas, antes mesmo de ser escolhido como sede, o Brasil assinou uma espécie de contrato se comprometendo a cumprir todas as exigências da FIFA.

[...] a FIFA já tinha feito as exigências básicas, no caso as de maior repercussão atualmente, e o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva deu garantias à entidade com a assinatura de um documento, no ano de 2007, assegurando que o Brasil se comprometeria a adotar todas as medidas necessárias, com base na Constituição, para aprovação no Congresso Nacional de todas as garantias estipuladas.¹⁹

Como o autor explicita, o então presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, prometeu que os encargos seriam realizados, mas sempre de acordo com a legislação mais importante para o país: a Constituição Federal. Mas, indaga-se se realmente houve a devida observação da Carta Magna para o cumprimento de exigências feitas pela FIFA ao Brasil e o estabelecimento de regras pelo Congresso Nacional.

A discussão do presente artigo gira em torno da possível violação do princípio da soberania nacional do Brasil na criação da Lei Geral da Copa,

¹⁸ TORRES, José Neto Rossini. **FIFA x Brasil: As exigências para realização da copa de 2014 e a soberania nacional.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fifa-x-brasil-as-exigencias-para-realizacao-da-copa-de-2014-e-a-soberania-nacional,37940.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

¹⁹ TORRES, José Neto Rossini. **FIFA x Brasil: As exigências para realização da copa de 2014 e a soberania nacional.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fifa-x-brasil-as-exigencias-para-realizacao-da-copa-de-2014-e-a-soberania-nacional,37940.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

para a realização da competição de 2014, a fim das exigências impostas pela FIFA fossem cumpridas.

Antes de adentrarmos ao debate central, cinge-se no estudo de conceituar a soberania nacional. É necessário estabelecer parâmetros e ideias de autores de diferentes épocas, para então conseguir uma mínima possibilidade de chegar a seu conceito. De plano, cumpre destacar o que a Constituição Federal versa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; [...].²⁰

Como expõe a Carta Constitucional Brasileira, o país possui como fundamento a soberania. Entretanto, não há a explicação no dispositivo sobre o que vem a ser tal palavra. Coube a doutrina estabelecer diretrizes para o cenário brasileiro, invocando o pensamento de diversos autores.

No dicionário, soberania é definida como a qualidade ou condição de soberano, a autoridade suprema do poder do Estado.²¹ Relaciona-se com o país em si, exercendo a sua função perante à sociedade, como alguém que detém o poder.

A sistematização do conceito de soberania foi tratado pela primeira vez por Jean Bodin, que defende que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república. O autor entende que o poder respaldava-se no direito natural e divino, sendo que a soberania era pressuposto para a existência da república.²²

Outro grande pensador que tentou idealizar o que vem a se tratar a soberania foi Thomas Hobbes. De acordo com o filósofo:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos

²⁰ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

²¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

²² “La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République [...]”. BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República**. Um resumo do texto da edição de Paris a partir de 1583. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

[...] deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.²³

O autor remete ao fato do povo se reunir e escolher um homem ou uma assembleia de homens para exercer a soberania, através de um contrato social. Sendo assim, há abdicação de liberdades para submissão ao poder soberano. Para Hobbes, a soberania pode ser entendida como um poder do homem ou de uma assembleia de homens, e um dever dos demais (da sociedade) de obedecerem.

Divide-se, ainda, entre soberania interna e externa. Segundo Bonavides,

Do ponto de vista externo, a soberania é apenas qualidade de poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar. Do ponto de vista interno, porém, a soberania [...] é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontrastavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam subordinados. [...] fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais.²⁴

O autor estabelece critérios de que a soberania interna é inerente à formação do Estado, ocasião em que é exercida em relação às camadas sociais que são a ela subordinadas. Trata-se de um conceito menos controvertido por ser próprio do Estado, sendo que este se sobrepõe à população nele existente. No que se refere ao plano externo de soberania, é uma qualidade de poder exercida pelo Estado frente aos demais internacionalmente. A depender do Estado, é possível que ele seja mais ou menos soberano no que se refere à camada externa.

Tem-se o entendimento, portanto, que a soberania é algo que o Estado possui, pois está inerente à sua própria criação e estabelecimento da nação como independente. De acordo com Viegas e Pinto,

É, em outras palavras, o poder político supremo, pois não está subordinado a nenhum outro na ordem interna. Ela é independente, porque, na ordem internacional, não tem de obedecer a regras que não sejam voluntariamente

²³ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 122/123.

aceitas, estando em caráter de igualdade com os poderes supremos dos outros Estados.²⁵

Trata-se do poder maior do país em ser livre para escolher as decisões a serem tomadas, tanto no plano interno, como no plano internacional, devendo sempre respeitar o que a própria Constituição prevê, pois caso contrário estaria violando o fundamento do Estado como soberano.

Ao longo da história, o conceito de soberania foi delineado por diferentes pensadores, sendo importante destacar que não se trata de uma definição absoluta. Na verdade, deve-se estabelecer um marco temporal para que seja possível definir o que vem a ser tal fundamento. Isso porque há mudanças constantes do conceito, a depender da época em que foi estudado.

Relacionando o conceito de soberania para o problema do presente estudo, deve-se debater se as imposições da Federação de Futebol e as políticas públicas implantadas pelo Congresso Nacional, sobretudo a Lei Geral da Copa, violam o fundamento da soberania nacional do Brasil.

2.1. A soberania nacional, a Lei Geral da Copa e as consequências das imposições feitas pela Federação Internacional de Futebol Associação

Conforme já exposto, o Brasil se comprometeu a obedecer uma série de instruções e diretrizes estabelecidas pelo órgão máximo de futebol – FIFA – para que fosse possível sediar a Copa do Mundo. Inclusive o Congresso Nacional aprovou a Lei Geral da Copa, cuja vigência e aplicação aconteceu justamente no período em que a mesma se realizou.

Entretanto, deve-se observar se a soberania do país ficou comprometida e em segundo plano para que o evento ocorresse, e se houve submissão à FIFA e suas exigências. Ou seja, se houve violação ao fundamento de Estado soberano previsto na Constituição Federal.

De acordo com Raquel Rolnik, a Lei Geral da Copa

[...] trata de exclusividades e privilégios de que a Fifa deve gozar – desde o estabelecimento do preço dos ingressos, vistos de entrada no país para

²⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PINTO, Jairo Diniz. O Brasil e a FIFA: a questão da soberania brasileira durante a Copa do Mundo de 2014. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3986, 31 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29092>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

competidores e espectadores, exclusividade no marketing e na transmissão dos eventos e até a tipificação de novos crimes e novas varas para julgá-los.²⁶

A autora critica veementemente a atuação da FIFA perante o Brasil, tendo em vista defender que “as Leis da FIFA” que estiveram em vigor durante quase dois meses (período anterior e posterior à Copa). Sendo assim, segundo Rolnik, o país se submeteu à entidade para que o evento esportivo fosse realizado.

Em consonância com o entendimento acima, Guilherme Varella expõe:

Munida do único argumento da “excepcionalidade” da Copa do Mundo de Futebol, a entidade descaradamente exige que o Governo Federal afaste o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Torcedor e a meia entrada estudantil para o ano de 2014.

[...]

A FIFA – incluídos seus parceiros - terá áreas exclusivas de exploração comercial, não apenas nos estádios, mas nos entornos e principais vias de acesso; plenos poderes para estabelecer preços de ingressos, cancelamento, reembolso, remarcação de datas, locais e horários, sem a respectiva obrigação de aviso prévio aos torcedores; a prerrogativa de modificação unilateral dos contratos; e a autorização para a realização de práticas e imposição de cláusulas contratuais consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor.²⁷

À época, houve grande discussão acerca da sanção da Lei Geral da Copa. Por sua redação, é possível observar que houve desrespeito às referidas leis citadas pelo autor. A Lei estabelece muitos poderes importantes que ficam a cargo da FIFA decidir, como bem entender, como exemplos: a exploração da marca, escolha dos preços dos ingressos e uma série de outras violações ao direito do consumidor²⁸, desrespeitando as previsões do Código de Defesa do Consumidor.

²⁶ ROLNIK, Raquel. **Lei Geral da Copa: vale tudo para a Fifa?**. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2011/09/29/lei-geral-da-copa-vale-tudo-para-a-fifa/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

²⁷ VARELLA, Guilherme. **Copa sem direitos não dá jogo**. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/artigo/copa-sem-direitos-no-da-jogo>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

²⁸ A Lei nº 12.663, de 5 de Junho de 2012 prevê: Art. 27. Os critérios para cancelamento, devolução e reembolso de Ingressos, assim como para alocação, realocação, marcação, remarcação e cancelamento de assentos nos locais dos Eventos serão definidos pela FIFA, a qual poderá inclusive dispor sobre a possibilidade: I - de modificar datas, horários ou locais dos Eventos, desde que seja concedido o direito ao reembolso do valor do Ingresso ou o direito de comparecer ao Evento remarcado; II - da venda de Ingresso de forma avulsa, da venda em conjunto com pacotes turísticos ou de hospitalidade; e III - de estabelecimento de cláusula penal no caso de desistência da aquisição do Ingresso após a confirmação de que o pedido de Ingresso

De fato, ao fazer a análise da Lei Geral da Copa, é possível observar que regalias e poderes são concedidos à FIFA e até para seus convidados²⁹, sendo que deveres e responsabilidades não são estabelecidos ao órgão. Não há previsão do dever de indenizar os consumidores por danos morais e patrimoniais em caso de problemas com os produtos e serviços oferecidos³⁰, por exemplo.

Em contrapartida, há o argumento de que a Lei Geral da Copa é necessária para que a Copa do Mundo ocorra, sendo um evento fora do comum existente, pois, afinal, é a competição mais importante do planeta. Ou seja, utiliza-se o argumento da excepcionalidade para dar validade à referida lei. De acordo com Arantes:

[...] a lei é uma das exigências da FIFA para que o evento ocorra, apresentando-se necessária para assegurar as garantias para a realização do evento. Nos termos da Federação, a Copa do Mundo gera sim uma excepcionalidade, pois no momento da apresentação da candidatura do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014, prestou-se garantias referentes à organização e à realização do evento. Parte destes compromissos está contemplada pela legislação nacional vigente. Contudo, para que o conjunto de garantias possa ser aplicado pelo Governo Federal, é imprescindível enviar ao Congresso Nacional um Projeto de Lei: a Lei Geral da Copa.³¹

A autora expõe que o país, ao se comprometer a cumprir os encargos estabelecidos pela FIFA no ato da candidatura como país-sede da Copa do Mundo de 2014, ficou vinculado a obedecer todos os requisitos impostos

foi aceito ou após o pagamento do valor do Ingresso, independentemente da forma ou do local da submissão do pedido ou da aquisição do Ingresso.

²⁹ A Lei nº 12.663, de 5 de Junho de 2012 prevê: Art. 11. A União colaborará com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que sediarão os Eventos e com as demais autoridades competentes para assegurar à FIFA e às pessoas por ela indicadas a autorização para, com exclusividade, divulgar suas marcas, distribuir, vender, dar publicidade ou realizar propaganda de produtos e serviços, bem como outras atividades promocionais ou de comércio de rua, nos Locais Oficiais de Competição, nas suas imediações e principais vias de acesso. § 1º Os limites das áreas de exclusividade relacionadas aos Locais Oficiais de Competição serão tempestivamente estabelecidos pela autoridade competente, considerados os requerimentos da FIFA ou de terceiros por ela indicados, atendidos os requisitos desta Lei e observado o perímetro máximo de 2 km (dois quilômetros) ao redor dos referidos Locais Oficiais de Competição.

³⁰ VARELLA, Guilherme. **Copa sem direitos não dá jogo**. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/artigo/copa-sem-direitos-no-da-jogo>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

³¹ ARANTES, Andrea Benedetto. A soberania nacional frente aos comandos da FIFA no país sede da Copa do Mundo de 2014: Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11157&revista_caderno=9>. Acesso em 23 ago. 2018.

caso se sagra-se vencedor, e se sagrou. Competição esta que gera um aspecto de excepcionalidade onde ocorre. Consequentemente, o efetivo cumprimento de todas as obrigações somente seria possível através da sanção da Lei Geral da Copa.

Entretanto, ao mesmo tempo que a FIFA exige certas condições para que o país sedie uma Copa do Mundo, o próprio país possui regras, leis e fundamentos previstos constitucionalmente. A controvérsia do presente estudo se estabelece através da análise se as condições estabelecidas pela FIFA e a sanção e vigência da Lei Geral da Copa violam o fundamento da Soberania Nacional do Brasil.

Como é sabido, a Lei Geral da Copa foi essencial para que a Copa do Mundo ocorresse, pois caso contrário o país não teria cumprido as exigências estabelecidas pela FIFA. Mas, concomitantemente questiona-se a hipótese da Lei sancionada ir de encontro de legislações esparsas e até mesmo da Constituição Federal.

Viegas e Pinto explicam:

É possível afirmar que a soberania, como o poder supremo de um Estado, representada pela capacidade de se organizar politicamente sem a interferência de terceiros, que [...] não pode ser tratada como instituto a ser violado pela FIFA.

Dada essa consideração explica-se que se a soberania é poder único e legitimado do Estado e corresponde ao efetivo exercício de sua personalidade e autoridade, detendo autonomia e independência, pode, portanto, definir quais são suas prioridades, interpretando suas normas de forma singular.

Assim, de acordo com os ditames elencados na Constituição, não se pode sopesar os princípios e valores mantidos e gozados por toda a coletividade em benefício de uma entidade de caráter privado. [...].

Logo, a análise termina por ser equivocada se pensada apenas com olhar de que a FIFA está violando a soberania estatal. A Federação tem suas regras e imposições, cabendo à associação esportiva do país que deseja integrá-la, aceitar ou não a estas regras, consequentemente, aquele Estado, deve decidir se subordinará às normas.³²

Como versa o texto acima e já explicado no presente artigo, a soberania é algo que o Estado detém, não podendo a FIFA, pessoa jurídica de direito privado, violá-la, estabelecendo diretrizes que colocam em cheque leis e a própria Constituição Federal. Por outro lado, a Federação máxima do futebol

³² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PINTO, Jairo Diniz. O Brasil e a FIFA: a questão da soberania brasileira durante a Copa do Mundo de 2014. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3986, 31 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29092>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

realiza uma espécie de contrato de adesão para que países se candidatem a sediar algum evento esportivo. Ou seja, cabe à associação esportiva do país fazer a devida análise se as exigências estão de acordo ou não com as leis.

Trata-se de uma voluntariedade da nação se candidatar para sediar a Copa do Mundo. Como é sabido, no momento da candidatura do Brasil para sediar a Copa do Mundo, o próprio presidente Luiz Inácio Lula da Silva se comprometeu a cumprir os encargos estabelecidos pela FIFA, sabendo (ou não) que estes violariam dispositivos constitucionais e legislações brasileiras.

A Lei Geral da Copa foi sancionada, com vigência durante a Copa do Mundo e violou a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Torcedor. O Brasil, antes, durante e depois da Copa e sob o argumento da excepcionalidade, ficou subordinado às regras da FIFA. Isso porque o próprio país cedeu à federação com a criação da Lei Geral da Copa, com os representantes do povo no Congresso Nacional.

Considerações finais

A realização de um evento futebolístico de nível mundial, como a Copa do Mundo, pode num primeiro momento ser a grande ambição de determinado país. Porém, ao mesmo tempo é necessário fazer a análise das exigências feitas pela Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) e se as mesmas violam ou não dispositivos e leis.

A FIFA, antes mesmo de escolher o país sede da Copa do Mundo, envia, aos que se candidataram para tal, um documento que mais se assemelha a um contrato de adesão. Ou seja, as exigências nele contidas devem ser cumpridas a qualquer custo, caso contrário a realização do evento fica comprometida.

No caso da Copa do Mundo de 2014, o Brasil assinou o documento se comprometendo a seguir todas as regras e diretrizes estabelecidas pela FIFA e, quando foi escolhido para sediar a Copa, foi necessário a criação de leis – principalmente a Lei Geral da Copa.

Com relação à Lei Geral da Copa, está mais favoreceu a entidade de futebol e prejudicou o próprio Brasil, pois violou inúmeras outras legislações já vigentes no país, como o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Torcedor, assim como o fundamento constitucional da Soberania Nacional brasileira.

É possível concluir, diante da análise no presente artigo, que de alguma forma houve submissão do Brasil à FIFA. Entretanto, o próprio país, através

do Congresso Nacional e do Presidente, aprovou a Lei Geral da Copa, que infringiu leis e a Constituição Federal.

Referências

ARANTES, Andrea Benedetto. A soberania nacional frente aos comandos da FIFA no país sede da Copa do Mundo de 2014: Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11157&revista_caderno=9>. Acesso em 23 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República**. Um resumo do texto da edição de Paris a partir de 1583. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocomplado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8,078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012**. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nos 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA). Disponível em: <<https://www.fifa.com/governance/how-fifa-works/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

FEIJÓ, Bruno Vieira. **O que é preciso para um país sediar a Copa?**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/o-que-e-preciso-para-um-pais-sediar-a-copa/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PAULINO, Tailane. **Fifa: Qual o papel desta entidade?**. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/fifa-qual-papel/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RODRIGUES, Mariana Ramalho. **O poder institucional da FIFA como um ator não estatal na política internacional**. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais na especialidade de Economia Política Internacional, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre. Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30120/1/O%20Poder%20Institucional%20da%20FIFA%20na%20Politica%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

ROLNIK, Raquel. **Lei Geral da Copa: vale tudo para a Fifa?**. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2011/09/29/lei-geral-da-copa-vale-tudo-para-a-fifa/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

SOARES, Paulo Roberto Rodrigues. **Megaeventos esportivos e o urbano: a Copa do Mundo de 2014 e seus impactos nas cidades brasileiras**. **Revista FSA**. Teresina, v. 10, n. 4, art. 11, p. 195-214, Out./Dez. 2013. Disponível em: <www2.fsnet.com.br/revista>. Acesso em: 21 ago. 2018.

TORRES, José Neto Rossini. **FIFA x Brasil:** As exigências para realização da copa de 2014 e a soberania nacional. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fifa-x-brasil-as-exigencias-para-realizacao-da-copa-de-2014-e-a-soberania-nacional,37940.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Proteção do patrimônio histórico e cultural: o tombamento e a responsabilidade social^(*)

**Protection of historical and cultural patrimony:
the institute of the *tombamento* and the social
responsibility**

**Protección del patrimonio histórico y cultural:
el instituto del *tombamento* y la responsabilidad social**

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza¹

Romeu da Silva Neto²

Sumário: Introdução **1.** Contexto histórico-evolutivo do tombamento **2.** Aspectos conceituais e jurídicos do tombamento **3.** Competência para legislar sobre o tombamento **4.** Tombamento: direitos e deveres do ente público e do proprietário **5.** A ação do estado na conservação do patrimônio histórico-

(*) Recibido: 11 junio 2019 | Aceptado: 24 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Pós-doutoranda e Doutora em Direito Público (UFBA). Doutora em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal (UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa – CNPQ- Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos. Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. patness@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes. Participa do Grupo de Pesquisa CNPQ/UNIT: Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos. romeusn@hotmail.com

cultural **6.** O tombamento sob a perspectiva de responsabilidade social. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O poder público ainda é inerte ante a proteção da cultura arquitetônica e histórica de uma cidade. O presente ensaio tem por objetivo desvelar sobre a necessidade de preservação do patrimônio histórico, cultural e artístico nacional. Nesse sentido, questiona-se: qual a acepção do tombamento como política pública? Para tanto, metodologicamente, a pesquisa foi de natureza qualitativa, de cunho exploratório, dedutivo, bibliográfico e documental, apresentando um relato histórico acerca do instituto do tombamento, expondo seus aspectos conceituais e jurídicos, suas espécies, competência e dever para a sua implementação, foram utilizadas as obras de Bandeira de Mello (2019), Carvalho Filho (2016), Costa (2011), Cunha Júnior (2019), Di Pietro (2019), Faria (2015), Meirelles (2016), Miranda (2006) e Tomasevicius Filho (2004). Em sede de conclusão, expõe a responsabilidade tanto do ente municipal, quanto do ente estatal, como também da sociedade, para a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural, quanto a efetivação do interesse público.

Palavras-chave: patrimônio histórico e cultural, responsabilidade social, tombamento.

Abstract: The municipal power is still static for the protection of the historical and architectural culture of a city. This essay aims to reveal the preservation of the national historical, cultural and artistic heritage. In this sense, a question is made: as public policy, what is the meaning of registering a national heritage? To do so, methodologically, the research with qualitative nature as exploratory, deductive, bibliographic and documentary research is the theme of the debate on this subject, exposing its conceptual and legal concepts, its species, the competence and the duty to its implementation, based on works of Bandeira de Mello (2019), Carvalho Filho (2016), Costa (2011), Cunha Júnior (2019), Di Pietro (2019), Faria (2015), Meirelles (2016), Miranda (2006) e Tomasevicius Filho (2004). In conclusion, it exposes the responsibility of municipal and state government for the realization of the public interest, as well as society, for the preservation of historical, artistic and cultural heritage.

Keywords: historical and cultural heritage, social responsibility, national heritage registration.

Resumen: El poder público sigue inerte ante la protección de la cultura arquitectónica e histórica de una ciudad. El presente ensayo tiene por objetivo estudiar la necesidad de preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico nacional. En ese sentido, se cuestiona: ¿cuál es la acepción del *tombamento* como política pública? Para eso, metodológicamente, la investigación fue de naturaleza cualitativa, de cuño exploratorio, deductivo, bibliográfico y documental, presentando un relato histórico acerca del instituto del *tombamento*, exponiendo sus aspectos conceptuales y jurídicos, sus especies, competencia y deber para su implementación. Se utilizaron las obras de Bandeira de Mello (2019), Carvalho Filho (2016), Costa (2011), Cunha Júnior (2019), Di Pietro (2019), Faria (2015), Meirelles (2016), Miranda (2006) e Tomasevicius Filho (2004). En conclusión, expone la responsabilidad tanto del ente municipal, como del ente estatal, como también de la sociedad, para la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural, en cuanto a la efectividad del interés público.

Palabras clave: patrimonio histórico y cultural, responsabilidad social, *tombamento*, margsé, interés público.

Introdução

A conservação do patrimônio histórico e cultural de um país, bem como do patrimônio artístico tem importância fundamental para a grande maioria de sua população. Por tal motivo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura os mecanismos de catalogação e classificação do patrimônio histórico, cultural e arquitetônico de uma região e de todo o país. No âmbito da cidade, o próprio município assume o papel de sujeito inventariante para garantir os bens, tanto materiais, quanto imateriais, fungíveis e infungíveis (IPHAE, 2018, s/n).

É inquestionável que a tutela do patrimônio cultural está inserta na ótica conceitual de direito fundamental considerado de terceira geração. Dessa forma, assegurá-lo, concretiza a humanidade como um todo, pois corresponde a um direito difuso, visto que conserva a memória e valores dessa humanidade, bem como garante sua perpetuação para as gerações futuras (MIRANDA, 2006, p.16).

No que se refere à população, esta atua com função preponderante, na medida em que está inserida e deve interagir com o município para preservar o bem patrimonial. Este último compreendido como elemento primordial a ser conservado, que alberga valor social. Foi nesta perspectiva que a Carta Magna estabeleceu que compete ao ente municipal com a colaboração da comunidade promover a garantia do patrimônio cultural brasileiro, vigiando-o, protegendo-o e preservando-o.

Nesse sentido, o artigo 216³ da Constituição Federal de 1988 prevê formas de garantia do patrimônio cultural, entre eles o tombamento, a desapropriação, a vigilância e o registro, além de disponibilizar a possibilidade de outras formas de proteção. Todavia, tais mecanismos de defesa dependem diretamente de ação direta do Poder Público, que pode

³Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

II - serviço da dívida; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiadas. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

resultar na fragilidade da proteção do patrimônio, tanto por sua inércia, quanto pela grande complexidade burocrática para realizar seus procedimentos.

Já os incisos I, III e IV⁴ do artigo 23 da Carta Magna traduzem a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de natureza comum para a guarda de documentos, de obras e dos demais bens que tenham valor histórico e cultural, bem como artístico, além de monumentos, paisagens naturais e sítios arqueológicos. O referido ditame constitucional ainda proíbe a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor igualmente histórico, artístico ou cultural.

No que tange à competência dos municípios, o artigo 30, incisos I e IX⁵, da Carta Maior estatui que a ele se atribui a responsabilidade para legislar sobre temas que correspondem ao interesse local, além de favorecer a salvaguarda do patrimônio histórico-cultural municipal, em consonância com a legislação.

O presente trabalho tem como objetivo desvelar sobre a necessidade de preservação do patrimônio histórico, cultural e artístico nacional, que, em sede de conclusão, expõe a responsabilidade do ente municipal, estadual e federal, e da própria sociedade, para a preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural. A abordagem metodológica é de natureza qualitativa, por entendê-la como um instrumento de análise do tema a ser pesquisado, cujo estudo é de revisão bibliográfica, de método dedutivo, de caráter exploratório e documental.

Para tanto, inicialmente far-se-á um breve apontamento do contexto histórico-evolutivo do instituto do tombamento. Em segundo momento, conceituar-se-á tal instituto, além de demonstrar seus pressupostos jurídicos,

⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

[...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

⁵ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...]

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

suas espécies e os deveres do sujeito realizador do tombamento, apresentando a necessidade do envolvimento de todos (sociedade e Estado) para assegurar a preservação material e imaterial do patrimônio público.

1. Contexto histórico-evolutivo do tombamento

A origem da expressão tombamento advém do Direito Português, no qual detinha o sentido de registrar, inventariar, arrolar, inscrever bens em arquivos do Reino. Este inventário era registrado no livro que era guardado na Torre do Tombo (definida como a torre albarrã), do castelo de São Jorge, em Lisboa.

O Brasil, incontestavelmente, não foi pioneiro na criação do instituto do tombamento, cujo histórico foi pretérito. Dessa forma, historicamente seus precedentes traduzem elementos característicos e peculiaridades inseridos na conjuntura histórico-evolutiva da sua elaboração.

Acerca da origem terminológica do termo tombamento, remonta-se ao momento em que a Península Ibérica foi ocupada pelos Mouros. No século XIII, Portugal foi retomada pela cristandade, colocando a cidade de Lisboa como a Capital do Reino Português. Por tal motivo, o Castelo dos Mouros, localizado ao redor de Lisboa transformou-se no Paço Real culminando na mudança do seu título para Castelo de São Jorge.

Em 1375, durante o reinado de Dom Fernando, foi implantado, o denominado Arquivo Público do Reino em uma das torres do castelo, definido como Torre do Tombo. Contudo, com o terremoto ocorrido em Lisboa, a torre, que abrigava o acervo, ficou sob o risco de ruir, culminando na necessidade de realocação do arquivo, em 1755, para o Mosteiro de São Bento. Em decorrência das diversas peregrinações em Portugal, além do surgimento das campanhas castrenses em que continuamente se viam envoltos, à época, os monarcas lusitanos utilizavam arquivos ambulantes, transportados no dorso de animais, para prevenir eventuais extravios, deteriorações ou destruições (TOMASEVICIUS FILHO, 2004, p. 232).

Passando para o século XVII, onde foram criados cargos, especialmente, para exercer a tutela de documentos reais, de acordo com a competência e as atribuições de alferes, reposteiro, chanceler ou capelão. Finalmente, em 1990 o arquivo foi recolocado em um prédio moderno, a Torre do Tombo, erguido exclusivamente para esse fim e que já comporta o Instituto dos Arquivos Nacionais Torre do Tombo. Assim, todo o patrimônio (público ou particular, móvel ou imóvel, cultural ou ambiental), com valoração social poderá ser inscrito nos Livros Tombos e, assim, ser formalmente tombado, ou seja, ser oficialmente reconhecido, para ser protegido e conservado (IPHAE, 2018).

Durante a Constituição do Império, no Brasil, inexistiu qualquer preocupação em preservar o patrimônio histórico e artístico nacional, nem tampouco durante a primeira Constituição republicana, inexistindo quaisquer limitações ao direito de propriedade, decorrentes do tombamento.

A preservação do patrimônio histórico e artístico nacional somente ocorreu a partir de 1920, na medida em que a gestão dos bens com valor cultural adquiriu garantia, visto o advento do tráfico ilegal e de denúncias realizadas por artistas do movimento modernista. O conteúdo das referidas denúncias tratava da omissão do Estado com o patrimônio cultural nacional juntamente com as necessidades de aplicação de medidas que prevenissem e sanassem o fato. Com o Decreto nº 15.596, de 02 de agosto de 1922, criou-se o Museu Histórico Nacional, responsável por colher, classificar e dispor ao público os objetos com importância histórica. Além disso, surgiram as leis nº 2.031 e 2.032, de 08 de agosto de 1927, regulamentadas pelo Decreto nº 5.339, de 06 de dezembro de 1927, do Estado da Bahia; a Lei nº 1.918, de 21 de agosto de 1928, do Estado de Pernambuco, todas, do mesmo modo, direcionadas à conservação do patrimônio histórico.

Já na década seguinte, na Era ou Ditadura Vargas, em 1930, o país passou por um processo modernizador, no qual o Presidente Getúlio Vargas harmonizou a relação entre os intelectuais e o poder do Estado, por meio da junção de intelectuais⁶ de inúmeras alçadas, em prol da modificação da República brasileira. A era Vargas, assim, adotou a ideologia de caráter nacionalista, com a finalidade de negar o domínio de políticas estrangeiras, que além de pregar a junção dos intelectuais no engajamento da transformação estatal, buscou a construção de uma simbologia com natureza nacional. Em meio a essa ideologia, os modernistas objetivavam a viabilidade de unir seus ideais pautados na autonomia da arte sob a ótica do Estado, implementado através da conservação do patrimônio artístico.

Em 12 de Julho de 1933, foi editada a primeira medida garantidora dos bens com valor histórico por meio do Decreto nº 22.928/33, concedendo a cidade barroca de Ouro Preto/MG a posição de monumento nacional. Já o Decreto Federal nº 24.735, de 14 de Julho de 1934, estabeleceu que os imóveis classificados como monumentos nacionais não poderiam ser demolidos, reformados ou transformados sem a permissão e fiscalização do Poder Público.

⁶ Entre os principais intelectuais estão o constitucionalista Francisco Campos, o renomado poeta Carlos Drummond de Andrade, o paisagista Burle Marx e o pintor Cândido Portinari.

Todavia, apenas em 1937, com a lei nº 378, através da criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN)⁷, foi que adveio da aplicação mais eficiente da conservação do patrimônio cultural e artístico brasileiro, conforme o aduzido no art. 46 da referida lei (COSTA, Rodrigo Vieira. op., cit., p.55).

Art. 46. Fica creado o Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o Paiz e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimonio historico e artístico nacional.

§ 1º O Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional terá, além de outros órgãos que se tornarem necessarios ao seu funcionamento, o Conselho Consultivo.

§ 2º O Conselho Consultivo se constituirá do director do Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional, dos directores dos museus nacionaes de coisas historicas ou artísticas, e de mais dez membros, nomeados pelo Presidente da Republica.

§ 3º O Museu Historico Nacional, o Museu Nacional de Bellas Artes e outros museus nacionaes de coisas historicas ou artísticas, que forem creados, cooperarão nas actividades do Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional, pela fórmula que fôr estabelecida em regulamento. (BRASIL, 1937, s/n)

Nesse cenário, os artigos 165 e 166 do Código Penal então vigente, definem como crime “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico”, além de “alterar sem licença da autoridade competente o aspecto do local especialmente protegido por lei”. Têm-se citar o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de novembro de 1941, que trata da desapropriação por utilidade pública, em seu artigo 5^o, e o Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, que trata do tombamento de bens no SPHAN⁹.

⁷ Conduzido por Rodrigo de Melo Franco de Andrade.

⁸ Art. 5º A classificação, por antiguidade, do pessoal a que se refere o artigo anterior e que for incluído em cargos integrantes de carreiras, será feita pelo tempo líquido de exercício na classe anterior, a contar de 1º de janeiro de 1937 até a véspera da vigência deste decreto-lei, observadas a legislação vigente e as instruções elaboradas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público. [...]

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; *l)* a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

⁹ Artigo único. O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios ou a pessoas

Na esfera Constitucional, o tema começou a ser tratado na Carta de 1946 (BRASIL, 1946, s/n). O artigo 175 estabeleceu a seguinte redação: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do poder público”.

No âmbito federal, foi sancionada a Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961 (BRASIL, 1961), que trata acerca dos monumentos arqueológicos e pré-históricos, que conforme o disposto no artigo 1º ficam os mesmos “sob a guarda e proteção do poder público, de acordo com o que estabelece o artigo 175 da Constituição Federal”.

O Decreto nº 66.967, de 27 de julho de 1970¹⁰ (BRASIL, 1970, s/n), determinou a modificação da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para a denominação de Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN (artigo 14). Neste viés, o SPHAN se transformou no IPHAN, uma autarquia federal, onde o patrimônio cultural tombado passou a ser objeto de proteção concreta, voltado ao interesse público. Neste sentido “o Iphan fiscaliza a conservação e restauro dos acervos existentes em igrejas, irmandades e conventos, ou guardados em museus e coleções públicas e particulares, espalhadas por todo o Brasil ” (BRASIL, 2019, s/n).

2. Aspectos conceituais e jurídicos do tombamento

O tombamento é uma das formas de intervenção do Poder Público na propriedade pública ou particular que detenha valor histórico, artístico, paisagístico, cultural ou científico e que por estes motivos, devem ser conservados/preservados, mediante a inscrição em livro específico. Portanto, o tombamento é ato administrativo que busca a conservação/preservação dos bens culturais, como, por exemplo, os sítios arquitetônicos, arqueológicos e paisagísticos, que constituem patrimônio cultural, sejam eles móveis ou imóveis, públicos ou particulares, por meio de modificação do regime jurídico incidente sobre tais bens. Dessa forma, o tombamento é tido por ato administrativo a salvaguardar o bem para evitar transformações e destruições, sem intervir na utilização do proprietário, nem tampouco retirar seu domínio de posse (MEIRELLES, 2016, p. 699).

Destarte, o tombamento pode ser compreendido como o procedimento administrativo no qual o Poder Público submete os bens públicos ou privados, cuja preservação seja de interesse público, em decorrência de fatos

naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o [decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937](#).

¹⁰ Dispõe sobre a organização administrativa do Ministério da Educação e Cultura.

históricos memoráveis ou por deterem relevância arqueológica ou etnológica, bibliográfica ou artística (DI PIETRO, 2019, pp. 172-173).

Acerca do tema, o autor Rodrigo Vieira Costa preleciona que o tombamento

[...] instituto dos direitos culturais, de natureza jurídica própria, previsto na Constituição Federal de 1988, que incide sobre bens moveis e imóveis, públicos ou privados, declarando-os de valor cultural, de acordo com a discricionariedade do Poder Público, vinculado a um processo administrativo previsto em lei, que se perfaz eficaz com o ato de registro desses bens nos Livros do Tombo, constituindo um novo regime jurídico para eles, qual seja, o de intervenção na sua propriedade. (DI PIETRO, op., cit., p. 147)

Para utilização de bens e exercício de direitos, o ente Público condiciona e impõe regras para obstar e interromper, qualquer meio inadequado dos administrados perante o uso de bens e direitos sobre tais patrimônios para promover as exigências da sociedade. Para tanto, o Estado pode intervir na propriedade particular ou no domínio econômico, este mais adequado ao tema em análise.

A intervenção se baseia sob dois critérios, quais sejam o político e o jurídico. O primeiro trata da intervenção do Estado na propriedade privada e dispõe sobre a garantia dos interesses da comunidade em embate a qualquer ato antissocial por parte da iniciativa particular. O segundo, por seu turno, se pressupõe em qualquer disposição da Constituição Federal, ou em legislação infraconstitucional.

A intervenção na propriedade instituída na Carta Magna é regida por legislação específica, em relação ao modo e à forma de sua execução. Ademais, qualquer conduta de natureza pública destoante dessa relação culmina na nulidade do procedimento e na culpabilidade do agente.

Já a propriedade particular, que em tempos remotos era oponível contra tudo e todos, mesmo contra o Estado, não é mais absoluta sua utilização e disposição, não podendo se opor aos interesses gerais, no qual o Estado pode intervir, condicionando-a por meios de intervenção administrativa, incluindo o tombamento. A Constituição Federal garante a inviolabilidade dos direitos ligados à propriedade, e seu uso está condicionado a uma função social¹¹ (BRASIL, 1988, s/n).

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] III - função social da propriedade;

Nesse seguimento, como meios de limitações colocadas pelo Estado e que influem no direito de propriedade estão a ocupação temporária, a edificação compulsória, a requisição, a desapropriação, o parcelamento e o instituto do tombamento, este objeto do presente estudo. O tombamento, logo, é entendido como a delimitação em caráter perpétuo do direito de propriedade sobre certo bem, contribuindo e preservando a memória histórica e cultural de um povo.

Por esse ângulo, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios, tutelar os bens que constituem o patrimônio cultural nacional, consoante o artigo 23, III, da Lei Maior, assim prevendo: “proteger os documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (BRASIL, 1988, s/n).

Tal proteção também é efetivada com o auxílio da sociedade, como traduz o § 1º do artigo 216, da Constituição (BRASIL, 1988, s/n) que “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

O tombamento recai sobre bens móveis e imóveis, aplicado no momento que o Poder Público necessita tutelar e conservar determinado bem, de natureza pública ou particular, dotados de valores históricos, culturais, artísticos, turísticos ou paisagísticos. À vista disso, a preservação incide sobre a propriedade condicionando-a e, condicionando, também os poderes do particular sobre este bem, quer dizer, sobre determinado bem, público ou particular, seu uso e disposição terá regime especial de utilização, gozo, fruição, estruturação.

Conquanto, o bem tombado continua na posse e gestão do proprietário, que ocasionalmente poderá ser indenizado caso ocorra prejuízo na aplicação do instituto de tombamento na consecução do interesse público. Dessa forma, o proprietário logra o recebimento indenizatório pelo efetivo prejuízo e não somente por ocorrer à aquisição do bem, na medida em que àquele apenas sofre a limitação quanto ao seu bem, sem, contudo, perder seu domínio. A indenização é aplicada por via administrativa, bem como por via judicial, com prazo prescricional de cinco anos, conforme os ditames do Decreto Federal nº 20.910/32, porém há decisão judicial indicando o prazo prescricional de vinte anos.

A Administração Pública diante do instituto do tombamento retira sua aplicação do fundamento definido como tríplice, quer dizer, de caráter

político, constitucional e legal. O primeiro se baseia no domínio preponderante da atuação do Poder do Estado sobre todas as coisas, bens e cidadãos presentes em seu território. O segundo, em sua oportunidade, se consubstancia no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, ao estabelecer ditames sobre o referido instituto. E o último, o legal, no âmbito da União, retira seu fundamento do quanto traduzido no Decreto-Lei federal nº 25/37, legislação específica que trata do instituto do Tombamento.

Com efeito, o tombamento possui, como requisito essencial, a inscrição de bens culturais em livros específicos, com o objetivo de torná-los patrimônio público. O Tombamento, assim, é o ato jurídico regido pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (Lei Geral sobre Tombamentos), para registrar/inscrever bens culturais de qualquer natureza, patrimônio cultural público sujeito à tutela especial.

Na lição de Cunha Júnior, o tombamento é:

Uma restrição estatal da propriedade privada, que se destina especialmente à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerando o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país, e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 441).

Isto posto, para a efetividade do tombamento sobre certo bem, este deve ser inscrito no Livro do Tombo que o resguarde e, pode, conseqüentemente, culminar nas seguintes modalidades: “quanto à constituição ou procedimento poderá ser de ofício, de forma voluntária ou compulsória; quanto à eficácia será provisório ou definitivo; e quanto aos destinatários poderá ser geral ou individual.” (DI PIETRO, 2019, p. 148).

Pertinente aludir que o tombamento é ato administrativo e busca garantir a determinado bem a sua oficialização e inscrição em livro próprio, dispondo, assim, sobre seu valor histórico, cultural, artístico e paisagístico, com a finalidade primordial de preservá-lo.

Em relação ao procedimento, o tombamento possui três formas: por ofício, voluntário ou compulsório, nos termos do Decreto-lei 25/37.

O Tombamento do bem público ocorrerá de ofício, conforme determina o artigo 5º do Decreto-lei 25/37 e deve ser notificado à entidade que possui sua propriedade, ou seja, a sua garantidora, culminando no advento de seus efeitos.

Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem

pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

De outra parte, o tombamento dos bens particulares ocorrerá de forma voluntária¹² ou compulsória¹³. A distinção entre eles incide na autorização ou negação do proprietário, respectivamente. Posto isto, independentemente de sua forma de procedimento, a sua decretação requer que seja devidamente observado os trâmites do devido processo legal, inexistindo qualquer exigência de decretação expressa em lei.

Quando determinado o Tombamento, surgem atos e efeitos, como a imodificabilidade do bem tombado, a limitação à alienação, a fiscalização do poder público, a insuscetibilidade de desapropriação e restrições aos imóveis vizinhos. A reparação do bem tombado compete ao seu proprietário, integralmente, exceto se comprove a insuficiência de recursos, de acordo com o art. 19¹⁴ do Decreto-Lei federal 25/37.

¹² Art. 7º Proceder-se-á o tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo. (BRASIL, 1937, s/n)

¹³ Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso. (BRASIL, 1937, s/n)

¹⁴ Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

Quanto ao aspecto classificatório do tombamento, em relação à sua eficácia, este se divide em provisório e definitivo. No momento em que forem realizados pareceres e outros processos e medidas administrativas cabíveis, a eficácia será provisória, para garantir o bem até o procedimento definitivo. Já o trâmite durante o processo que já estiver concluído, com sua inscrição no livro de registro do tombamento terá eficácia definitiva. Quanto ao destinatário do tombamento este pode ser geral e individual. É individual quando o processo incide sobre apenas um bem particular, e é geral quando atinge diversos bens pertencentes à um bairro ou cidade, respectivamente.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 842), apenas aplica-se a divisão individual ao destinatário do tombamento, em função de certos bens de forma isolada. Já o tombamento de caráter geral alcança vários bens imóveis que formam um conjunto de interesse histórico e cultural, a exemplo de um bairro.

Nesse sentido, o procedimento do tombamento só incide sobre diversos bens imóveis, ao mesmo tempo, porque estes bens são vizinhos, e gozam de proteção histórica ou cultural, o que pode resultar também em haver um ou mais imóveis em uma mesma localidade histórica que não possua mais a mesma natureza das vizinhas, não devendo, assim, ser tombado, a exemplo do Município de Ouro Preto¹⁵ em Minas Gerais.

3. Competência para legislar sobre o tombamento

A Lei Maior, indubitavelmente, é quem estatui a competência para legislar sobre a intervenção na propriedade privada, bem como a efetivação do tombamento. Diante disso, há de se verificar, no ordenamento jurídico, o ente competente para legislar e/ou intervir. A Carta Magna, assim, em seu artigo 23, estabelece a competência concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o tombamento, no qual os municípios apenas possuem competência suplementar.

Cabe oportuno mencionar que todo e qualquer pedido sobre desapropriação, além de requisição civil ou militar em tempo de Guerra, compete

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa. ([Vide Lei nº 6.292, de 1975](#))

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.

¹⁵ Foi a primeira cidade no Brasil tombada pela Unesco como Patrimônio Histórico e Cultural da Humanidade, em 2 de setembro de 1980.

exclusivamente à União (CF, art. 22, I e II), ao passo que a sujeição de um bem, geralmente particular, ao regime expropriatório ou ato da requisição é competência da União, do Estado e do Município (art. 2º do Decreto-lei federal nº 3.365/41 – Lei Geral das Desapropriações, e parte final do inciso XXIV do art. 5º da CF/88).

À União, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, nos termos do artigo 24, VII, da Carta Federal, cabe concorrentemente o poder de legislar e executar as demais espécies de intervenção na propriedade, ficando à União a edição das normas gerais a respeito que são de observância obrigatória pelos demais entes (artigo 24, § 1º, da CF). De tal sorte, os Estados-Membros e o Distrito Federal, em conformidade com os ditames legais e gerais editados para esse particular, pela União, conceberão suas leis acerca do instituto do tombamento.

Nesse diapasão, cabe aos Municípios, com fulcro no art. 30, IX da Constituição (BRASIL, 1988, s/n), “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

De fato, a Constituição Federal não garantiu ao Município qualquer competência legislativa sobre o instituto do tombamento. Entretanto, existem entendimentos opostos, conforme jurisprudências¹⁶. Diante disto

¹⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TOMBAMENTO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR A RESPEITO. C.F., art. 30, I e II. I. - Competência comum, material, conferida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para proteção do seu patrimônio, documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (C.F., art. 23, I e III). Competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o tema. Competência suplementar dos municípios para legislar a respeito, no preenchimento de vazios das leis federal e municipal (C.F., art. 30, I e II). II. - Legitimidade constitucional da lei municipal em objeto da causa. DECISÃO: - Vistos. A Primeira Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em reexame necessário, decidiu pela constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre tombamento, na proteção de seu patrimônio cultural, limitando-se a estabelecer as formas de tal proteção, o órgão competente e os procedimentos necessários (fls. 108-112). Daí o RE interposto por MARCY DEOTTI IBRAHIM e OUTRAS, às fls. 118-123, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa aos arts. 5º, XXII, 24, VII, e 216, § 1º, da mesma Carta, sustentando, em síntese, que o acórdão recorrido fere frontalmente o dispositivo constitucional que estabelece regra clara de competência para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico-cultural. Admitido o recurso (fls. 132-135), subiram os autos. A Procuradoria Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 141-147). Autos conclusos em 31.5.2004. Decido. Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República, fls. 141-147, lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral Maria Caetana Cintra Santos: "(...) 7. Afasta-se, de plano, a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, pois não se realizou o indispensável requisito do prequestionamento da matéria, que não foi tratada pela

Corte de origem, e não houve interposição de embargos de declaração. Assim sendo, aplica-se o enunciado das Súmulas 282, e 356, dessa Suprema Corte. 8. No que tange ao art. 24, VII, da Carta Magna, entretanto, o recurso merece ser conhecido, pois está expressamente referido no v. acórdão recorrido, que enfrentou o debate concernente ao seu conteúdo. 9. No mérito, não merece prosperar a irrisignação. 10 Registra Vossa Excelência, às fls. 139, que questão semelhante ao caso em tela foi apreciada por esse Pretório Excelso, à oportunidade do julgamento do RE nº 246.243/MG, onde o Exmo. Sr. Ministro-Relator Nelson Jobim adotou, como razões de decidir, o pronunciamento do Ilustre Colega Miguel Frauzino Pereira, no seguinte sentido: 'A despeito de HELY LOPES MEIRELLES entender possa qualquer uma das entidades estatais dispor sobre tombamento de bens em seu território, posto que ressaltando caber aos Municípios apenas a legislação de caráter local e suplementar, parece incontestável haver cometido a Constituição tão-só à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, inc. VII). Logo, as normas municipais não deveriam, em princípio, contemplar procedimentos já previstos na legislação federal e estadual. Há, todavia, uma circunstância de fato determinante do desfecho da presente controvérsia: a afirmação, constante no aresto hostilizado, de que 'o procedimento administrativo que culminou com a decretação definitiva do tombamento (...) obedeceu a todos os preceitos legais pertinentes, mormente aqueles inculpidos na Lei Municipal nº 3.802/84, reguladora da proteção cultural em Belo Horizonte, em perfeita consonância, em suas linhas básicas, com as normas previstas no Decreto-lei nº 25/37 e na Lei Estadual nº 8.828/85' (fl. 229). Observe-se, a propósito, que a recorrente não se insurge, inequivocamente, contra o conteúdo, em si, da lei local aplicada, senão contra a competência legislativa de que se investiu, no seu entender de modo ilegítimo, o Município de Belo Horizonte. Tal, efetivamente, a premissa adotada pela Corte de origem (fls. 251): 'Nem se ignora que o tombamento se efetua por via de procedimento administrativo, com uma fase provisória e outra definitiva, sujeito a legislação de competência concorrente nas esferas federal, estadual e municipal.' Nesse passo, avulta a inadequação da via eleita para a discussão do tema aqui aventado. Em outros termos, afora arrostar-se matéria fática, insuscetível de apreciação nesta sede (Súmula n.º 279, do Supremo Tribunal Federal), saber se a lei local encontra-se ou não em conformidade com a legislação federal correspondente poderia ser, em tese, questão própria do recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça - cujo exame a esta altura já não se mostra viável, em virtude da preclusão (fls. 302-304 e 310) -; nunca, porém, do extraordinário, vocacionado para a correção da ofensa frontal e direta ao texto constitucional. Para robustecer semelhante proposição, são os próprios recorrentes que afirmam: '12. União, Estados e Distrito Federal legislam concorrentemente (competência vertical própria); os Municípios suplementam a legislação federal e estadual, no que couber (competência vertical decorrente) e, nos casos e formas legais, todos administram (competência horizontal comum)' (fl. 278). '18. Então, se o Município quiser 'dispor' sobre proteção do patrimônio histórico-cultural local, sua competência seria, quando muito, residual, no que couber (art. 30, II) e, ainda assim, subordinada à legislação e à ação fiscalizadora federal e estadual (art. 30, IX)' (fl. 280). Assume relevo, ademais, na hipótese vertente, o princípio de interpretação constitucional segundo o qual a norma deve ser conservada, quando seus fins possam harmonizar-se com os preceitos constitucionais. Declarar-se-ia inconstitucional a lei, por consequência, unicamente quando não fosse possível interpretá-la conforme à Constituição. No que diz respeito à suposta afronta ao art. 5.º, inciso XXII, é notório não encerrar o dispositivo um conceito constitucional de propriedade, afigurando-se legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. O direito de propriedade, assim, sujeita-se aos parâmetros fixados pela legislação ordinária, ao poder de conformação do legislador. Em que pese às limitações impostas pela necessidade de preservar o núcleo essencial da garantia fundamental, cumpre acentuar a inexistência de um conceito absoluto, preestabelecido e imutável de propriedade, conquanto eventuais alterações exijam confronto com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, a abalizada doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES, com

extrai-se a importância em preservar o bem histórico, por parte do município. Segundo a jurisprudência supracitada, o ministro Carlos Velloso relata a competência vertical decorrente, preenchendo lacunas de legislações federal e estadual.

4. Tombamento: direitos e deveres do ente público e do proprietário

respaldo até mesmo em orientação do Excelso Pretório: 'enquanto típica garantia institucional, a proteção constitucional assegurada ao direito de propriedade não garante - como acentuado pelo próprio Supremo Tribunal Federal - a preservação de um único e predeterminado modelo ou estatuto jurídico. A definição do conteúdo do direito de propriedade, bem como o estabelecimento de limitações ao seu exercício constituem atribuições fundamentais do legislador'. 11. A situação acima apresentada está reproduzida no voto condutor do v. acórdão ora vergastado, onde foi afirmado que a Lei Municipal nº 7.282/88, disciplina legislativa do processo de tombamento: 'limita-se a estabelecer procedimentos administrativos que devem ser observados nesse tipo de ação, não fixando requisitos materiais diversos dos estabelecidos em legislação federal e estadual.' 12. Assim, conforme assentado nas razões do inconformismo, incumbe ao Município a proteção do patrimônio histórico-cultural, efetivando tombamentos, desde que respaldado em legislação federal ou estadual. 13. Nesse passo, o instrumento processual adequado para avaliar a conformidade da lei municipal com a legislação estadual ou federal correspondente é o recurso especial, processado perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça. (...)" (Fls. 143-146). Correto o parecer. Na verdade, a Lei 7.282, de 1988, do Município de Juiz de Fora, Minas Gerais, que cuida do tombamento, na proteção do seu patrimônio, "limita-se a estabelecer procedimentos administrativos que devem ser observados nesse tipo de ação, não fixando requisitos materiais diversos dos estabelecidos em legislação federal e estadual". A lei municipal, portanto, não foi além do conteúdo das legislações federal e estadual, convindo acentuar que a Constituição estabelece que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "conservar o patrimônio público" (C.F., art. 23, I) e "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos" (C.F., art. 23, III). É verdade que a competência comum inscrita no art. 23, C.F., competência material, não implica, de forma imediata, competência para legislar. No que toca à União, ao Distrito Federal e aos Estados, a competência para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico é concorrente (C.F., art. 24, VII). Isso, entretanto, não quer dizer que os Municípios não têm, também, competência para legislar sobre o tema. Essa competência deflui, é certo, da competência material comum (C.F., art. 23, III). Ora, em Estado de Direito, tudo se faz de conformidade com a lei. Se ao município é negado dispor, normativamente, a respeito, resulta inócua a competência material do art. 23, III. O que convém deixar expresso é que os municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local (C.F., art. 30, I) e, no que couber, poderão suplementar e legislação federal e estadual (C.F., art. 30, II), no que diz respeito ao interesse local. A legislação suplementar, é sabido, preenche vazios. No caso em discussão, conforme vimos, a lei municipal não foi além do conteúdo das leis federal e estadual, senão que se limita a estabelecer procedimentos administrativos para a realização do tombamento, sem dispor de forma diversa do que estabelecido nas leis federal e estadual. A lei municipal objeto da causa tem, pois, legitimidade constitucional. Assim decidiu, aliás, a 2ª Turma, no RE 246.243/MG, Relator o Ministro Nelson Jobim. Do exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 29 de março de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator - (RE 308399, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 29/03/2005, publicado em DJ 14/04/2005 PP-00084)

Os direitos atrelados ao ente federativo que concretiza o tombamento são resultantes de legislação, com a finalidade precípua de proteger o bem tombado, dando-se, a título de exemplo, o direito de fiscalização permanente, o direito de assumir a dívida garantida, quando o bem é leiloado, entre outros (FARIA, 2015, p. 538).

Contudo, o ente federativo não somente adquire direitos, mas também deveres. Ademais, cabe ao ente possibilitar a inscrição em cartório do bem a ser preservado, para tornar pública a limitação de utilização do bem, obstando eventuais descumprimentos das medidas protetivas, sob a fundamentação de ausência de conhecimento acerca da situação do bem. Logo, se o proprietário do bem não utiliza os recursos necessários para custear a sua preservação - manutenção, pintura, restauração - o ente público deverá promover tais medidas com a utilização de recursos próprios.

Quando o tombamento incide sobre um bem de propriedade particular, são estabelecidos direitos e deveres ao seu proprietário. De logo, exige-se a conduta adequada por parte do ente público, mas, também, impõem restrições ao proprietário do bem tombado, que buscam primordialmente a preservação deste e, especialmente, das características que motivaram o tombamento.

Nos ensinamentos de Bandeira de Mello, “[...] o tombamento constitui o titular do bem no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reforma para tanto necessárias [...]” (MELLO, 2019, p. 932). Tal obrigação de preservação será efetivada conjuntamente com o ente público, em especial, no que tange a apreciação para qualquer modificação no bem, este sendo responsável pela correta fiscalização da conservação.

Conforme já esclarecido, o bem móvel tombado possui elementos essenciais de patrimônio cultural pátrio. Assim, apenas por prévia autorização poderá ser deslocado para o exterior, sob pena de imposição de multa no percentual de 50% do valor do bem, podendo dobrar nos casos de reincidência. Em relação à exportação desse bem, o Código Penal Brasileiro penaliza o delito de contrabando com pena de dois a cinco anos de reclusão.

Sem sombra de dúvida, é um árduo e trabalhoso desafio conservar e zelar pela proteção e garantia do patrimônio cultural arquitetônico, diante do crescimento desorganizado de cidades, de imóveis, diante do déficit habitacional e com resultados ambientais desastrosos, que culminaram em fatores determinantes que enfrentam os gestores públicos, que possuem o fito de equilibrar tais situações em razão dos impactos causados.

Relativamente à preservação do patrimônio arquitetônico cultural, as ações se direcionam a incorporar uma política de conservação e tutela do mesmo, sem intervir no desenvolvimento da cidade ou comunidade. As medidas protetivas requerem ações concretas tanto para efetivar a conservação, quanto concretizar a restauração para que o patrimônio cultural não se perca diante de ações externas e internas que o bem adquire.

A aplicação de determinadas ações para resgatar e garantir a continuidade da identidade cultural são de suma importância. Por tal fato, o poder público, por meio da Superintendência do IPHAN (Autarquia Federal), busca a preservação e conservação de monumentos, em especial, religiosos, civis, além de diversos elementos artísticos que constituem o acervo cultural brasileiro, que necessita de resguardo especial.

A responsabilidade pela preservação do bem tombado, segundo o Decreto-Lei nº 25/37, alcança os prédios da vizinhança, posto que para fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade do imóvel tombado necessitará de prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Tal limitação se estende quanto a colocação de anúncios ou cartazes, “sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto” nos moldes do art. 18 do citado decreto-lei. Por tal limitação buscou-se assegurar a visibilidade do bem tombado, visto que, diante de seu caráter arquitetônico, este poderá perder sua natureza de registro histórico.

Saliente-se que quando se menciona vizinhança, suscita-se sobre o entorno do bem, podendo ser tanto o imóvel do lado, o limítrofe, bem como o imóvel que possua certa distância do bem tombado. Para tutelar a estética externa de prédio, faz-se mister que o referido conceito de vizinhança e entorno seja considerado de forma mais ampla, devendo estender até a visão do bem que concretiza a sua finalidade, qual seja, a de possibilitar a preservação do seu caráter arquitetônico ou histórico, ou até diante de outros imóveis para que não impeçam/bloqueiem a sua visibilidade, que deve ser conservada, a qual, muitas vezes, inclui hortos, fontes e visualização privilegiada.

Assim sendo, a feição/visibilidade do bem tombado deve ser assegurada acima de quaisquer obstáculos. Ademais, incidem sobre os proprietários de prédios vizinhos do bem tombado, limitações de cunho administrativo no que concerne a seu direito de fruição e de construção, por força e consequência do tombamento.

5. A ação do estado na conservação do patrimônio histórico-cultural

As políticas de estímulo à ciência histórica de uma localidade é função essencial para a efetividade de conservação do patrimônio histórico-cultural nacional. Conforme consignado, incumbir a garantia do patrimônio cultural apenas ao Poder Público é demasiadamente incorreto, eis que cabe também à sociedade tal competência que é atribuída pela própria legislação constitucional pátria.

O Estado de Minas Gerais, a título de ilustração, na aplicação de políticas públicas de incentivo e custeio (Lei Estadual 18.030/2009¹⁷), através do programa de repasse do ICMS para municípios utiliza o fundamento de preservação ao patrimônio cultural. Nesse sentido, não implementados os trabalhos de catalogação do acervo, poderá ocorrer a instauração de processos que tratem do tombamento, da aplicação de projetos para a esfera de educação patrimonial, o registro do patrimônio imaterial e do fundo municipal de preservação do patrimônio cultural¹⁸.

Com efeito, o Estado de Minas Gerais é precursor quanto a descentralização dos programas de conservação do patrimônio cultural local. Cabendo ao Ministério Público estadual, por meio da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, na pontuação de suas funções, envidar esforços protetivos.

Nesta seara, destaca-se o plano diretor municipal que é regulado pela Lei nº 10.257/01, reconhecida como o Estatuto da Cidade. Trata-se de um instrumento de natureza de pacto técnico urbanístico, com a finalidade de efetivar a rapidez e o procedimento de planejamento da política de desenvolvimento urbano, abrangendo, assim, a atuação dos agentes públicos e privados. Dessa forma, este instrumento é entendido como um plano que, partindo do exame da existência física, econômica, social, política, e administrativa da localidade, demonstrando uma proposta para o futuro socioeconômico e organização espacial de utilização do solo urbano, dos sistemas de infraestrutura e de aspectos essenciais para a organização da população municipal, sendo compreendida com os diversos lapsos temporais, isto é, de curto, médio e longo prazo e, aprovadas por lei municipal.

¹⁷ Conhecida como Lei Robin Hood.

¹⁸ Essas ações podem ser implementadas pelos municípios com o objetivo de pontuação no programa de repasse da quota do ICMS.

O termo do artigo 41, incisos I ao VI, do Estatuto da Cidade¹⁹, estabelece as prerrogativas de obrigatoriedade para a criação do plano diretor municipal. Possuem obrigatoriedade de implementação nos municípios com a margem de mais de 20.000 habitantes, partícipes de regiões metropolitanas, áreas de interesse turístico, localizados em espaços com influência de empreendimentos ou ações com altíssimo impacto ambiental na localidade ou nacionalmente.

A preservação tem como essenciais características: a vistoria, a fiscalização, a sensibilização e até a confecção de uma cartilha (denominada como o Manual Básico de Segurança e Conservação do Patrimônio Cultural Sacro), direcionada para as Paróquias e comunidades detentoras de acervos históricos de cunho religioso, através de normas e procedimentos de preservação e manejo do acervo sacro.

A finalidade dessa proteção é harmonizar o desenvolvimento urbano e a ampliação de imóveis à preservação do patrimônio histórico-cultural. Tal dever não é somente do Estado, valoroso aspecto diz respeito à participação da população quanto à manutenção da referida preservação do patrimônio. É dizer: o cidadão é apto para participar do processo de edição e desenvolvimento dessa organização urbanística, restando ao executivo a competência de sua condução, por meio de sua articulação pelo poder legislativo e pela sociedade civil.

6. O tombamento sob a perspectiva de responsabilidade social

O tombamento, de fato, assume um papel de destaque na conjuntura arquitetônica e paisagística em relação à história nacional, como instrumento de proteção nesse panorama. Posto isto, cabe ao Estado assegurar o patrimônio e uso dessa riqueza nacional e garanti-la para gerações futuras, conforme a ordem da Carta Magna, em seu artigo 216, inciso V, §§ 1º e

¹⁹ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no [§ 4º do art. 182 da Constituição Federal](#);

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. [\(Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012\)](#)

4^{o20}. O direito individual de construir não é absoluto perante as limitações urbanísticas e das garantias aos vizinhos, pelo próprio direito de propriedade que, nos moldes do atual Código Civil, artigo art. 1.228, § 1^{o21}, dispõe sobre o assunto. À vista disso, em que pese a legislação conceda ao proprietário o direito de erguer construções benéficas em seu terreno, ficam ressaltados os direitos dos vizinhos e normas administrativas correspondentes, conforme dispõe o Código Civil, no artigo 1.299, caput: “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. ”

Estas disposições estão, também, em conformidade com a Carta Magna que elenca a função social da propriedade, no artigo 5^o, XXIII, da CF, e fortificado no Código Civil, traduzindo a ilicitude de ato que em sua execução transpõe manifestamente os condicionamentos estabelecidos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou bons costumes, artigo 187, CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. ”

Em referência à restauração e preservação do bem tombado, caso o proprietário deste tenha recursos suficientes de realizar a sua manutenção e conservação, somente caberá ao Estado a função de salvaguarda, vigilância e condicionamento das formas de usufruí-lo. Todavia, quando o proprietário não possuir tais recursos, cabe ao Poder Público implementar a manutenção adequada do bem e, na hipótese da necessidade de obras, executá-las.

Na esfera criminal, especificamente no artigo 13, § 2^o do código penal, que, ao tratar de omissão, estabelece a responsabilidade penal por danos sobre o bem cultural, sem haver qualquer tipo de exclusão dessa responsabilidade na

²⁰ V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§1^o O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]

§ 4^o Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

²¹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1^o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

esfera civil, na medida que “tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”. Por consequência, o dever de indenizar frente à ocorrência de dano ao patrimônio histórico-cultural resulta tanto da omissão do Poder Público, quanto da ação dolosa do proprietário do bem, podendo esta ser ainda definida como culposa, independentemente do proprietário ter recursos econômicos para sua adequada manutenção. Ademais, nesse caso, diante da ação ou omissão do Estado, impende resgatar a inteligência do artigo 216, § 1º, da Lei Maior, cabendo ação civil pública em face do proprietário do bem ou do Poder Público responsável por sua guarda ou contra ambos.

Incumbe igualmente ao Judiciário, que assume papel de último protetor da ordem pública de cunhos histórico, cultural, paisagístico e turístico, assegurar e legitimar, quando provocado, a probidade dos bens tangíveis e intangíveis, materiais e imateriais, que integram o conjunto histórico, executando tal salvaguarda por meio de instrumentos jurídicos, precatórios, preventivos, reparatórios e repressivos, veementemente estabelecidos na legislação.

Não se deve olvidar, outrossim, da força que a Constituição Federal conferiu à sociedade quando estabeleceu em seu artigo 5º, LXXIII, consignados como direitos fundamentais, que o cidadão pode propor ação popular com vistas a anular “ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. ” Logo, o cidadão individualmente ou a sociedade em si, desfruta do poder concedido pela Carta maior, podem, os dois, fazerem a diferença ao agirem em defesa da preservação dos bens materiais e imateriais que fazem parte do acervo paisagístico, cultural, histórico e ambiental que compõem o seu habitat.

Conclusão

Do quanto exposto, extrai-se que, para tutelar o patrimônio histórico, cultural e paisagístico, a Constituição Federal disponibiliza um vasto aparato legal que trata dos meios essenciais para sua realização. Além disso, através de legislações específicas fomenta-se a importância de executar tal preservação. No entanto, resta a necessidade de ampliação do seu alcance e percepção social da localidade pelo Poder Público, como também pela comunidade, com o fim precípuo de salvaguardar e resgatar a riqueza histórica e axiológica, no que tange ao patrimônio da comunidade local.

É patente a grande contribuição da ação da população durante esse trâmite. Entretanto, ao Estado há acentuada atribuição de manter e controlar a

adequada conservação do seu passado histórico, em maior parcela, diante do desconhecimento dessa necessidade pelos munícipes.

Assim, o tombamento, de fato, é de suma importância por sua função essencial de conservar o acervo arquitetônico de bens tanto materiais, quanto imateriais que garantem os elementos valiosos da memória e da história local e nacional.

Não se pode negar que o tombamento é o instituto primordial implementado para a proteção dos bens imóveis, móveis, tangíveis e intangíveis de valor histórico-cultural. Embora o Decreto-Lei nº 25 de 1937, seja um tanto antigo, permanece atual no que diz respeito aos mecanismos disponíveis ao Poder Público e à comunidade para dispor, quanto ao Patrimônio Cultural, um ordenamento jurídico que busque sua garantia e conservação. Nesse sentido, deve-se ponderar o crescimento sustentável e a necessidade do habitat social, no qual os entes federativos instituem as políticas de uso e ocupação dos solos e o regime de tutela do patrimônio cultural, assegurando a efetividade e cumprimento da lei. Não será demais se afirmar que as Leis pátrias que regulam a conservação do patrimônio histórico e artístico não estão sendo utilizadas com a devida eficácia, visto que muitos patrimônios de cunho histórico, paisagístico e cultural, que carregam parte da memória e da história de um povo, foram abandonados ou estão sem a adequada preservação pela omissão e morosidade de ação por parte do poder público e ou do cidadão.

Infere-se, portanto, que a responsabilidade de salvaguardar o patrimônio público não é apenas do Estado, cabendo também à sociedade um valioso papel quanto a guarda/tutela e disseminação do acervo cultural e histórico, sendo parte integrante e essencial de sua localidade, cujo envolvimento/participação social é fundamental para se chegar ao ideal de conservação da memória e história de uma comunidade.

Referências

- BRASIL. *Decreto nº 20.910 de 06 de janeiro de 1932*. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>.
Acesso em: 02 mar. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 22.928 de 12 de julho de 1933*. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22928-12-julho-1933-558869-publicacaooriginal-80541-pe.html>>.
Acesso em: 28 fev. 2019.

- BRASIL. *Lei nº 378 de 13 de janeiro de 1937*. Dá nova organização ao Ministério da educação e Saúde Pública. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-378-13-janeiro-1937-398059-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso: 01 out 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.866 de 29 de novembro de 1941*. Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3866.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 3.924 de 26 de julho de 1961*. Dispõe sobre a organização administrativa do Ministério da Educação e Cultura. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-66967-27-julho-1970-408779-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 66.967 de 27 de julho de 1970*. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13924.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2018.
- BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

- BRASIL. Estatuto da Cidade. *Lei nº 10.257 - de 10 de julho de 2001*. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2001/10257.htm>>. Acesso: 10 fev. 2019.
- BRASIL. Ministério da Cultura, *Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN*. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. Malheiros: 2019.
- CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- COSTA, Rodrigo Vieira. *A Dimensão Constitucional do Patrimônio Cultural: O Tombamento e o Registro sob a ótica dos Direitos Culturais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 17. ed., Salvador: Juspodivm, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2019.
- FARIA, Edmur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. Malheiros: 2016.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileira: Doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SANTA CATARINA. *Instituto do Patrimônio Histórico e Cultural do Estado – IPHAE*. Disponível em: <<http://www.iphae.rs.gov.br/Main.php?do=noticiasDetalhesAc&item=37302>>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Tombamento no direito administrativo e internacional*. In: *Revista de Informação Legislativa*. V.41. n. 163. Jul/Set., 2004.

Judiciário e políticas públicas: estratégias para decisões jurídicas racionais (*)

Judiciary and public policies:
strategies for rational legal decisions

Judicialidad y políticas públicas:
estrategias para las decisiones jurídicas racionales

Vítor Pizol de Rezende ¹

Anderson Sant'Ana Pedra²

Sumário: Introdução. **1.** A (i)legitimidade institucional do Judiciário no âmbito das políticas públicas. **2.** Limites de atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas. **3.** Estratégias para decisões jurídicas racionais. 3.1 Autolimitação por meio da educação preventiva. 3.2 Fundamentação. 3.3 Transparência. 3.4.

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Advogado pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. vitorpizolderezende@gmail.com

² Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos-RJ. Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor colaborador do Mestrado em Gestão Pública (UFES). Professor em pós-graduação em diversas Instituições de Ensino. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Procurador do Estado do Espírito Santo. Ex-Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES. Ex-Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direitos Fundamentais, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Licitações e Contratos Administrativos. apedra@ig.com.br

Racionalidade no Supremo Tribunal Federal. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O trabalho busca analisar a possibilidade de obtenção de decisões jurídicas racionais diante do cenário marcado pela influência do Judiciário no campo das políticas públicas. Assim, será feita, por meio de análise contextual da separação de funções e da ADPF 45, uma avaliação de prerrogativas do Judiciário no que tange ao campo das políticas públicas, a fim de observar a (i)legitimidade do órgão para tratar do assunto em questão. Ademais, serão estudados limites ideológicos e institucionais do Judiciário, bem como as teorias da reserva do possível e da pretensão de universalidade, como uma forma de se ter uma atuação razoável, e não exacerbada por parte do Judiciário. Por fim, no intuito de vislumbrar a possibilidade de decisões jurídicas racionais no âmbito das políticas públicas, serão analisados os seguintes aspectos: autolimitação por meio de educação preventiva, fundamentação, transparência e racionalidade no Supremo Tribunal federal. Vale salientar que o trabalho se pauta no modelo dedutivo.

Palavras-chave: Judiciário; políticas públicas; decisões jurídicas racionais.

Abstract: The paper seeks to analyze the possibility of obtaining rational juridical decisions in the scenario marked by the influence of the Judiciary in the field of public policies. Thus, through a contextual analysis of separation of functions and of ADPF 45, an evaluation of the prerogatives of the Judiciary regarding the field of public policies will be made, in order to observe the (i) legitimacy of the organ to deal with the issue in question. In addition, we will study the ideological and institutional limits of the Judiciary, as well as theories of the reserve of the possible and the claim to universality, as a way of having a reasonable and not exacerbated action by the Judiciary. Finally, in order to envisage the possibility of rational juridical decisions in the scope of public policies, the following aspects will be analyzed: self-limitation through preventive education, foundation, transparency and rationality in the Federal Supreme Court. It is worth emphasizing that the work is based on the deductive model.

Keywords: Judiciary, publicpolicy, decisions.

Resumen: El trabajo busca analizar la posibilidad de obtener decisiones jurídicas racionales ante el escenario marcado por la

influencia del Poder Judicial en el campo de las políticas públicas. Por lo tanto, se hará, por medio de análisis contextual de la separación de funciones y de la ADPF 45, una evaluación de prerrogativas del Poder Judicial en lo que se refiere al campo de las políticas públicas, a fin de observar la (i)legitimidad del órgano para tratar el asunto en el que se estudia los límites ideológicos e institucionales del Poder Judicial, así como las teorías de la reserva de lo posible y de la pretensión de universalidad, como una forma de tener una actuación razonable, y no exacerbada por parte del Poder Judicial. Por último, con el fin de vislumbrar la posibilidad de decisiones jurídicas racionales en el ámbito de las políticas públicas, se analizarán los siguientes aspectos: autolimitación por medio de educación preventiva, fundamentación, transparencia y racionalidad en el Tribunal Supremo federal. Cabe destacar que el trabajo se ajusta al método deductivo.

Palabras clave: Judicial; políticas públicas; decisiones jurídicas racionales.

Introdução

O trabalho possui como objetivo analisar a relação entre o Judiciário e as políticas públicas no Brasil e, por meio do reconhecimento da influência daquele sobre estas, verificar como é possível se obter uma decisões jurídicas racionais, que coadunem com as diretrizes relativas ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo é para tratar acerca da (i)legitimidade institucional do Judiciário no âmbito das políticas públicas. Nesse sentido, haverá um estudo no que concerne à tese relativização da separação de funções, haja vista o fenômeno do neoconstitucionalismo e à ADPF 45.

Já no segundo capítulo, será feita uma análise com relação ao limite de atuação do Judiciário no âmbito de políticas públicas. Para isso, serão destacados limites ideológicos e institucionais, bem como as teorias da reserva do possível e da pretensão de universalidade.

Já no terceiro capítulo, irá ser feita uma abordagem sobre as estratégias para decisões jurídicas racionais. Sob essa óptica, busca-se compreender a possibilidade de autolimitação do Judiciário por intermédio de uma educação preventiva, a necessidade de fundamentação e transparência das decisões

judiciais, e, também, a defesa de racionalidade no próprio Supremo Tribunal Federal.

Cumpra registrar que o trabalho se pauta no modelo dedutivo. Este, na visão de Orides³, “parte de argumentos gerais para particulares”. Assim, busca-se, a partir do reconhecimento da influência do Judiciário no âmbito das políticas públicas, compreender as prerrogativas e os limites do órgão com relação ao respectivo assunto, bem como analisar a possibilidade de decisões jurídicas racionais.

1. A (i)legitimidade institucional do judiciário no âmbito das políticas públicas

Para se compreender a (i)legitimidade do Judiciário acerca do controle de políticas públicas é necessário analisar a ideia de separação dos poderes, bem como a sua evolução no tempo. Nesse viés, cabe salientar que, o nascimento dessa teoria, na visão de Silva⁴, “remete ao século XVII, auge do movimento iluminista e dos ideais libertários propagados pela burguesia europeia contra as monarquias absolutistas”. Imperativo revelar também que Silva⁵, ao dissertar sobre o tema, faz um esclarecimento acerca da terminologia empregada para a teoria:

Destaque-se, de plano, que a nomenclatura separação de poderes não deve prosperar, uma vez que, efetivamente, o poder estatal é uno, deriva da soberania popular e está inteiramente subordinado à obediência das normas constitucionais.

Observa-se, dessa forma, que não há que se falar em “separação de poderes”, mas sim em “separação de funções”. Feita esta distinção, pode-se começar a se analisar a mudança do papel de atuação do Judiciário nos tempos modernos, pautado nas características advindas do neoconstitucionalismo. Nesse viés, salienta Freire Júnior⁶ que:

³ORIDES, Mezzaroba, **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65.

⁴SILVA, Emiliano Borges e. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 3, set./dez. 2012. p. 63. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/12447/11717>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁵Ibid., p. 62.

⁶FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas no Brasil**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2004. p. 33. Disponível em: <

[...] é indispensável vislumbrar, no princípio da separação de funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição.

Para atender a essa ideia de cumprir a Constituição, o Judiciário passou a intervir em políticas públicas⁷, uma vez que elas estão diretamente vinculadas a direitos sociais⁸, cujo teor é tido como uns dos principais aspectos da Constituição da República.

Além dessa larga presença de direitos sociais (que devem, em termos práticos, ser defendidos pelo Judiciário) na Constituição da República, essa perspectiva, inerente a atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas, pode ser corroborada por meio da análise da ADPF número 45 cuja ementa⁹ revela que:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁷ A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21

⁸ “[...] podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286-287.

⁹BRASIL. ADPF nº 45, de 2004. **Informativo STF**, Brasília, DF, 29 abr. 2004.

CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Percebe-se que a ADPF em questão surge com o objetivo de evitar um abuso de poder por parte do governo (seja devido a uma ação ou omissão do Legislativo e do Executivo) e, dessa forma, permite a interferência do Judiciário em políticas públicas.

Vale salientar que alguns doutrinadores são críticos a argumentação estabelecida pela ADPF 45, no sentido de relacionar direitos sociais de caráter fundamental à teoria da reserva do possível. Como exemplo, pode-se citar o entendimento de Castro¹⁰: “Os direitos sociais dependem da reserva orçamentária, no entanto, os direitos fundamentais não podem estar condicionados à “reserva do possível”, por constituir o mínimo existencial à sobrevivência e à dignidade humana”.

Vale ressaltar, todavia, que a decisão judicial deve se pautar na pretensão de universalidade (que será explicada ainda neste capítulo) e, dessa forma, uma não vinculação orçamentária (mesmo diante de um direito fundamental) pode ocasionar drásticas consequências ao funcionamento do Estado.

Todo esse contexto gerou uma série de desgastes no campo jurídico, afinal, como especifica Di Pietro¹¹, originariamente: “[...] as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas [...]”. Completando esse pensamento, Barcellos¹² trata do assunto explicando que o Judiciário se torna uma espécie de fiador das dívidas atinentes ao Legislativo e ao Executivo.

Isso remete a uma perspectiva dicotômica, todavia, clássica. Nas palavras de Tavares¹³:

Esse talvez seja um dos paradoxos da Justiça Constitucional: sua ampla aceitação e seu contínuo questionamento democrático, que implica a construção incessante de limites ou contornos precisos de sua situação.

¹⁰ CASTRO, Emmanuelle Konzen. A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo judiciário nas demandas de saúde no Brasil. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 8, n. 1, p. 63-82, jan/jun 2006. p. 76.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 832.

¹² BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan/jun 2011. p. 12.

¹³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 492.

Cabe salientar que a atuação do Judiciário, no âmbito de políticas públicas, de acordo com tudo que já foi exposto até aqui, mostra-se legítima. Para tanto, essa atuação deve ser no intuito de ajudar a impulsionar a luta por direitos fundamentais, não podendo se tornar uma atuação tendenciosa, demasiadamente intervencionista; ocorrendo isso, a atuação judicial nas políticas públicas passará a ser ilegítima.

Afinal, como adverte Lopes¹⁴:

A intromissão do judiciário em certas hipóteses, atuando como legislador positivo, pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado-Administração a longo prazo, por direcionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial.

Nesse sentido é que surge a necessidade de se debater acerca de limites ao Judiciário, ou seja, adotar determinadas medidas que delimitam a atuação do órgão; pode-se falar em limites ideológicos e institucionais.

2. Limites de atuação do judiciário no âmbito das políticas públicas

Vale salientar que os “*limites ideológicos* são os que se exteriorizam por intermédio das crenças, da experiência dos valores, da influência dos grupos de pressão, das exigências do bem comum, da opinião pública”¹⁵. Já os “*limites institucionais*, por sua vez, fornecem ideias reguladoras de situações sociais, como a família, a propriedade, a educação etc., buscando os fins supremos, responsáveis pelo bem-estar dos membros da comunidade”¹⁶. Cabe destacar que não há a defesa de uma atuação judicial pré-ordenada; mas apenas que essa decisão seja plausível e com critérios.

Existem circunstâncias que demandam um olhar mais cauteloso antes de uma intervenção, pois, caso esta se realize de modo abrupto e sem um devido estudo, pode acabar gerando conflitos e desigualdades, ao invés de auxiliar em algo. Os limites servem para ajudar nesse processo, entretanto, cabe destacar que o “que é permanente não é tal ou tal limite, em especial, mas a

¹⁴ LOPES, Bráulio Lisboa. A atuação do Poder Judiciário na Implementação de políticas públicas: análise de sua legitimidade. **De jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v.13, n.23, p.329-346, jul./dez., 2014. p. 339.

¹⁵PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva**: condições e limites para a edição de enunciados normativos. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 283.

¹⁶Ibid., p. 283.

limitação em si”¹⁷. Ou seja, os limites, devido à versatilidade de um Estado Democrático de Direito, devem ser frutos de um processo de adaptação contínua, de modo que possam fazer com que as decisões do Judiciário, no âmbito das políticas públicas, se atentem a chamada pretensão de universalidade.

Consoante Pedra¹⁸:

Não pode o Judiciário decidir como numa prova rasa de corrida, concedendo o direito apenas àquele(s) que chegar(em) primeiro. Deve-se analisar se o direito que está sendo concedido realmente é possível de ser concedido a todos aqueles que chegarem ao Judiciário com a mesma pretensão e que estejam em situação semelhante.

A pretensão de universalidade deve servir para que casos equiparáveis possam vir a ter um tratamento similar e, conseqüente, possibilitar uma atuação mais justa e coerente do Judiciário no campo das políticas públicas.

No intuito de se avaliar aspectos práticos, no que tange a influência demasiada do Judiciário em políticas públicas (reflexo de um Neoconstitucionalismo exacerbado), e poder aplicar as informações acima dispostas, faz-se mister verificar jurisprudência. Vale ressaltar que várias jurisprudências poderiam ser trazidas, mas, por uma questão didática, será abordada uma jurisprudência relativa ao trabalho do Judiciário no tocante à política pública de saúde, vez que a judicialização da saúde é um assunto em voga e gera drásticas repercussões.

Nesse viés, vale analisar uma jurisprudência que trata acerca de determinação de internação (assunto que tem sido alvo de inúmeras ações e debates), cuja ementa¹⁹ estipula que:

¹⁷CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2003. t. 1. p. 301.

¹⁸ PEDRA, Anderson Sant’Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 91-105, abr./jun. 2013. p. 95.

¹⁹1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas visando à efetivação do acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos por meio de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 2. O impetrante procurou atendimento médico de urgência na UPA José Walter no dia 21 de abril de 2015, com quadro de hemiparesia a direita e alteração da fala, evoluindo com rebaixamento do sensório e pneumonia aspirativa no dia 27 de abril de 2015, sendo submetido a intubação orotraqueal e mantido em ventilação mecânica. Evoluiu, ainda, com sepse de foco pulmonar e piora do estado geral, mesmo após antibioticoterapia e suporte clínico. Encontrava-se em estado grave e sob risco de morte,

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITO EM UTI PELO ESTADO DO CEARÁ. DIREITO À VIDA E A SAÚDE. PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

O caso retrata uma determinação judicial que, pautada na tese atinente à defesa do direito fundamental à saúde, determina a internação de uma pessoa na UTI. O objetivo nessa parte do trabalho não é mostrar as peculiaridades desse caso concreto, mas trazer para a discussão todo o debate que se deve ter ao realizar tal decisão, a qual está cada vez mais presente no dia a dia. Imperativo, portanto, compreender qual a repercussão que uma decisão dessa possui e em que ela deve se basear.

O fato de o Judiciário buscar assegurar o direito à saúde é algo muito importante, todavia, essa prática deve ser efetuada com cautela, para que se possa corroborar realmente com a implementação desse direito fundamental, ao invés de apenas camuflar determinadas situações.

O Judiciário deve buscar compreender as situações políticas, sociais e econômicas de determinadas circunstâncias antes realizar uma intervenção. A decisão judicial não deve ser apenas “bonita na concessão de medidas”, mas deve trazer medidas capazes de serem cumpridas; a decisão judicial não pode se atentar apenas ao plano teórico, mas também ao prático.

Nesse sentido, deve-se observar, por exemplo, se há realmente vagas nos hospitais. Dependendo do caso, o que será feito é a retirada de uma pessoa que estava internada para que se coloque outra (determinada pelo juiz) no lugar, gerando, assim, um “efeito bola de neve”, de modo que o problema nunca será resolvido efetivamente. Deve-se verificar também, nesse caso, a infraestrutura que determinado hospital oferece; esta pode não ser suficiente.

Ademais, partindo-se da premissa da pretensão de universalidade, essa intervenção do Judiciário pode acabar violando, mesmo que de forma indireta, o princípio da impessoalidade na administração pública, tendo em

necessitando de tratamento em Unidade de Terapia Intensiva e de avaliação neurológica, em razão do quadro de AVC confirmado por TC de crânio. Tudo conforme relatório do médico plantonista. 3. restou configurado o direito líquido e certo de o impetrante ter atendida a sua pretensão, posto que legítima e constitucionalmente garantida, devendo-se assegurar o direito à saúde e à vida por meio do fornecimento de tratamento adequado à enfermidade do impetrante, através da disponibilização de leito de UTI em hospital da rede pública ou em hospital da rede privada, com os gastos sendo custeados pelo Estado do Ceará. 4. Segurança concedida. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança:** 00008569720158060000 CE 0000856-97.2015.8.06.0000, Relator: Washington Luis Bezerra de Araujo, Órgão Especial, Data de Publicação: 08/12/2016.

vista que não há vaga para todos. Demonstrando isso, Di Pietro²⁰ elucida que:

Se tem que garantir acesso universal e igualitário, o direito à saúde não pode ser reconhecido em ações individuais que privilegiam alguns (nem sempre os que mais necessitam) em detrimento do interesse da coletividade. Essas ações individuais, que são propostas em grande quantidade, com fortes impactos orçamentários na área da saúde (e às vezes atingindo outras áreas), afrontam o dispositivo constitucional, porque não observam qualquer política social ou econômica e descumprem o princípio da isonomia.

Vale frisar que não se está falando aqui em qualquer ação individual na área de saúde, mas sim naquelas que possuem pedidos incompatíveis de serem atendidos em âmbito geral. Dessa forma, o Judiciário deve se atentar para as possibilidades de política pública que um determinado governo possui. Ainda que a decisão judicial regulamente um interesse legítimo, é necessário avaliar se sua aplicabilidade é plausível, caso contrário, a decisão judicial só irá servir no plano teórico e poderá, até mesmo, prejudicar o campo prático.

3. Estratégias para decisões jurídicas racionais

Conforme adverte Pardo²¹, a racionalidade das decisões jurídicas é essencial para vários campos; sendo que, dentro do próprio ramo do Direito, essa questão ganha uma repercussão ainda maior. Nesse sentido, esta parte do trabalho será para mostrar mecanismos capazes de corroborar com a formulação dessas decisões jurídicas racionais.

3.1. autolimitação por meio da educação preventiva

Ao se discutir acerca de medidas realmente palpáveis no que concerne à possibilidade de adoção de estratégias para decisões jurídicas racionais, deve-se abordar, sobretudo, a fundamentação e a transparência (itens 3.2 e 3.3, respectivamente). Entretanto, cabe, neste tópico, falar acerca da possibilidade de autolimitação do Judiciário, por meio de uma educação preventiva. Esta é uma possibilidade teórica (possui um viés mais filosófico); nesse sentido, é mais difícil de ser implementada, no entanto, merece atenção

²⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 833-834.

²¹PARDO, David Wison de Abreu. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 14, n. 11, nov. 2002. p. 1. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21496/racionalidade_decisao_judicial_teorica.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

por ser uma proposta preventiva e que valoriza a capacidade de adaptação e evolução do senso crítico do ser humano.

A autolimitação ganha demasiada relevância, pois uma decisão polêmica pode causar um colapso de discussões em várias searas. Essa ideia pode ser corroborada através da seguinte frase de Pedra²²: “A utilização do minimalismo pela Justiça Constitucional reduziria o risco de resistências e reações sociais às suas decisões – o chamado efeito *backlash*”. Ou seja, o Judiciário precisa ter muita cautela antes de atuar em um caso²³. Deve-se analisar o melhor modo de atuar e verificar se realmente a atuação desse órgão é viável para aquele determinado caso, porque, às vezes, a melhor coisa, para um momento, é não decidir²⁴.

Vale salientar que a autolimitação deve ser pautada em parâmetros conscientes e rigorosos. Para essa modulação de pensamento (a qual se dá por intermédio da educação preventiva), destacam-se as ideias de Noam Chomsky. Ao dissertar acerca do pensamento do autor mencionado, Fernandez e Fernandez²⁵ asseveram que:

[...] a gramática generativa tem um componente antropológico: supõe uma determinada forma de processar, desde o ponto de vista cognitivo, as informações procedentes do meio dotando-as — mediante um processo *top down* no qual os esquemas de pensamento prévios são cruciais — de sentido. A linguagem não somente permite *falar* do mundo; permite, ademais, *entendê-lo*.

²²PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos**. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p.370.

²³ “Não se deve confundir assim, autolimitação com conservadorismo, nem com renúncia do exercício da Justiça Constitucional”. PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos**. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 367.

²⁴Não decidir não significa permanecer inerte, mas sim admitir que não há uma medida plausível a ser adotada em determinado momento. “Registra-se ainda que uma das técnicas de decisão que se destaca na autolimitação é a ‘arte de não decidir’ que, com o devido sopesamento, pode se apresentar como um comportamento de grande valia para a compatibilização da Justiça Constitucional com o regime democrático”. PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos**. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 368.

²⁵FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Moral, linguagem e estética: paisagens do cérebro humano. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. p. 2. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7528&revista_caderno=15>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Percebe-se, dessa forma, que o modelo de gramática gerativo transformacional de Noa Chomsky poderia influir na autolimitação; isso em âmbito filosófico. A teoria do autor reflete que, por meio de um método dedutivo, o ser humano é capaz de exercitar sua mente e progredir seu raciocínio. Através do estudo de pressupostos básicos se poderia chegar a compreensão de algo mais complexo e concreto e, conseqüentemente, intervir criticamente.

Esse processo racional é debatido há tempos, podendo ser verificado, por exemplo, no pensamento de Igno Petrone, filósofo que viveu entre os séculos XIX e XX. Mencionando o posicionamento desse filósofo, Lacerda²⁶ assevera que:

A autoconsciência é *dialética e bipolar*: pensar-se como sujeito envolve necessariamente pensar os outros como sujeitos correlatos na vida social. Petrone denomina de “aspecto social da consciência de si” o fenômeno psíquico pelo qual o *eu* se coloca como subjetividade apenas quando se dispõe também a afirmar, por meio de um nexo de polaridade, o *outroeu*.

Assim, o minimalismo judicial se refere a uma intervenção cautelosa do Judiciário, por intermédio de uma própria auto-avaliação de seus membros, de modo a não olhar apenas interesses particulares, mas sim, possuir uma perspectiva ampla, levando-se em consideração todos os atores e as circunstâncias envolvidas.

Destaca-se que, ao se falar acerca de uma educação preventiva, busca-se a adoção de um procedimento (modulação mental) de longo prazo e que, nesse sentido, deve começar a partir das próprias faculdades de Direito, no intuito de se atingir a base do problema. Cabe salientar que, para isso, é importante a introdução do estudo quanto a Análise Econômica do Direito. Na visão de Pimenta e Lana²⁷:

Preliminarmente, pode-se definir a Análise Econômica do Direito (AED) ou “Law and Economics” como método de se estudar a teoria econômica relativamente à estruturação, formação, impacto e conseqüências comportamentais de eventual aplicação de institutos jurídicos e/ou textos normativos.

²⁶LACERDA, Bruno Amaro. A racionalidade da justiça. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 17, p. 1-446, jan./dez. 2015. p. 75.

²⁷PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 17, jul./dez. 2010. p. 86-87. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Há uma necessidade de se conciliar o estudo do Direito com o de outras áreas, dando destaque para a Economia. A Análise Econômica do Direito está atrelada, mesmo que indiretamente, as teses da reserva do possível e da pretensão de universalidade (capítulo 2), tendo em vista o fato de estabelecer uma diretriz jurídico-econômica para as questões.

Portanto, a educação preventiva se traduz por intermédio de um modelo de modulação mental, o qual deve ser implementado desde as faculdades de Direito, através da introdução acerca do estudo da Análise Econômica do Direito, possibilitando dessa maneira, o minimalismo judicial.

3.2. fundamentação

A tese relativa à fundamentação das decisões judiciais é antiga²⁸, todavia, tem se intensificado muito devido à intervenção do Judiciário nas políticas públicas. A fundamentação das decisões rompe com a ideia do juiz “boca da lei”²⁹ e permite a verificação acerca do que levou ou não a tomada de uma determinada medida. Isso pode ser percebido pelo pensamento de Pedra³⁰:

A fundamentação pode ter uma serventia endoprocessual como controle das razões da decisão e mecanismo de racionalização técnica do processo, mas também terá uma serventia, e talvez a mais importante, extraprocessual, já que será a partir da fundamentação que a decisão tornar-se-á compreensível para o cidadão, em nome do qual são exercidas todas as funções estatais.

Cabe salientar que a fundamentação é um elemento fundamental para a verificação da legitimidade da decisão judicial. Nas palavras de Oliveira e Silva Filho³¹:

²⁸ “A exigência de fundamentação nas decisões do Judiciário é uma das conquistas mais importantes do racionalismo iluminista e democrático da segunda metade do século XVIII, e que está vinculada à própria necessidade de justificação das decisões do Poder Público em um regime republicano”. PEDRA, Anderson Sant’Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 91-105, abr./jun. 2013. p. 92.

²⁹“O dever legal da decisão judicial é uma obrigação da jurisdição. Modelos arcaicos nos quais o juiz era a “boca da lei” e os casos em que não possuía regras no ordenamento jurídico para revolucioná-lo, autorizava o juiz a utilizar seu poder de decisão “discricionário”, foi superado, em tese pelo sistema Constitucional”. MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN Meg Francieli. A coerência e a integridade como limitadoras do decisionismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 95, a. 24, p. 227-246, abr./jun. 2016. p. 244.

³⁰PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva**: condições e limites para a edição de enunciados normativos. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 307.

³¹OLIVEIRA Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 95, a. 24, p. 247-269, abr./jun. 2016. p. 250.

A legitimidade das decisões reside, portanto na fundamentação que permite a um só tempo: (1) que se tenha decisões legítimas; (2) respostas corretas em direito; (3) garantia a autonomia do direito segundo critérios de coerência e integridade; (4) asseguramento do papel contramajoritário da Constituição pelos tribunais numa relação circular e complementar entre soberania popular, Constituição e decisão.

Percebe-se que a fundamentação propicia a verificação de variados requisitos acerca de uma decisão judicial e, dessa forma, corrobora para a sua legitimidade. Portanto, torna-se patente a necessidade da fundamentação das decisões judiciais no âmbito das políticas públicas.

3.3. Transparência

Outro aspecto importante a ser discutido é a necessidade de transparência das decisões judiciais. Consoante Wartha³², é “intrínseco ao ente público ser transparente, não representa uma característica, um adjetivo, mas sim a essência do Poder Público [...]”.

Imperativo salientar que a noção de transparência é mais qualificada do que a de publicidade. Transparência é a publicidade mais a ideia de um conteúdo acessível. Assim, como adverte Pedra³³: “não se está falando de uma mera publicidade formal, mas sim de uma publicidade material (transparência)”, a qual serve para se gerar segurança jurídica, bem como uma relação de confiabilidade. Afinal, como explicita Wartha³⁴: “a ausência de publicidade dos atos praticados pelo poder público gera suspeita, dúvida e insegurança, uma vez que tudo o que beneficia a população é amplamente demonstrado e divulgado”.

Ademais, a “transparência das decisões é fator que depende da motivação das decisões judiciais”. Há uma relação de complementaridade entre a fundamentação e a transparência, a qual se dá no intuito de ocasionar a

³²WARTHA, Patrícia Maino. Transparência na e da administração pública: (in) compatibilidade entre visibilidade e demais preceitos constitucionais a partir da análise ao caso concreto por meio da ADPF 144 do STF. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, n.2, v. 1, p. 31-50, jul./dez. 2011. p. 35.

³³PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos**. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 310.

³⁴WARTHA, Patrícia Maino. Transparência na e da administração pública: (in) compatibilidade entre visibilidade e demais preceitos constitucionais a partir da análise ao caso concreto por meio da ADPF 144 do STF. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, n.2, v. 1, p. 31-50, jul./dez. 2011. p. 34.

possibilidade de prestação de contas. Destaca-se, aqui, que, no pensamento de Oliveira e Silva Filho³⁵:

O prestar contas parece ser confundido costumeiramente com a ideia de submissão e de subordinação, traduzindo-se em perda de poder. De fato o accountability é submeter-se, mas não a outro poder, não à vontade de todos e nem à vontade de alguns. É submeter-se às regras do jogo, jogo este que gera expectativa de uma certa estabilidade [...].

Dessa forma, observa-se que a cobrança acerca de uma decisão judicial transparente não se mostra uma medida excessiva, mas sim uma atitude dentro das regras legais, cujo objetivo é favorecer a possibilidade do exercício do controle social.

3.4. Racionalidade no supremo tribunal federal

O Supremo, além de muito importante e decisivo, serve de parâmetro para várias outras decisões; percebe-se assim a importância de o Tribunal Constitucional adotar um comportamento racional em sua atuação. Nessa perspectiva, cabe abordar dois aspectos: procedimento objetivo e normação positiva legítima.

Na visão de Pedra³⁶, o “que importa no processo objetivo é que a ordem constitucional reste intacta e efetivada, tendo-se a certeza de que a Constituição prevalecerá a despeito de qualquer ação ou omissão”. A Corte, quando desfruta de um procedimento objetivo, não está preocupada com uma situação concreta, mas sim com algo em abstrato. Em outras palavras, o papel do Supremo é buscar atribuir racionalidade a termos jurídicos, de modo que isso permita assegurar os direitos fundamentais da Constituição e ajude as outras instâncias do Judiciário a elucidarem decisões igualmente racionais, só que em casos concretos.

A ideia da normação positiva legítima³⁷, por sua vez, relaciona-se ao fato de que a decisão do Supremo deve ter o mínimo de credibilidade e visibilidade

³⁵OLIVEIRA Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 95, a. 24, p. 247-269, abr./jun. 2016. p. 250.

³⁶PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos**. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 358.

³⁷ Há que se falar em normação, e não em legislação por parte do Tribunal Constitucional. Este edita ato normativo, visto que não pode legislar. Isso pode ser ratificado pelo exposto na súmula vinculante 37 do Supremo Tribunal Federal. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante número 37. **Súmulas**. Disponível

entre a população. Nesse sentido, assevera Vieira³⁸ que o “critério de legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do ato constituinte com as ‘idéias de justiça’ radicadas na comunidade”.

Afinal, consoante Rawls³⁹ “a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é”. Ademais, a Corte, para fazer isso, deve ter uma atenção contínua com relação ao anseio popular, uma vez que este se altera/adapta com o passar do tempo.

Vale mencionar, no entanto, que a normação positiva legítima não é para atender ao clamor social, mas sim para tomar medidas mais zelosas; até porque não são todas as pessoas do povo que possuem estudo adequado para compreender políticas públicas. Essa perspectiva pode ser observada no discurso de Pedra⁴⁰, ao elucidar que:

se está a buscar um consenso relativo, não necessariamente unânime, muito menos eterno, por isso que se prefere aqui falar em “harmonia com aquilo que a sociedade espera”, até porque o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites (estabelecidos pelas denominadas regras do jogo), não é destruidor da democracia, mas solicitador, e uma democracia em que o dissenso não seja admitido é uma democracia condenada ao fracasso.

Não se pode ceder a pressões, mas é preciso analisá-las para compreender melhor uma determinada situação. A decisão judicial não precisa (e nem deve) buscar seguir um pensamento popular majoritário, contudo, precisa ser plausível e coerente.

Conclusão

O trabalho mostra que nos últimos tempos, no Brasil, o Judiciário devido a prerrogativas pautadas na relativização da tese de separação de funções e no contexto relativo à ADPF 45, passou a interferir demasiadamente no campo das políticas públicas. Outrossim, destacou-se a necessidade de se observar variados limites para que esta atuação seja legítima.

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1961>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 203.

³⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000. p. 288.

⁴⁰PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva**: condições e limites para a edição de enunciados normativos. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 318.

Nesse sentido, observou-se a importância em se debater acerca de limites institucionais, ideológicos e também sobre as teorias da reserva do possível e da pretensão de universalidade, no intuito de se vislumbrar métodos nos quais as decisões judiciais devem se embasar.

Ademais, o trabalho, com o objetivo, de elucidar a possibilidade de decisões jurídicas racionais, tratou acerca de pressupostos fundamentais para o Judiciário. Nessa perspectiva, foi efetuado um estudo no que tange à necessidade de autolimitação por meio de uma educação preventiva, fundamentação e transparência das decisões, bem como racionalidade no próprio Supremo Tribunal Federal.

Portanto, pode-se constatar que o Judiciário possui legitimidade para atuar no âmbito de políticas públicas, desde que esta atuação seja pautada em variados critérios norteadores. Ademais, para que as decisões jurídicas possam ser racionais e viáveis do ponto de vista prático, faz-se mister que magistrados se atentem a determinados procedimentos.

Referências

- BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan/jun 2011. p. 12.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança**: 00008569720158060000 CE 0000856-97.2015.8.06.0000, Relator: Washington Luis Bezerra de Araujo, Órgão Especial, Data de Publicação: 08/12/2016.
- BRASIL. ADPF nº 45, de 2004. **Informativo STF**, Brasília, DF, 29 abr. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante número 37. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1961>>. Acesso em: 19 mar. 2017.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2003. t. 1.
- CASTRO, Emmanuelle Konzen. A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo judiciário nas demandas de saúde no Brasil. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 8, n. 1, p. 63-82, jan/jun 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Moral, linguagem e estética: paisagens do cérebro humano. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7528&revista_caderno=15>. Acesso em: 17 mar. 2017.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas no Brasil**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2004. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LACERDA, Bruno Amaro. A racionalidade da justiça. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 17, p. 1-446, jan./dez. 2015.
- LOPES, Bráulio Lisboa. A atuação do Poder Judiciário na Implementação de políticas públicas: análise de sua legitimidade. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. v.13, n.23, p.329-346, jul./dez., 2014.
- MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN Meg Francieli. A coerência e a integridade como limitadoras do decisionismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 95, a. 24, p. 227-246, abr./jun. 2016.
- OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 95, a. 24, p. 247-269, abr./jun. 2016.
- ORIDES, Mezzaroba, **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PARDO, David Wison de Abreu. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 14, n. 11, nov. 2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21496/racionalidade_decisao_judicial_teorica.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

- PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 91-105, abr./jun. 2013.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal constitucional como órgão de normação positiva**: condições e limites para a edição de enunciados normativos. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 17, jul./dez. 2010. p. 86-87. Disponível em:<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.
- SILVA, Emiliano Borges e. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em:<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/12447/11717>>. Acesso em: 23 fev. 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WARTHA, Patrícia Maino. Transparência na e da administração pública: (in) compatibilidade entre visibilidade e demais preceitos constitucionais a partir da análise ao caso concreto por meio da ADPF 144 do STF. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, n.2, v. 1, p. 31-50, jul./dez. 2011.

**O Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba:
os conflitos socioambientais no Bairro Lagomar,
Município de Macaé-RJ, e a materialização do
movimento de injustiça ambiental (*)**

**The National Park of Restinga of Jurubatiba:
the socio-environmental conflicts in the Lagomar
neighborhood, Municipality of Macaé-RJ, and the
materialization of the environmental injustice
movement**

**El Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba:
los conflictos socioambientales en el Barrio Lagomar,
Municipio de Macaé-RJ, y la materialización del
movimiento de injusticia ambiental**

Tauã Lima Verdan Rangel¹

Sumário: Considerações Iniciais. **1.** O processo de constitucionalização do meio ambiente no território nacional: apontamentos ao ideário de meio ambiente ecologicamente equilibrado. **2.** Do preservacionismo ao ecomarxismo: painel às teorias conservacionistas do meio ambiente. **3.** Caracterização do Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba: preservação do meio

(*) Recibido: 01 abril 2019 | Aceptado: 17 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Pós-Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense “Darcy Ribeiro”. Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense.
taua_verdan2@hotmail.com

ambiente e degradação advinda da promessa de desenvolvimento econômico. 4. O Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba: os conflitos socioambientais no Bairro Lagomar, Município de Macaé-RJ, e a materialização do movimento de injustiça ambiental. – Comentários finais. – Referência.

Resumo: O presente artigo tem por escopo examinar as teorias conservacionistas dos parques e unidades de conservação, com enfoque especial no ambientalismo, e sua relação com a população afetada, no Bairro Lagomar, localizado no Município de Macaé-RJ, em decorrência do Parque Nacional da Restinga de Jurubatiba, localizado no litoral dos Municípios de Carapebus, Macaé e Quissamã. Criado em abril de 1998, o Parque tem por objetivo proteger e preservar amostras dos ecossistemas de restinga e possibilitar o desenvolvimento de pesquisa científica e educação. Neste cenário, as criações de unidades de conservação e proteção integral deste tipo estão no centro de uma série de conflitos socioambientais, os quais opõem as comunidades tradicionais e os administradores das unidades de conservação, pesquisadores e conservacionistas. Tal fato decorre da premissa que aludidas unidades segregam comunidades dos ecossistemas que, até então, eram exploradas com relativo equilíbrio, porquanto, no centro desta política, está assentada uma ideologia que compreende a relação homem-natureza como inevitavelmente predatória, não prevendo que formas tradicionais de manejo e exploração dos ecossistemas têm assegurado há séculos, concomitantemente, a preservação das áreas naturais, em especial as áreas costeiras, e a subsistência de diversas populações tradicionais. O método empregado na construção do presente foi o hipotético-dedutivo, assentado em revisão bibliográfica e cotejo de dados secundários.

Palavras-chaves: ambientalismo, conflitos socioambientais, populações tradicionais.

Abstract: This article aims to examine the conservationist theories of parks and conservation units, with a special focus on environmentalism, and its relationship with the affected population, in the Lagomar neighborhood, located in the Municipality of Macaé - RJ, as a result of the National Park of the Restinga of Jurubatiba, located on the coast of the Municipalities of Carapebus, Macaé and Quissamã. Created in April 1998, the park aims to protect and preserve samples of restinga ecosystems and to enable the development of scientific research and education. In this scenario, the creations of conservation and integral protection units of this type are at the center of a series of socio-environmental conflicts, which oppose traditional

communities and administrators of conservation units, researchers and conservationists. This fact stems from the premise that alluded units segregate communities of ecosystems that until then were exploited with relative balance, because, at the heart of this policy, an ideology is established that understands the relation man-nature as inevitably predatory, not predicting that traditional forms management and exploitation of ecosystems have for centuries ensured the preservation of natural areas, especially the coastal areas, and the subsistence of various traditional populations. The method used in the construction of the present was the hypothetico-deductive, based on a bibliographical review and comparison of secondary data.

Key-words: environmentalism, socio-environmental conflicts, traditional populations.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto examinar las teorías conservacionistas de los parques y unidades de conservación, con enfoque especial en el ambientalismo, y su relación con la población afectada, en el Barrio Lagomar, ubicado en el Municipio de Macaé-RJ, como consecuencia del Parque Nacional de la Restinga de Jurubatiba, ubicado en el litoral de los Municipios de Carapebus, Macaé y Quissamã. Creada en abril de 1998, el Parque tiene por objetivo proteger y preservar muestras de los ecosistemas de Restinga y posibilitar el desarrollo de investigación científica y educación. En este escenario, las creaciones de unidades de conservación y protección integral de este tipo están en el centro de una serie de conflictos socioambientales, que oponen a las comunidades tradicionales y los administradores de las unidades de conservación, investigadores y conservacionistas. Este hecho deriva de la premisa que las aludidas unidades segregan comunidades de los ecosistemas que, hasta entonces, eran explotadas con relativo equilibrio, porque, en el centro de esta política, se asienta una ideología que comprende la relación hombre-naturaleza como inevitablemente predatoria, no previendo que formas tradicionales de manejo y explotación de los ecosistemas han asegurado desde hace siglos, concomitante, la preservación de las áreas naturales, en especial las áreas costeras, y la subsistencia de diversas poblaciones tradicionales. El método empleado en la construcción del presente trabajo fue el hipotético-deductivo, asentado en revisión bibliográfica y cotejo de datos secundarios.

Palabras claves: ambientalismo, conflictos socioambientales, poblaciones tradicionales.

Considerações iniciais

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Com o escopo de problematizar a perspectiva estritamente conservacionista que orientou o processo de implementação de áreas protegidas no território nacional, é imprescindível destacar que novos conceitos vêm sendo introduzidos nos debates existentes em relação à conservação da natureza. Assim, o socioambientalismo fortaleceu-se, principalmente, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (ECO-92), oportunidade em que conceitos socioambientais passam a influenciar, diretamente, a confecção e edição de normas legais.

Neste cenário, verifica-se que o vocábulo *biodiversidade* tende a figurar como núcleo sensível da política estabelecida no que se referem às unidades de conservação, recebendo especial proeminência na busca pela conservação e preservação. Assim, tal vocábulo, em uma acepção conceitual, comumente, aparece como a variabilidade entre os seres vivos de todas as origens, compreendendo a terrestre, a marinha e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte. Neste aspecto, é importante destacar que a Convenção da Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 e introduzida no ordenamento nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 03 de Fevereiro de 1994, ao conceituar a locução *diversidade biológica*, empregada aqui como sinônimo do vocábulo *biodiversidade*, em seu artigo 2º estabeleceu que “diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte;

compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas” (BRASIL, 2000, p. 09).

Diante deste cenário, o presente, a partir do referencial adotado, socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo Direito Ambiental e pelo Direito Administrativo Ambiental, concedendo especial importância à ótica constitucionalista que permeia o tema, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé. Além disso, o presente utiliza dos conceitos apresentados por Antonio Carlos Diegues no que toca às teorias conservacionistas do meio ambiente e as consequências para as comunidades tradicionais envolvidas no processo de reconhecimento e demarcação das unidades de conservação. De igual modo, o presente busca conjugar uma análise proveniente do entendimento da justiça ambiental, colhendo das discussões propostas por Henri Acelrad e Selene Herculano, sobretudo, no que se refere à caracterização da injustiça ambiental.

1. O processo de constitucionalização do meio ambiente no território nacional: apontamentos ao ideário de meio ambiente ecologicamente equilibrado

Ao se adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, bem como a problemática da forma mais adequada à promoção de sua conservação/preservação, necessário faz-se esquadrihar a concepção jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Verifica-se que aludido diploma legislativo, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, salta aos olhos que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação

concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Nesta linha, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, já salientou que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. (BRASIL, 2019b).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ao lado disso, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

É observável, ainda, que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 reconhece o direito difuso 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, explicitando, portanto, a solidariedade, inclusive entre gerações, como elemento orientador da tutela e salvaguarda do meio ambiente. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade (BRASIL, 2019a).

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, portanto, como

bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmagos essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra legitimação em compromissos e tratados internacionais, assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

2. Do preservacionismo ao ecomarxismo: painel às teorias conservacionistas do meio ambiente

O modelo de criação de áreas naturais protegidas, nos Estados Unidos da América, remonta meados do século XIX e é materializada numa das políticas preservacionistas mais empregadas pelos países subdesenvolvidos, incluindo-se o Brasil. Como bem aponta Diegues (2001, p. 11), a ideologia preservacionista está assentada na ótica que o homem atua como destruidor da natureza, logo, partindo de um contexto de acelerada expansão urbano-industrial norte-americano, eram propostas a criação de “ilhas” de conservação ambiental, dotada de grande beleza cênica, na qual o homem urbano pudesse apreciar a reverenciar a natureza selvagem, intocada. Simon (s.d., p. 01) acrescenta que “o movimento de criação de áreas naturais protegidas nos Estados Unidos foi influenciado por teóricos que criticaram a destruição das florestas provocada pelo avanço dos colonos para o oeste do país e as ações das madeiras e mineradoras contra as áreas naturais”.

Dessa forma, as áreas naturais protegidas se constituíram em propriedade ou espaços públicos. Verifica-se, dessa maneira, que o objetivo geral das áreas protegidas está em preservar espaços com atributos ecológicos importantes, sendo que algumas delas, como parques, são estabelecidas para que sua riqueza natural e estética seja apreciada pelos visitantes, não se permitindo, concomitantemente, a moradia de pessoas em seu interior. Neste sentido, Simon (s.d., p. 02) aponta que “até o final do século XIX, o objetivo de proteção das áreas naturais de uma forma geral, era garantir que os recursos naturais nela contidos, com destaque para paisagens de grande extensão, permanecessem em ‘estado original’ para usufruto da população”. Diegues, oportunamente, esclarece:

A concepção dessas áreas protegidas provém do século passado, tendo sido criadas

primeiramente nos Estados Unidos, a fim de proteger a *vida selvagem* (*wilderness*)

ameaçada, segundo seus criadores, pela civilização urbano-industrial, destruidora da natureza. A idéia subjacente é que, mesmo que a biosfera fosse totalmente transformada, domesticada pelo homem, poderiam existir pedaços do *mundo natural* em seu estado primitivo, anterior à intervenção humana. No entanto, mais do que a criação de um espaço físico, existe uma concepção específica de relação homem/natureza, própria de um tipo de naturalismo [...] (DIEGUES, 2001, p. 13).

Ainda sobre o preservacionismo, em uma conjuntura nacional, é interessante apontar que o conjunto de representações vinculado aos parques encontrou

terreno fecundo junto a geração de intelectuais brasileiros dos anos de 1930, atuantes em instituições científicas do Rio de Janeiro, porquanto se tratava de um momento de intenso nacionalismo e anseio de modernização do país, conjugado com a preocupação advinda da degradação da natureza pelo homem, o interesse da preservação de paisagens dotada de grande beleza cênica e a preocupação com as gerações futuras integravam a busca pela edificação de uma identidade e um projeto nacional. Esterci e Fernandez (2010, s.p.) apontam que “nas instituições científicas como o Instituto Oswaldo Cruz, o Museu Nacional e o Jardim Botânico, importantes debates se travaram a respeito da sociedade brasileira e sua relação com o meio natural”.

Ora, denota-se que a corrente do pensamento ecológico em exame apresenta uma clara conotação ecocêntrica, sendo, portanto, dotada de uma visão de natureza relacionada a um valor intrínseco, não podendo, em razão disso, servir aos interesses exploratórios do ser humano. Mais que isso, é buscada a preservação de áreas naturais, em decorrência do valor contido em si e não nos valores para o uso humano. Dessa forma, a preservação vindica um conjunto de métodos, procedimentos e ações que objetivam assegurar a proteção e a integridade de espécies, habitats, ecossistemas e dos processos ecológicos.

A teoria da conservação de recursos naturais, desenvolvida pelo engenheiro florestal Gifford Pinchot, apregoava o uso racional dos recursos. “Na verdade, Pinchot agia dentro de um contexto de transformação da natureza em mercadoria. Na sua concepção, a natureza é frequentemente lenta e os processos de manejo podem torna-la eficiente” (DIEGUES, 2001, p. 29), tendo três princípios norteadores: o uso dos recursos naturais pela geração presente; a prevenção de desperdício; e o uso dos recursos naturais para benefício da maioria dos cidadãos. É ofuscante que as ideias apresentadas pela teoria de Pinchot opunham-se à busca pelo desenvolvimento a qualquer custo e foi precursor do contemporâneo “desenvolvimento sustentável”. Ora, a grande aceitação desse enfoque repousa na premissa que se deve buscar o maior bem para o benefício da maioria, computando-se, em tal processo decisório, as gerações futuras, mediante a redução dos dejetos e da ineficiência na exploração e consumo dos recursos naturais não-renováveis, assegurando a máxima produção sustentável.

Esterci e Fernandez (2010, s.p.) destacam que os anos de 1970 foram caracterizados pela mudança do ambientalismo no campo internacional. Neste sentido, inclusive, Castells (1999) aponta o movimento ambientalista, com suas múltiplas correntes, passou a ter uma repercussão mundial, deixando de ser uma causa exclusiva de teóricos, pesquisadores ou

apaixonados pela natureza, passando a figurar como o ideário de uma nova maneira de conceber a relação entre economia, sociedade e natureza. Dessa forma, o ambientalismo foi materializado, aos poucos, por meio da convergência de movimentos que, conquanto distintos, partilhavam de uma leitura crítica e de contestação em relação à sociedade moderna, ao capitalismo e mesmo aos caminhos a serem trilhados pelo socialismo real. Estruturada em tal período histórico, a teoria da ecologia profunda propunha a ultrapassagem do nível factual da ecologia como ciência, aprofundando a perspectiva da consciência ecológica. Diegues pondera que foram desenvolvidos uma série de princípios básicos dessa linha de pensamento:

[...] a vida humana e não humana têm valores intrínsecos independentes do utilitarismo; os humanos não têm o direito de reduzir a biodiversidade, exceto para satisfazer suas necessidades vitais; o florescimento da vida humana e das culturas são compatíveis com um decréscimo substancial da população humana. O florescimento da vida não humana requer tal decréscimo; a interferência humana na natureza é demasiada; as políticas devem, portanto, ser mudadas, afetando as estruturas econômicas, tecnológicas e ideológicas (DIEGUES, 2001, p. 44).

Denota-se, portanto, que o enfoque preponderante está assentado em uma perspectiva biocêntrica, sofrendo substancial influência espiritualista, quer seja cristão, quer seja de religiões orientais, promovendo uma aproximação frequente a uma “quase adoração” do mundo natural. Para a teoria em destaque a natureza deve ser preservada por ela própria, independente da contribuição que as áreas naturais protegidas possam fazer ao bem estar humano. Neste sentido, Tapia (2008, p. 154) afirma que “*la propuesta del Ecologismo profundo toma como objeto de valor en sí mismo algo que supera al ente individual, la biosfera, pero igualmente lo considera en tanto forma parte del todo*”. A tendência ecologista adere também aos princípios dos direitos intrínsecos do mundo natural da nomeada liberação da natureza, grande importância aos princípios éticos que devem reger as relações travadas entre homem-natureza. Ao lado disso, cuida realçar que a ecologia profunda foi alvo de severas críticas dos ecologistas sociais, em especial no que toca à concepção do conhecimento apresentado pelos ecologistas profundos, afirmando ser inócuo pedir ao ser humano que pense como os elementos constituintes da natureza, eis que o ser humano só consegue raciocinar como ser humano, por mais solidário que seja em relação ao mundo natural e por mais que evite a promoção do antropocentrismo.

Já a teoria da ecologia social apresenta, a título de argumentação, que a

degradação ambiental está diretamente associada aos imperativos do capitalismo, vendo, tal como os marxistas, na acumulação capitalista como a força motriz causadora da devastação do planeta. “Os ecologistas sociais veem os seres humanos primeiramente como seres sociais; não como uma espécie diferenciada (como pretendem os ecologistas profundos), mas constituída de grupos diferentes como: pobres e ricos; brancos e negros; jovens e velhos” (DIEGUES, 2001, p. 45). Em outro viés, o ecologismo social critica a noção de Estado, propondo uma sociedade democrática, descentralizada e fundamentada na propriedade comunal. Assim, seguindo a vertente proposta pela teoria em destaque, o vocábulo *ecologia* deve ser empregado em uma acepção mais da natureza e da relação da humanidade com o mundo natural. Entrementes, seguindo uma ótica ecocêntrica, faz-se carecido considerar o equilíbrio e a integridade da biosfera como um fim em si mesmo, sendo que o homem deve mostrar um respeito consciente pela espontaneidade do mundo natural.

3. Caracterização do Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba: preservação do meio ambiente e degradação advinda da promessa de desenvolvimento econômico

Com destaque, a criação do Parque Nacional da Restinga de Jurubatiba corresponde não apenas a preocupação global de se conservar e proteger significativos exemplares de ecossistemas e espécies, como também às peculiaridades locais que estão intrinsecamente vinculadas à ocupação e desenvolvimento da região no qual se encontra a unidade de conservação. “A área de restinga que se estende pelos municípios de Macaé, Quissamã e Carapebus, no norte do Estado do Rio de Janeiro, e hoje conta com uma faixa de areia de 44 km e cerca de 17 lagoas costeiras”² (VAINER, 2010, p. 04), tal como toda a região norte fluminense, sendo alvo de intensas mudanças nas últimas décadas, em especial devido à expansão da indústria da exploração petrolífera. É interessante apontar que uma constante no desenrolar da ocupação e exploração foi a prática de se secarem ou drenarem as lagoas costeiras com o escopo de incorporar terras ao processo produtivo. Tal cenário é verificável com mais força a partir do século XIX, notadamente visando à instalação ou ampliação do cultivo de cana de açúcar ou de pastos. Ao lado disso, convém ponderar que a prática ora mencionada é verificada até contemporaneamente.

² Segundo o Instituto Chico Mendes, o Parque Nacional da Restinga de Jurubatiba fica situado no norte do estado do Rio de Janeiro, englobando área de Macaé, Carapebus e Quissamã. Possui 44 km de praias, sendo que neste trecho existem 18 lagoas costeiras de rara beleza e de grande ecológico.

Com o desenvolvimento da região, fazendas e, posteriormente, comunidades urbanas se instalaram nas proximidades dessas lagoas. Com o período das chuvas e a elevação do nível da água, as terras ao redor das lagoas são afetadas por enchentes e alagamentos. Fazendeiros e proprietários, então, empregam a abertura artificial de barras para escoamento da água, objetivando reduzir os impactos e prejuízos. Ao lado disso, o aterramento de lagoas também se constituiu como prática utilizada a fim de propiciar a ocupação dessas terras. “Recentemente, também a expansão da indústria turística, com a ocupação de praias e lagoas por casas de veraneio, a implantação de plantações de coco e abacaxi e a utilização de campos plantados para a criação de gado “ameaçaram” a preservação da área e atraíram a atenção de ambientalistas” (VAINER, 2010, p. 14-15), tal como de organizações da sociedade civil e do Poder Público para a necessidade de preservar a área.

Nesta linha de exposição, a atividade industrial, mais precisamente a atividade petrolífera, intensificada nos últimos anos, tem gerado diversos impactos econômicos, sociais e ambientais na região. Entre estes, destacam-se a ocupação desordenada do território, com aparecimento de bolsões de pobreza, a fragmentação da vegetação e a alteração dos ecossistemas naturais. A partir das ponderações articuladas, verifica-se o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico, advindo da instalação das indústrias em locais críticos, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de *desenvolvimento*. Neste aspecto, a acepção de “desenvolvimento” traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

“O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento” (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239). Constata-se, com clareza, que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na condição de ser dotado de

dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

Não é mais possível corroborar com a ideia de *desenvolvimento* sem submetê-la a uma crítica efetiva, tanto no que concerne aos seus modos objetivos de realização, isto é, a relação entre aqueles residentes nos locais onde são implantados os projetos e os implementadores das redes do campo do desenvolvimento; quanto no que concerne às representações sociais que conformam o *desenvolvimento* como um tipo de ideologia e utopia em constante expansão, neste sentido um ideal incontestável [...] O *desenvolvimento*— ou essa crença da qual não se consegue fugir —carrega também o seu oposto, as formas de organização sociais que, muitas vezes vulneráveis ao processo, são impactadas durante a sua expansão. É justamente pensando nos atores sociais (KNOX; TRIGUERO, 2011, p. 02).

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A reestruturação da questão “resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social” (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Justamente, neste espaço a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização. Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais

os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderação de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando com os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais. Paulo Affonso Leme Machado destaca, ao esquadrihar o conceito de desenvolvimento sustentável, que:

O antagonismo dos termos – desenvolvimento e sustentabilidade – aparece muitas vezes, e não pode ser escondido e nem objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuam no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos. De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental (MACHADO, 2013, p. 74).

É perceptível, dessa forma, a maneira que se deu a ocupação e o desenvolvimento do Norte Fluminense, em especial nos municípios de Macaé, Quissamã e Carapebus, calcados primeiramente na manufatura de cana de açúcar, pesca e pecuária, e depois na atividade industrial petrolífera e turística, agregados aos fatores naturais que, de certa forma, por muitos séculos, mantiveram preservada a área de restinga, foram determinantes na configuração de um cenário que culminou com a criação da unidade de conservação na restinga de Jurubatiba, como bem aponta Vainer (2010, p. 05). O Parque Nacional encontra-se localizado no nordeste do estado do Rio de Janeiro e dispõe de uma área litorânea de 14.860 hectares, abrangendo os municípios de Quissamã (65%), Carapebus (34%) e Macaé (1%). Sua criação, em 1998, foi fruto da mobilização de diversas organizações e pessoas, tendo sido precedida do reconhecimento, em 1992, como Reserva da Biosfera pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura), área geograficamente importante dentro de uma perspectiva socioambiental.

Observa-se que a iniciativa de preservar a área deu-se em função de Jurubatiba compreender a maior área de restinga do estado do Rio de Janeiro e ser tida como a mais bem preservada de todo o Brasil, caracterizando-se como uma importante área de preservação de ecossistemas naturais de grande importância ecológica. Um breve exame dos atos de legislação concernentes à proteção ambiental e criação de áreas protegidas no território nacional demonstra, de maneira ofuscante, que, em geral, a criação de unidades de conservação foi justificada como uma resposta conservacionista às ameaças dos recursos naturais, encontrando, portanto, sustentação, nas primeiras teorias conservacionistas do meio ambiente. O atual modelo de preservação ambiental adotado vislumbra a conservação dos diversos ecossistemas existentes, através da criação de áreas protegidas que garantam a conservação de áreas consideradas representativas desses diferentes ecossistemas e que contenham significativos exemplares de fauna e flora. Ora, a demarcação do Parque Nacional não se deu de maneira harmoniosa, despido de embates, mas sim desembocou uma série de conflitos socioambientais, em especial no Bairro Lagomar, localizado no Município de Macaé, e que será analisado na próxima seção.

4. O Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba: os conflitos socioambientais no Bairro Lagomar, Município de Macaé-RJ, e a materialização do movimento de injustiça ambiental

Em consonância com o artigo 11 da Lei nº 9.985/2000, os parques nacionais são unidades de conservação integral que possuem objetivo a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. Ao lado disso, a legislação prevê, ainda, a desapropriação de áreas particulares incluídas em seus limites, sendo a visitação e a pesquisa científica sujeitas às normas e regulamentos de cada unidade, devendo estar previstas em seu Plano de Manejo. Com destaque, há que reconhecer que as criações de unidades de proteção integral, na modalidade de “parques nacionais”, figuram no centro de uma série de conflitos socioambientais, que ainda hoje opõem as comunidades tradicionais e os administradores das unidades de conservação, pesquisadores e conservacionistas. Tal fato deriva da premissa que elas segregam comunidades dos ecossistemas que, até então, eram explorados com relativo equilíbrio, porquanto, no centro desta política, está uma ideologia que entende a relação homem-natureza como inevitavelmente predatória, não prevendo que formas tradicionais de manejo e exploração dos ecossistemas têm assegurado há séculos, ao mesmo tempo, a preservação

de áreas naturais, notadamente as áreas costeiras, e a subsistência de diversas populações tradicionais.

Assim, quando uma unidade de conservação é criada, pescadores, extrativistas, pequenos agricultores e outras comunidades se veem diante da incômoda situação de serem considerados criminosos ou infratores quando continuam a explorar seus territórios tradicionais “parques, monumentos naturais etc”. As relações entre gestores das unidades e os membros das comunidades afetadas acabam se tornando tensas, mesmo quando as entidades que representam as comunidades também fazem parte do conselho consultivo da unidade de conservação, como é o caso da Associação de Pescadores Artesanais da Lagoa de Carapebus em relação ao Parque Nacional da Jurubatiba (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019).

Em outro aspecto, há que se destacar que as unidades de conservação afetam diretamente o desenvolvimento urbano das áreas dos municípios situados dentro de seu perímetro, porquanto, concomitantemente, impedem a ocupação legal de novos moradores nesses locais, como também sustam a instalação de serviços públicos, afigurando como um freio à urbanização de ambientes naturais sensíveis e gerando problemas para quem já possuísse imóveis nas áreas incluídas que não sofreram a desapropriação. Tal situação, a título ilustrativo, é verificável com os veranistas e moradores que residem na Praia de Carapebus e com a comunidade do bairro Lagomar, localizado no Município de Macaé, porquanto, apesar de não dependerem da lagoa ou da restinga para assegurar sua sobrevivência. Denota-se que a utilização dos mencionados locais se dá apenas para fins de residência e que não possuem acesso a saneamento básico ou outros serviços devido ao fato de estarem localizados dentro de uma unidade de conservação federal ou em sua área de amortecimento. “Isto acaba também criando tensões entre a administração do parque e prefeitos, pois estes são constantemente pressionados pela população para que sejam atendidas demandas em áreas que estão fora de sua jurisdição ou condenadas a futuras desapropriações” (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019).

Ao lado disso, em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se, pois, de um discurso pautado na denúncia

de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupamentos sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. É imperioso explicitar que os aspectos econômicos se apresentam, no cenário nacional, como a flâmula a ser observada, condicionando questões socioambientais, dotadas de maior densidade, a um patamar secundário. Selene Herculano coloca em destaque que:

A temática da Justiça Ambiental nos interessa em razão das extremas desigualdades da sociedade brasileira. No Brasil, o país das grandes injustiças, o tema da justiça ambiental é ainda incipiente e de difícil compreensão, pois a primeira suposição é de que se trate de alguma vara especializada em disputas diversas sobre o meio ambiente. Os casos de exposição a riscos químicos são pouco conhecidos e divulgados, [...], tendendo a se tornarem problemas crônicos, sem solução. Acrescente-se também que, dado o nosso amplo leque de agudas desigualdades sociais, a exposição desigual aos riscos químicos fica aparentemente obscurecida e dissimulada pela extrema pobreza e pelas péssimas condições gerais de vida a ela associadas. Assim, ironicamente, as gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam a exposição desigual à poluição e o ônus desigual dos custos do desenvolvimento. (HERCULANO, 2008, p. 05).

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. Convém esclarecer que a privação a direitos básicos se dá em áreas com populações que são invisibilizadas e que são desvalidos de voz no processo decisório. Em muitos casos, os conflitos socioambientais são agravados pelo decurso do tempo existente entre a criação da unidade de conservação e sua efetivação, porquanto a ausência de recursos acaba postergando a criação do Plano de Manejo e a instituição de políticas que estabeleçam a limitação ou regulação da ocupação humana ou exploração sustentável dessas áreas. Ao lado disso, cuida salientar que tal cenário dificulta a contratação de funcionários responsáveis pela fiscalização, gerando uma situação em que as atividades extrativistas, a pesca ou a visitação ocorrem à margem da lei, sem o devido acompanhamento, convertendo pescadores e turistas em infratores.

Baruqui (2004, p. 71) esclarece que a invasão no Bairro Lagomar se deu no início da década de 1990, no loteamento denominado “Balneário Lagomar”, aprovado em 1976, prevendo a instalação de 427 (quatrocentos e vinte e sete)

sítios de recreio, com área mínima de 5000m² (cinco mil metros quadrados). Desde 1997, tramita no Ministério Público Federal de Campos dos Goytacazes um processo que denuncia o parcelamento ilegal da área supramencionada em lotes de 200m² (duzentos metros quadrados) ou menos, num processo que se caracteriza por uma ocupação desordenada, sem infraestrutura básica. Denota-se que, no processo de estruturação do Bairro Lagomar, surgiram invasões e loteamentos clandestinos, descaracterizando completamente a proposta original. Trata-se, portanto, de área caracterizada por concentrar uma população sem acesso a direitos essenciais e que se encontra emoldurada pela ausência ou pouca influência no processo decisório da tomada de decisões.

Ora, denota-se que a situação agravada pela ausência de planejamento urbano, eis que os pequenos e médios centros não estão adaptados ao surgimento de comunidades à margem da cidade oficial. As consequências dessa desorganizada ocupação dos núcleos urbanos ocultos são conhecidas: enchentes; assoreamento dos cursos de água, em decorrência do reiterado desmatamento e ocupação das margens; desaparecimento das áreas verdes para atender o fluxo migratório que se instalar nas áreas periféricas; desmoronamento de encostas, em razão da instalação não planejada. Meirelles (2000) frisa que a situação tende a piorar com o surgimento de epidemias sazonais, como as que ocorrem durante o verão. Ora, há que se reconhecer que o processo de industrialização não se dá em regiões no qual a elite social esteja instalada, mas sim em locais que a vulnerabilidade da população local é algo patente. Selene Herculano, com bastante pertinência, destaca que:

Os desastres ambientais não se resumem, porém, à dita fúria dos elementos da natureza. Há aqueles causados pela ação humana direta: vazamentos de produtos tóxicos e explosões, tanto em processos industriais quanto em operações de transporte. Estes desastres ambientais da ação humana direta também podem assumir tanto a forma aguda, abrupta, de algo que ocorre de repente, quanto a forma gradual, continuada, como, por exemplo, o envenenamento de trabalhadores agrícolas pelo manuseio constante de agrotóxicos e pesticidas. O lançamento e o abandono proposital de resíduos tóxicos e perigosos em terrenos baldios, nas margens de estradas vicinais de áreas pobres, são outros exemplos de um verdadeiro processo de construção social gradual e paulatina de catástrofes (HERCULANO, s.d.).

O projeto *Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*, desenvolvido pela Fundação Oswaldo Cruz (2019), noticia que, no ano de 2005, o Município de Macaé enfrentou um longo processo judicial para conseguir que parcela do bairro Lagomar fosse considerada fora da área

de amortecimento do Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba, permitindo que esse pudesse ser urbanizado e que reivindicações antigas das comunidades de baixa renda ali instaladas fossem atendidas, como o asfaltamento de ruas, drenagem e instalação de saneamento básico. O Bairro Lagomar é descrito como uma área industrial, responsável por sediar várias empresas que prestam serviço à área de petróleo da Bacia de Campos. Segundo Vainer (2010, p. 14) “Macaé é considerado o que mais exerce pressão e gera impactos à Unidade. O avanço do bairro Lagomar, que hoje alcança o limite imediato do Parque, assim como os empreendimentos industriais localizados na Zona Industrial de Cabiúnas, são apontados como as principais razões para essa situação”.

Mais que isso, a Política de Desenvolvimento Urbano de Macaé, a despeito de expressar uma preocupação com a necessária diversificação das atividades produtivas, parece orientar-se principalmente em direção às atividades relacionadas ao petróleo. Conseqüentemente, manifesta pouco interesse em vincular o desenvolvimento municipal às oportunidades eventualmente oferecidas pelo Parque Nacional, como assinala Vainer (2010, p. 14). O Bairro Lagomar encontra-se situado nas proximidades do centro da cidade, foi objeto de grande especulação imobiliária. Há cerca de 20 anos, várias áreas foram loteadas e vendidas sem autorização da prefeitura local. Nesses loteamentos, surgiram várias residências, o que foi transformando o bairro em área residencial, sem que o local contasse com infraestrutura para isso. “O bairro Lagomar é um dos maiores do município de Macaé e conta hoje com cerca de 30 mil habitantes” (VAINER, 2010, p. 14) e é habitado, majoritariamente, por população de baixa renda, cuja ocupação deu-se de forma espontânea e cresceu ao longo das últimas décadas em função, sobretudo, de migrantes que viram em Macaé a promessa de desenvolvimento e prosperidade.

Após a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), a área pôde sofrer intervenções da administração municipal, com o compromisso de que novas construções seriam impedidas e o crescimento da comunidade controlado. Desta forma, pode-se conciliar o bem-estar da população e o desenvolvimento urbano com a preservação do local. A prefeitura macaense tem realizado ações no sentido de conscientizar a população da necessidade de preservação da restinga e da manutenção da saúde ambiental do parque. Em 28 de março de 2009, foi organizado um mutirão de limpeza na área do Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2019).

Em que pesem os significativos avanços trazidos pelo Termo de Ajustamento de Conduta, a população do Lagomar ainda reclama da falta de saneamento no local. Ao lado disso, as obras desenvolvidas, após 2005, ainda, não foram suficientes para suprir a enorme carência do bairro, o que se reflete em

precárias condições de higiene, com pessoas consumindo água não tratada advindas de fossas e casas com banheiros externos, sem ligação com rede de água e esgoto.

Comentários finais

O processo de reconhecimento do meio ambiente como elemento indispensável ao desenvolvimento do ser humano, no território nacional, encontrou seu ápice com o movimento de constitucionalização e expressa salvaguarda da temática na redação do artigo 225 da Carta da República, sendo aquele içado à condição de direito transgeracional e indissociável da realização do ser humano. Ao lado disso, há que se reconhecer, em âmbito infraconstitucional, que o histórico legislativo de salvaguarda do meio ambiente, claramente, encontra sustentação nas teorias conservacionistas ecológicas, em especial a teoria preservacionista e a teoria conservacionista dos recursos naturais, as quais, inclusive, passam a sustentar e a nortear a aplicação das disposições do Sistema Nacional de Unidades de Conservação e as diversas espécies previstas nesse sistema. Dentre as espécies ora aludidas, cuida destacar que a modalidade *parque nacional*, na qual se enquadra o objeto do presente, são caracterizador pela conservação integral e que possuem objetivo a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Nesta linha, a criação do Parque Nacional da Restinga de Jurubatiba corresponde não apenas a preocupação global de se conservar e proteger significativos exemplares de ecossistemas e espécies, como também às peculiaridades locais que estão intrinsecamente vinculadas à ocupação e desenvolvimento da região no qual se encontra a unidade de conservação. Contudo, o esforço preservacionista/conservacionista contido na criação do parque não veio desacompanhado de um sucedâneo de conflitos socioambientais nos municípios diretamente afetados pela demarcação do parque. Dentre tais embates, é possível fazer alusão ao conflito existente no Bairro Lagomar, localizado no Município de Macaé, e que experimenta uma série de privações ao acesso à infraestrutura básica, em decorrência de concentrar uma população desvalida no processo da tomada de decisões e que ocuparam de maneira desordenada a área de amortecimento. Neste sentido, diante dos aportes utilizados para subsidiar a argumentação em tela, verifica-se que os quadros de injustiça ambiental encontram sedimento amplo no território nacional, motivado, sobretudo, nos pequenos e médios centros urbanos, cujo histórico de concentração de renda e de inchaço da

população menos abastada é algo característico da formação local, agravando, ainda mais, com a promessa de desenvolvimento e dinamicidade da economia.

Referência:

- ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000100010&script=sci_arttext>. Acesso em 31 mar. 2019.
- ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Ettinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- BARUQUI, Solange Silva Carvalho. *A cidade formal e a cidade informal em Macaé: uma análise do crescimento habitacional na década de 90*. 2004. Dissertação (Mestrado em Planejamento Regional e Gestão de Cidades) – Universidade Candido Mendes, Campos-RJ. Disponível em: <http://cidades.ucam-campos.br/images/arquivos/dissertacoes/2004/solange_baruqui_17-12-04.pdf>. Acesso em 31 mar. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- BRASIL. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2000.
- BRASIL. *Instituto Chico Mendes: Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba*. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/o-que-fazemos/visitacao/ucs-abertas-avisitacao/2593-parque-nacional-da-restinga-de-jurubatiba.html>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 31 mar. 2019a.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 mar. 2019b.

- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. v. II. GERHARDT, Klaus Brandini (trad.). São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DIEGUES, Antonio Carlos Santana. *O mito moderno da natureza intocada*. 3 ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 2001.
- ESTERCI, Neide; FERNANDEZ, Annelise. O legado conservacionista em questão. *Revista Pós-Ciências Sociais*, v. 6, n. 12, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgcsoc.ufma.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, v.3, n.1, Artigo 2, jan.-abr. 2008, p. 01-20. Disponível em: <http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod_artigo=113>. Acesso em 31 mar. 2019.
- HERCULANO, Selene. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. *Revista Nova América*, n. 111, s.d. Disponível em: <<http://www.novamerica.org.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- KNOX, Winifred; TRIGUEIRO, Aline. Quando o desenvolvimento *outsider* atropela o envolvimento dos *insiders*: um estudo do campo de desenvolvimento no litoral do ES. In: I Circuito de Debates Acadêmicos. *ANAIS...*, 2011, p. 01-20. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MEIRELLES, Sérgio. A Explosão Urbana. *Revista Ecologia e Desenvolvimento*, 2000, a. 10, n. 85, p. 12-19. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br>>. Acesso em 31 mar. 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SIMON, Alba Valéria Santos. *Conflitos na conservação da natureza: o caso do Parque Estadual da Serra da Tiririca*. Disponível em:

<http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT08/alba_simon.pdf>. Acesso em 31 mar. 2019.

TAPIA, Francisco J. Ugás. Ecologismo profundo y utilitarismo de intereses como marcos teóricos que justificam la existênciã de los derechos de los animales. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 8, jul. 2008, p. 135-179. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n08/08-08.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2019.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VAINER, Alice Giacomini. Ordenamento territorial e conflitos no Parque Nacional de Restinga de Jurubatiba. In: V Encontro Nacional da ANPPAS. *ANAIS...*, Florianópolis-SC, 04-07 out. 2010, 01-20. Disponível: <<http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT16-421-349-20100903000806.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2019.

MISCELÁNEA

La Cooperación Técnica Internacional Teoría, Práctica y Propuestas (*)

About International Tecnic Cooperation Theory, Practice and Proposals

Benito Roberto Villanueva Haro¹

Sumario: Introducción. **1.** Dimensiones de la Cooperación Internacional. **2.** Dimensión integracional, internacional e interlocal. Integracional e Internacional. **3.** Situación Actual de la Cooperación en el Perú. **4.** Situación Actual de la Cooperación Internacional en la Municipalidad Metropolitana de Lima. **5.** Política Pública de Internacionalización. **6.** Plan estratégico para la internacionalización de la ciudad de Lima. **7.** Experiencias internacionales de Internacionalización de las ciudades. **8.** Gerencia de la Cooperación Internacional y Relaciones Internacionales en la Municipalidad Metropolitana de Lima. – Conclusiones. – Recomendaciones. – Referencias.

(*) Recibido: 04 abril 2019 | Aceptado: 30 mayo 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Abogado con estudios de Doctorado en Derecho (USMP) y Graduado de Maestría en Negocios (USMP. Post Grado en Administración Gerencial, Dirección Funcional e Integración Gerencial (ESAN). Especialista en Derecho Penal de la Función Pública por el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Especialista en Contrataciones con el Estado – OSCE. Especialista en Derechos Humanos por American University Law Washington College Of Law y la USMP. Especialista en Procesal Penal por la Universidad Católica de Chile y la USMP. Arbitro. Experiencia Profesional como Asesor Legal de entidades estatales y privadas. Ex Regidor y Presidente de Comisión de Seguridad Ciudadana y Defensa Civil de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Actualmente Subgerente de Cooperación Técnica Internacional de la Gerencia de Planificación de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

benito.villanueva.haro@hotmail.com

Resumen: El presente trabajo de investigación tiene un multipropósito, primero el conocer la situación actual de la cooperación en la Ciudad de Lima, el rol que desempeña la Agencia Peruana de Cooperación Internacional- APCI y la situación actual de la cooperación técnica internacional en la Municipalidad Metropolitana de Lima, los órganos encargados de conducir la cooperación como la Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales y la Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional, a su vez, definiré y esbozaré los orígenes de la cooperación y su evolución, lo cual permitirá crear conocimientos previos que ayuden a materializar las propuestas de internacionalización, la necesidad de crear una política pública de internacionalización y la importancia de crear un cambio organizacional mediante la creación de una Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales, como órgano especializado en conducir la cooperación en la Municipalidad Metropolitana de Lima. Se propone, desarrollar un Plan Estratégico para la Internacionalización de la ciudad de Lima recogiendo la experiencia y proyectos desarrollados por otras ciudades.

Palabras Claves: Cooperación Internacional, Municipalidad Metropolitana de Lima, Subgerencia de Cooperación Internacional, Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales, Ordenanza Municipal, Gerencia de Cooperación Internacional.

Abstract: This research work has a multipurpose, first to know the current situation of cooperation in the City of Lima, the role played by the Peruvian Agency for International Cooperation - APCI and the current situation of international technical cooperation in the Metropolitan Municipality of Lima, the bodies in charge of conducting cooperation such as the Metropolitan Commission for Cooperation and International Relations and the Sub-Directorate for International Technical Cooperation, in turn, will define and outline the origins of cooperation and its evolution, which will allow the creation of prior knowledge that will help to materialize internationalization proposals, the need to create a public internationalization policy and the importance of creating an organizational change through the creation of a Cooperation and International Relations Management, as a specialized body to conduct cooperation in the Metropolitan Municipality from Lima. It is proposed to develop a Strategic Plan for the Internationalization of the city of Lima, collecting the experience and projects developed by other cities.

Keywords: International Cooperation, Metropolitan Municipality of Lima, International Technical Cooperation Department, Metropolitan Commission of International Relations and Cooperation, Municipal Ordinance, Division of International Cooperation.

Introducción

La Cooperación aparece desde que el hombre se organiza, primero para cooperar entre sí y luego en el acto de tributar, este último sostendrá el mejoramiento y desarrollo de toda sociedad organizada.

En el presente trabajo, para empezar se esboza cinco dimensiones que explican la presencia e importancia de la cooperación, en el ambiente histórico - económico, religioso, tecnológico e integracional; así como las diversas modalidades de cooperación vigentes. Enseguida se definirá la Cooperación para el Desarrollo y la Cooperación Técnica Internacional, identificando los diversos tipos de cooperación entre países y ciudades. Luego, se explica la situación actual de la Cooperación en el Perú, a través de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI). Continuando, se analizará la situación actual de la Municipalidad Metropolitana de Lima en términos de cooperación internacional a nivel ciudad; con la creación de la Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales y el trabajo de la Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

En los siguientes párrafos se mencionarán las experiencias internacionales de otras ciudades del mundo donde se implementaron estrategias y proyectos que buscaban su internacionalización. Se expresará la importancia de formular un Plan Estratégico para la Internacionalización de Lima. Se desarrollará la importancia una Política Pública de Internacionalización, que actualmente no ha sido formulada para la ciudad de Lima, proponiéndose la creación de la Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales. Por último, se desarrollará la propuesta para gestionar la cooperación en la Municipalidad Metropolitana de Lima, definiendo las facultades y la estructura organizacional de la mencionada Gerencia, a fin de lograr la óptima obtención de los beneficios que ofrecen los diferentes programas de cooperación internacional en el mundo.

1. Dimensiones de la Cooperación Internacional

El hombre gracias a su capacidad cognitiva, volitiva y creativa ha aprendido a convivir, desarrollar nuestro progreso en actos y actividades de cooperación mutua.

Para el presente trabajo, la cooperación internacional tiene cinco dimensiones: Dimensión Histórica-Económica, Dimensión Religiosa, Dimensión Tecnológica y la Dimensión Integracional, internacional e interlocal.

1.1 Dimensión Histórica

Los imperios egipcios, griegos, romanos, persas, otomanos, mongoles, asirios, Hunos, Barbaros, Incas, Mayas, entre otras civilizaciones antiguas, sustentaban el mantenimiento de su territorio, su poder y su pueblo, en el tributo, como fuente de financiamiento de guerras, soldados, seguridad, murallas, palacios, caminos, puentes, mejoramiento de la ciudad, alimento, templos, para su pueblo, quienes ostentaban el poder debían en contraprestación otorgar beneficios, caso contrario se enfrentaban a guerras civiles, revoluciones y el levantamiento de los ciudadanos, esclavos o extranjeros conquistados o libres.

En el Imperio Incaico, la cooperación, se presentó en el: ayni², minka, y mita³, las cuales eran formas de trabajo para ayudar a los miembros del ayllu, el estado Inca y al Inca.

Como hemos descrito, el tributo era y es un forma de cooperación para mantener el desarrollo y progreso de toda ciudad y civilización, es por ello, que en el transcurso de la historia, se va justificando el aumento de la recaudación, conllevando a que plebeyos, esclavos, indios o conquistados se les incorporara como ciudadanos, con el fin de poder contribuir económicamente al sostenimiento de la ciudad, nación o estado como se denominara en cada tiempo, otro elemento importante eran los censos, que tenían como propósito, el identificar quienes estaban dentro de la

² El ayni consistía en un sistema de reciprocidad entre miembros del ayllu. Es decir, un grupo de personas brindaría ayuda a miembros de una familia en temas de agricultura o construcción, esperando la misma ayuda cuando sea necesitada y recibiendo comida y bebidas durante los días de trabajo. Gracias a este tipo de cooperación, se promovió la organización del ayllu y su sostenibilidad económica. Actualmente, muchas comunidades campesinas del Perú mantienen vigente esta tradición.

³ Se conoce como mita al sistema de trabajo en favor al Estado Imperial del Tahuantinsuyo. Por turno, miembros de la sociedad incurrieron en labores de construcción de templos, puentes, centros administrativos, acueductos, caminos, minas, etc. Fue la forma más básica de cooperación en el Imperio Incaico.

jurisdicción de quien ejercía el poder, declarando sus bienes, ubicación y número de integrantes de la familia, una vez realizado el censo, se hacía una valoración de la fortuna y patrimonio, a fin de lograr una tributación, entre comillas “justa”.

En la época contemporánea, la primera guerra mundial dejó una de las primeras malas experiencias en temas internacionales, el *Tratado de Versalles*, suscrito el 28 de junio de 1919, tratado de paz que significó el fin de la Primera Guerra Mundial⁴ y actuó como una de las primeras muestras de cooperación en busca del bien común, con el objetivo de alcanzar la paz en Europa a través de alianzas en materia social, territorial y demográfica, sin embargo, Alemania entró en un estado de ruina que en poco tiempo demostró ser perjudicial para el desarrollo de la sociedad europea. Con el pasar de los años, el concepto de cooperación fue imponiéndose, teniendo su primer gran avance en 1924 cuando el canciller alemán Stresemann, llegando a un acuerdo con franceses y británicos, formuló el Plan Dawes a fin de fijar un nuevo y realizable nivel de pago de reparaciones alemanas.⁵ Dicho plan fue aceptado por Francia y Bélgica.⁶

La Segunda Guerra Mundial tuvo consecuencias de mayores que la Primera Guerra Mundial, por lo que era necesario que las autoridades idearan un plan de ayuda económica internacional. Así surge el Plan Marshall, el cual se ofreció inicialmente a todas las naciones europeas, incluida la entonces Unión Soviética; pero solo llegó de manera oficial a dieciséis (16) países ascendiendo a 13 000 millones de dólares.⁷

1.2 Dimensión religiosa

Desde la fundación de la Iglesia con el apóstol Pedro, la legalidad de la cristiandad por Constantino, con el Edicto de Milán, en el año 313, y luego por Teodosio a través del Edicto de la Tesalónica, conocido como “A todos los pueblos, el 27 de febrero del año 380, el cristianismo se convirtió en la religión oficial del imperio romano, y luego la Iglesia Católica tomaría el poder de las relaciones internacionales entre estados y autorizaciones para descubrimientos, guerras santas, alianzas matrimoniales, límites territoriales, la evangelización de los indios, juzgamientos de herejes y otros aspectos de

⁴ “El Tratado de Versalles y sus antecedentes”, recuperado de <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf>

⁵ Parker, R.A.C. Historia universal siglo XXI, siglo XX, Europa 1918-1945. Siglo XXI de España editores S.A.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Marshall Plan, 1948. Office of the Historian. Gobierno de los Estados Unidos. Recuperado de <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/marshall-plan>

la vida social, cultural y artística de la humanidad. En la época contemporánea, la Iglesia contribuye a la cooperación entre países para resolver sus conflictos de forma pacífica, ayuda y asistencia a damnificados por desastres naturales, mediadores en conflictos armados, sociales e interviene en ciertas ocasiones en temas de sensibilidad social como el aborto, la eutanasia, el matrimonio homosexual, adopto gay, opiniones sobre las políticas de estado, igualdad de género, crímenes de odio, derechos humanos entre otros.

A nivel mundial, la Iglesia en cooperación con los Estados ha podido construir; en África escuelas primarias y secundarias, hospitales, casas para ancianos, enfermos crónicos y minusválidos, orfanatos, asimismo América ha construido escuelas maternas, hospitales y orfanatos, de igual forma ocurre en Europa, Asia y Oceanía.

La Iglesia a través de la cooperación, ya sea con los estados o entre iglesias, ha podido ayudar a las personas dándoles nuevas oportunidades de vivir de forma digna.

1.3 Dimensión Tecnológica

El desarrollo de la tecnología se ha dado en distintas velocidades y aspectos según país a lo largo de los años. “En la Edad de Piedra, por ejemplo, los recolectores y cazadores de la época descubrieron el fuego, que pudo mejorar la obtención y preparación de sus alimentos. Este es considerado el mayor aporte tecnológico a futuro de la época. Luego, en el Antiguo Egipto, se construyeron maquinas simples como la palanca o el plano inclinado, que fueron avances en el sector construcción. En Roma, se inició la construcción de edificaciones como acueductos, baños públicos, criptas, puentes de piedra, entre otros; mientras que en la India se descubrió la destilación y purificación de líquidos, así como la creación de tintes vegetales.”⁸

En el Perú, la entidad encargada de coordinar con los diferentes sectores pertenecientes al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnológica (SINACYT), es el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC), a través de sus programas de investigación, dentro de los más importantes están: Horizonte 2020; el cual es un programa de investigación e innovación ejecutado por la Unión Europea, que facilita la investigación básica, desarrollo de tecnologías, proyectos de demostración, líneas piloto de fabricación, innovación social, la transferencia de tecnología, prueba de concepto, normalización, apoyo a las compras públicos pre-

⁸ Derry T. K; Williams, T “Historia de la Tecnología 1. Desde la antigüedad hasta 1750.” Madrid, 1977.

comerciales, capital de riesgo y sistema de garantías, el programa MATH AmSud es una iniciativa de la cooperación francesa y sus contrapartes de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Ecuador y Venezuela, orientada a promover y fortalecer la colaboración y la creación de redes de investigación y desarrollo en el ámbito de las matemáticas, a través de la realización de proyectos conjuntos, asimismo, a través de la cooperación tecnológica, que se da a través de convenios internacionales diseñados para desarrollar y fortalecer la colaboración entre dos países o más, en el campo de la investigación científica y tecnológica, se crea ERANet-LAC, el cual es la red de la Unión Europea y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y caribeños para actividades conjuntas de Innovación e Investigación.

Asimismo, en los últimos años se ha estado implementando diversos programas para la cooperación tecnológica, dentro los cuales están; el Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnológica para el Desarrollo (CYTED), el cual es un programa intergubernamental de cooperación multilateral en ciencia y tecnología, diseñado para fomentar la cooperación en la investigación e innovación para el desarrollo de la región iberoamericana, fue creada en 1984 a través de un acuerdo marco institucional firmado por 19 países de América Latina, España y Portugal, y desde 1995, se encuentra formalmente incluido entre los programas de cooperación de las cumbres iberoamericanas de jefes de estado y de gobierno.

2. Dimensión integracional, internacional e interlocal.

Integracional e Internacional

Los bloques económicos permiten evaluar y aprobar acuerdos económicos que posibiliten el intercambio comercial entre los miembros beneficiando así las distintas negociaciones globales entre los bloques e impulsando un crecimiento internacional y nacional.

Entre los bloques económicos más importantes están Duarte (2014):

Mercosur o también llamado Mercado Común del Sur, el cual fue constituido oficialmente en el año 1991, con la firma del Tratado de Asunción. Este tratado entra en vigor el 01 de enero de 1995, siendo su sede administrativa en Montevideo (Uruguay). Sus principales objetivos son: i) Crear mecanismos para reducir los aranceles entre los países miembros, ii). Integración y consolidación de un espacio económico progresivo en toda Latinoamérica, iii) Desarrollar el libre comercio en el hemisferio occidental.

La Unión de Naciones Suramericanas o también conocida por su acrónimo UNASUR, es un organismo internacional que fue creada en el 08 de

diciembre del 2004, con el nombre de Comunidad Suramericana de Naciones (CSN); sin embargo, en abril del 2007, durante la Cumbre Energética Suramericana, que se llevó a cabo en la Isla Margarita en Venezuela, los jefes de Estado cambiaron el nombre de Comunidad Suramericana de Naciones a Unión de Naciones Suramericanas. Por otro lado, UNASUR, tiene como objetivo principal, construir un espacio de integración cultural, económico y político, respetando la realidad de cada nación.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es un acuerdo de libre comercio entre los países de Canadá, México y los Estados Unidos, cuyo objetivo principal es crear una zona de libre comercio. La Alianza del Pacífico, el cual es un mecanismo de articulación política, económica, de cooperación e integración que busca encontrar un espacio para impulsar un mayor crecimiento y mayor competitividad de las cuatro economías que la integran, las cuales son: Chile, Colombia, México y Perú.

La Comunidad Andina de Naciones, organismo regional creado en el año 1969 con el acuerdo de Cartagena. Su principal objetivo es la de alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina.

La Unión Europea, es una comunidad política de organización internacional nacida para propiciar y acoger la integración y gobernanza común de los Estados y los pueblos de Europa, fue establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea el 01 de noviembre de 1993.

Caribbean Community o Comunidad del Caribe, también conocida por su acrónimo CARICOM, es una organización fundada en el año 1973 por el Tratado de Chaguaramas (Venezuela) en sustitución de la Asociación Caribeña de Libre Cambio. Su principal objetivo es la cooperación económica a través del Mercado Común del Caribe.

Actualmente, el Perú es considerado como el consorte de distintos acuerdos comerciales o Tratados de Libre Comercio (TLC), gracias a estos tratados se logra reforzar los mercados para los productos peruanos, así como también fomenta a generar más y mejores empleos, tenemos por ejemplo: Tratado de Paz y Amistad entre Perú y Chile, suscrita el 20 de octubre de 1883; Tratado Preliminar de Paz y Amistad entre Perú y Bolivia, suscrito el 07 de junio de 1842; La Convención postal entre la República del Perú y Gran Bretaña suscrita en Lima el 13 de agosto de 1851; La Convención Fluvial sobre Comercio y Navegación entre Perú y Brasil suscrita en Lima el 23 de octubre de 1851; El Tratado de Extradición entre Perú y Gran Bretaña, suscrito en Lima el 26 de enero de 1904; Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito en Lima el 30 de septiembre de 1924; Tratado de Libre Comercio

entre la República de Perú y la República Popular China suscrita el 28 de abril del 2009; entre otros.

Cabe destacar que el Perú ha suscrito tratados internacionales en materia de derechos humanos, tales como: La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante el plenario general N° 409, el 20 de diciembre de 1952; La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la cual fue adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre del 1965 y entró en vigor el 04 de enero de 1969, La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la cual fue suscrita en Viena (Austria) 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el día 27 de enero de 1980 y que fue ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, siendo su entrada en vigor el 14 de octubre del 2000; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2220 A (XXI), de 16 diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 03 de enero de 1976; La Convención de Derechos del Niño, firmado en el año 1989, a través del cual se enfatiza que los niños tiene los mismos derechos que los adultos.

Interlocal

Existe un Derecho Local Internacional basada en la autonomía internacional de los gobiernos locales, el cual regula las relaciones entre gobiernos locales de diferentes países. Hoy en día un gobierno local no puede ejercer sus competencias, prestar los servicios públicos que le corresponden, promocionar su capacidad productiva, desarrollar el modelo de ciudad que quiere impulsar, sin entrar en una dinámica de relaciones internacionales. A continuación, se muestra el proceso del reconocimiento de los gobiernos locales como sujetos de cooperación.

A partir de 1992, se han ido lanzando diferentes programas regionales específicos de apoyo a la cooperación descentralizada, a finales de la década del 2000, se contabilizaba ya un mínimo de 1 300 relaciones bilaterales establecidas entre gobiernos locales europeos y sus homólogos latinoamericanos, y se identificaba una veintena de redes eurolatinoamericanas que agrupan a 1 250 municipios y gobiernos subnacionales.

3. Situación Actual de la Cooperación en el Perú

En 1971 se constituyó en el Perú, un sistema administrativo para el manejo de la cooperación técnica internacional, articulada desde el Ministerio de Relaciones Exteriores y del Instituto Nacional de Planificación, diseñado en el contexto de una renovación en la política exterior. Actualmente, el Perú tiene la categoría de País de Renta Media lo cual nos convierte en candidatos a recibir sólo Cooperación Reembolsable, teniendo un rol de país dual, es decir, un país que busca la cooperación de la comunidad internacional pero que además tiene la responsabilidad simultánea de ofrecer cooperación técnica a otros países de su mismo o distinto nivel de desarrollo con un enfoque de horizontalidad, que beneficie a todos.

La cooperación proviene de Gobiernos a través de Embajadas, Agencias especializadas (Bilateral) y Organismos Multilaterales (Multilateral) tales como la AECID, COSUDE/SECO, GTZ, JICA, ACDI, USAID, KOICA, OEA, PNUD, UNICEF, OIM, OIT, entre otras.

En el Perú, la Cooperación Internacional representa el 2% del presupuesto anual del país y el 0,5% del PBI nacional; su importancia se sustenta en la cantidad y calidad de las intervenciones ejecutadas, a su vez hemos asumido compromisos internacionales, tales como la Declaración del Milenio, el Consenso de Monterrey, la Declaración de Roma sobre Armonización, la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo, el Programa de Acción de Accra y, la Alianza de Busan para la Cooperación Eficaz al Desarrollo.

4. Situación Actual de la Cooperación Internacional en la Municipalidad Metropolitana de Lima.

La Municipalidad Metropolitana de Lima ha buscado constantemente mantener y aumentar las relaciones de cooperación con ciudades e instituciones internacionales de carácter público o privado, a fin de ampliar la red de contactos que contribuyan al crecimiento económico, social, cultural, etc. de la ciudad, logrando alianzas estratégicas para postulaciones a fondos concursables.

La Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional, fue el organismo de asesoramiento técnico para la creación de la primera Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales en la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el año 2015, siendo la primera medida institucional adoptada por la Municipalidad Metropolitana de Lima para fortalecer su presencia internacional, la cual fue creada por la Ordenanza Municipal N°1875, de fecha 28 de febrero de 2015, siendo

presidida hasta la actualidad (2018) por el Regidor Metropolitano, Jaime Eduardo Salinas Lopez-Torres, quien la propuso y ha logrado ser el intermediario para lograr obtener resultados de la cooperación internacional hacia la Municipalidad Metropolitana de Lima.

4.1 Órganos de Línea para la Cooperación Internacional

Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales

La Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales fue creada con la Ordenanza Municipal N°1875, de fecha 28 de febrero de 2015, y es el órgano encargado de evaluar las políticas y planes institucionales de cooperación Técnica Internacional para impulsar el desarrollo local, proponer iniciativas legislativas y de cooperación.

Asimismo, cabe destacar que el trabajo desarrollado los primero cuatro periodos anuales por parte de la indicada Comisión, no ha irrogado gasto alguno al presupuesto municipal, las acciones internacionales que desarrolla se financian gracias a invitaciones y esfuerzos, de la Presidencia de la Comisión Metropolitana de Relaciones Internacional.

Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional

En el caso de los órganos de la Municipalidad Metropolitana de Lima, atendiendo a lo señalado en el artículo 108° del ROF vigente aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 812, se establece lo siguiente:

“Artículo 84.- La Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional, es la unidad orgánica responsable de conducir los procesos de cooperación técnica internacional y de gestión de las relaciones internacionales en la Municipalidad Metropolitana de Lima.” (Reglamento de Funciones y Organización de la Municipalidad Metropolitana de Lima, 2018)

Por lo referido, la Subgerencia en mención ha implementado cuatro Directivas necesarias para gestionar la Cooperación Internacional en la Municipalidad Metropolitana de Lima:

1. La Directiva N°001-2016-MML-GP “Normas y Procedimientos para la gestión de Convenios de Cooperación en la Municipalidad Metropolitana de Lima”.
2. La Directiva N°004-2018-MML-GP “Normas y Procedimientos para aceptar donaciones a favor de la Municipalidad Metropolitana de Lima”.
3. La Directiva N°003-2017-MML-GP “Normas y Procedimientos para Postular a Becas y Capacitación Internacional a favor de los

Funcionarios y servidores civiles de la Municipalidad Metropolitana de Lima”.

4. La Directiva N°003-2018-MML-GP “Normas y Procedimientos para la gestión de Documentos de Cooperación Internacional en la Municipalidad Metropolitana de Lima”, aún en proceso.

La Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional, a través de Convenios, Hermanamientos y Donaciones, ha desarrollado múltiples proyectos sin que le genere un mayor gasto al presupuesto de la Municipalidad.

La Municipalidad Metropolitana de Lima suscribe Convenios con Municipalidad Regionales, Provinciales, Distritales, Ministerios, Instituciones públicas, privadas o mixta, nacionales e Internacionales, por ejemplo el año 2017 se suscribió un Convenio con la Universidad Francisco de Vitoria, con la finalidad de brindar oportunidades de estudios a jóvenes de alto rendimiento académico, a su vez, se suscribió un Convenio con SUNARP, a fin de que esta tenga mayor presencia en los distritos de Lima Metropolitana y pueda brindar mayor atención a la población en temas prediales. Asimismo, se manifiesta que la Municipalidad Metropolitana de Lima desde el 2015 ha suscrito más de 100 Convenios con diferentes instituciones.

Por otro lado, la Municipalidad Metropolitana de Lima hasta la fecha ha suscrito Hermanamientos con ciudades como Kuwait- Tailandia, Moscú, Shanghái, Santiago de Chile, Florida- USA, Madrid, entre otros. Además, se están gestionando nuevos hermanamientos con ciudades como Shanghái, Curitiba, Zagreb.

Dentro de los Hermanamientos más resaltantes se encuentran:

Hermanamiento con el Gobierno de Moscú



El Hermanamiento con Moscú ha permitido obtener diversos beneficios para la Municipalidad Metropolitana de Lima, entre ellos se encuentra el acceso a becas y cursos, fomentar la cultura Rusa en nuestro país, así como presentar alternativas de solución para los diferentes problemas de Lima

Metropolitana, entre ellos, el transporte público, la planificación urbana y la seguridad ciudadana.

El hermanamiento permitió que tres escolares talentosos viajaran a la ciudad de Moscú en Rusia para participar de las Megaolimpiadas Escolares Mundiales 2017, las cuáles se realizaron el 4 y 9 de setiembre del 2017, la delegación peruana fue encabeza por el Regidor Metropolitano, Jaime Eduardo Salinas Lopez Torres, cabe destacar que los costos de estadía y traslado en la ciudad de Moscú fueron asumidos por los organizadores del certamen, por ser un evento desarrollado dentro del marco del Hermanamiento sin gasto para la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Hermanamiento con la Municipalidad de Shanghai

La Municipalidad de Shanghai visitó la ciudad de Lima, a principio del año 2018, en el cual el Alcalde de esa ciudad, mostró su interés en suscribir un Hermanamiento⁹ con la Municipalidad Metropolitana de Lima- MML, motivo por el cual, el Presidente de la Comisión Metropolitana de Cooperación y Relaciones Internacionales de la MML, el regidor Jaime Salinas, junto a los demás órganos municipales, logró gestionar la aprobación de la suscripción del Hermanamiento, mediante el Acuerdo de Concejo N°192, de fecha 24 de mayo de 2018.

La suscripción del Hermanamiento, permitió a la MML recibir una donación de tres vehículos eléctricos, 2 autos y 1 band, juntos a sus repuestos y estaciones eléctricas, participar de la Feria Económica Internacional de Shanghai, logrando además que la Municipalidad de Shanghai otorgara 06 pasajes y todos los gastos pagados a 05 alumnos y un profesor de Lima Metropolitana, a fin de que logren asistir al Campamento Internacional de Shanghai, el cual reúne a estudiantes de todo el mundo, con la finalidad de crear un espacio de intercambio de conocimientos entre alumnos y profesores.

5. Política Pública de Internacionalización

Actualmente, Lima no cuenta con una política pública de internacionalización de la ciudad, es por ello que al formularse debe estar alineada al Plan de Gobierno, tanto municipal como nacional.

Para lograr la proyección de una ciudad hacia el exterior, es importante formular políticas públicas sustentables, inclusivas, seguras y atractivas, que atiendan necesidades puntuales para mejorar la calidad de vida y la situación de la ciudad, y que involucren a la ciudadanía, la empresa privada, autoridades, medios de comunicación etc. a fin de tomar decisiones,

⁹ Documento de Cooperación Internacional, mediante el cual se manifiesta la voluntad de ambas partes para cooperar y desarrollar actividades en temas culturales, económicos, educación y deportes.

escuchando a todos los actores participantes, siendo necesarias promover y gestionar con liderazgo alianzas público-privadas para la inversión de recursos en proyectos de transporte, infraestructura, telecomunicaciones, etc.; con el fin de aumentar la competitividad de la ciudad para una mayor atracción internacional.¹⁰

6. Plan estratégico para la internacionalización de la ciudad de Lima

Actualmente Lima, no cuenta con plan estratégico de internacionalización aprobado para la ciudad, este Plan debe tener como misión “*posicionar e internacionalizar a la Ciudad de Lima en el Mundo*”, teniendo como visión “*mejorar la competitividad internacional y las relaciones internacionales de la ciudad de Lima*”.

El Plan es una guía para lograr mejorar y reforzar los indicadores que permitan tener una ciudad más segura, inclusiva, educativa, atractiva, innovadora y saludable, gestionando mejoras en los procedimientos administrativos internos y externos, comunicándonos con los actores clave encargados de proyectar nuestra ciudad al mundo.

Misión

Posicionar e internacionalizar a la Ciudad de Lima en el Mundo.

Visión

Mejorar la competitividad internacional y las relaciones internacionales de la *ciudad de Lima*.

Objetivo General

El presente Plan tiene por objetivo principal sentar las bases para encaminar la internacionalización de Lima a través de procesos administrativos internos, así como desarrollar las relaciones internacionales de la ciudad que se han mantenido inactivas durante muchos años, para en un futuro posicionar Lima entre las grandes ciudades globales.

El posicionamiento de una ciudad incluye dos aspectos que se refuerzan mutuamente: por un lado, la realidad misma de la ciudad, incluyendo sus actuaciones, procesos administrativos, datos económicos, aprobación de la ciudadanía y, por otro, la percepción exterior. Para conseguir la internacionalización de Lima, es necesario trabajar

¹⁰ Cuaderno AL-LAs N° 3: Estrategias participativas para internacionalizar el territorio, 2014, p 28

simultáneamente sobre ambos aspectos a través de una acción coordinada no solo de la Municipalidad Metropolitana de Lima, sino de todos los actores clave: gobierno, medios de comunicación, empresa privada, embajadas y ciudadanos.

A través del proceso de internacionalización de la ciudad, se busca posicionar a Lima como una ciudad:

- Competitiva y moderna.
- Abierta, integradora y multicultural.
- Creativa e innovadora.
- Eficiente y sostenible.

Objetivos Específicos

Para lograr el objetivo general planteado, se formulan los siguientes objetivos específicos:

- Revalorizar el Centro Histórico de Lima.
- Incrementar la Influencia y Relaciones Internacionales.
- Mejorar la competitividad económica de Lima.
- Impulsar la capacitación y cooperación entre el sector público y privado para una mayor internacionalización de Lima.
- Búsqueda del Isólogo de la ciudad de Lima.

Estrategias

Con este fin, se proponen estrategias puntuales para cada uno de los objetivos específicos:

1. Revalorización del Centro Histórico de Lima

- 1.1. Restauración del Teatro Segura para crear nuevos espacios culturales a cargo de PROLIMA.
- 1.2. Fomentar la participación de las Embajadas con espectáculos culturales en el nuevo Teatro.
 - 1.2.1. Poner a disposición de las Embajadas el Teatro para que programen sus actividades anticipadamente.
- 1.3. Hacer de Lima un referente de intercambios culturales internacionales.

2. **Incrementar la Influencia y Relaciones Internacionales**
 - 2.1. Fomentar el posicionamiento internacional de Lima como destino turístico.
 - 2.1.1. Acciones de promoción, comercialización y venta del destino Lima adaptadas a los distintos mercados y públicos objetivos.
 - 2.1.2. Acciones para la creación de un único entorno digital, integrado, multicanal y multilingüe, a disposición del sector turístico limeño que mejore la visibilidad y comercialización del destino Lima.
 - 2.2. Promover la influencia de Lima en las redes y alianzas que es miembro para colaborar con otras instituciones.
 - 2.2.1. Optimización de la presencia internacional de Lima a través de redes y acuerdos con ciudades.
 - 2.2.2. Optimización de la presencia de Lima en instituciones internacionales estratégicas y organismos de diplomacia pública.
 - 2.3. Fomentar la presencia en foros y eventos internacionales que den visibilidad a la ciudad.
 - 2.4. Promover la proyección internacional de Lima en otras ciudades a través de Embajadas.
 - 2.4.1. Comunicarse y solicitar apoyo a las Embajadas de Perú.
 - 2.4.2. Comunicarse con las municipalidades y/o gobiernos distritales de las ciudades del continente americano para realizar eventos que promuevan Lima.
3. **Mejorar la competitividad económica de Lima**
 - 3.1. Impulsar la captación de agentes internacionales que generen riqueza sostenible a la ciudad.
 - 3.1.1. Asesoramiento a los emprendedores e inversores extranjeros en su implantación en Lima de cara a que su actividad se pueda fijar con éxito.
 - 3.1.2. Facilitación de espacios físicos orientados a fomentar la atracción de empresas, emprendedores y

organismos internacionales a la ciudad mediante foros o encuentros.

3.1.3. Promoción del networking y las alianzas con empresas y organismos internacionales, fidelizando a las empresas extranjeras asentadas en Lima de forma que sirvan de ejemplo y escaparate para la atracción de otras.

3.2. Participar con diferentes ciudades en convocatorias de Financiamiento No Reembolsable.

3.2.1. Creación de un grupo de trabajo con otras ciudades para coordinar la detección de convocatorias y gestión administrativa de proyectos que puedan ser susceptibles de aportar financiación externa a través de programas de fuentes de financiamiento no reembolsable.

3.3. Establecer alianzas con el Ministerio de la Producción para brindar talleres de capacitación a Microempresarios.

4. Impulsar la capacitación y cooperación entre el sector público y privado para internacionalizar más a Lima

4.1. Fomentar la colaboración de empresarios de Lima para potenciar la influencia internacional.

4.1.1. Solicitar apoyo a las entidades privadas para poder realizar actividades en beneficio de la ciudad a través de patrocinios.

4.1.2. Establecer estrategias empresariales para el beneficio de todos los ciudadanos.

4.2. Fomentar la cooperación y comunicación de la Municipalidad Metropolitana de Lima con PromPerú, MINCETUR y LimaAirports para la mejora del posicionamiento internacional.

4.2.1. Buscar una estrategia que permita darle mayor visibilidad a Lima en Santiago de Chile, Bogotá, Quito y La Paz.

4.3. Coordinar con empresas hoteleras las visitas y rutas turísticas disponibles de la Subgerencia de Turismo de la Municipalidad Metropolitana de Lima para una mejor difusión.

- 4.3.1. Acciones para el fomento de la coordinación institucional, el impulso de la colaboración, la cooperación profesional y la transferencia de información y conocimiento entre la Subgerencia de Turismo de la Municipalidad Metropolitana de Lima y los agentes del sector turístico.
- 4.3.2. Acciones para lograr una mayor orientación de la ciudad al turismo, a través de la concienciación de los ciudadanos y el resto de sectores productivos.

5. **Búsqueda del Isólogo de Lima**

- 5.1. Valorizar las bases propuestas en el presente Plan para lanzar la convocatoria ciudadana.
- 5.2. Establecer alianzas estratégicas con Universidades y entidades del gobierno central para la convocatoria.
 - 5.2.1. Crear un grupo de trabajo para evaluar las propuestas enviadas de la convocatoria para la búsqueda del Isólogo de la ciudad.
- 5.3. Promover la colaboración con entidades relacionadas a marketing y relaciones públicas para generar valor de marca.
 - 5.3.1. Una vez obtenido el Isólogo ganador de la convocatoria, buscar asesoría para poder administrar adecuadamente la Marca Ciudad para hacerla internacional.

Indicadores

a) **Inseguridad Ciudadana en Lima**

Según el INEI, el porcentaje de víctimas de delito en Lima Metropolitana y el Callao ha disminuido progresivamente desde el año 2010, decreciendo en Lima casi 15 puntos porcentuales en los últimos 5 años.

Porcentaje de victimización por tipo de delito en Lima Metropolitana 2016	
Delitos	Lima

Robo de dinero, cartera, celular	43.65
Intento de robo de dinero, cartera, celular	16.85
Robo de vehículo	3.31
Estafa	25.14
Intento de robo de vehículo	1.93
Amenazas e intimidaciones	3.03
Maltrato y ofensa sexual	3.31
Robo de negocio	0.82
Secuestro y extorción	1.10
Otro	0.83

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2016

Del cuadro anterior se extrae que más del 50% de los delitos en Lima Metropolitana son el robo de dinero, cartera, celular e intento de robo de dinero, cartera y celular. Los registros de la Policía Nacional señalan que hubo 195 homicidios en Lima Metropolitana en el año 2016, demostrándose una disminución con respecto a las cifras del 2015 donde se registraron 238 denuncias.

Denuncias de homicidios en Lima Metropolitana		
Distrito	2015	2016
Lima Norte	73	85
Lima Centro	28	25
Lima Este	60	41
Lima Moderna	27	18
Lima Sur	50	26
TOTAL	238	195

Elaboración propia.
Fuente: Policía Nacional del Perú

b) Infraestructura Urbana en Lima

En cuanto a proyectos de desarrollo de infraestructura a miras de un sistema de transporte eficiente, integrado y accesible, se han desarrollado en Lima Metropolitana los siguientes proyectos en los últimos años:

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA PARA EL TRANSPORTE	
Metropolitano	2010
Línea 1 del Metro	2011
Línea 2 del Metro	2022
Ciclovía Costa Verde	2016
Línea Amarilla	2018

Elaboración Propia

Fuente: Municipalidad
Metropolitana de Lima

c) Atractividad de Lima

c.1) Número de Parques en Lima

Hasta el año 2015, se registró un total de **29.729.352 m²** de áreas verdes en Lima.

ÁREAS VERDES EN ESPACIOS PÚBLICOS LIMA 2015 (m2)	
Plazas	296.028
Parques	15.185.954
Parques zonales y zoológicos	154.327
Jardines y óvalos	2.142.269
Bermas	9.485.864
Alamedas	2.464.910
Total	29.729.352

Fuente: INEI - Registro Nacional de
Municipalidades 2016

d) Número de Ciudades Hermanas de la ciudad de Lima

HERMANAMIENTOS DE LA CIUDAD DE LIMA	
CIUDAD	CONVENIO
Asunción, Paraguay	Convenio para el establecimiento de Relaciones Internacionales.
Beijing, República Popular China	Establecimiento de Relaciones Fraternales.
Bogotá, Colombia	Acuerdo de Hermanamiento.
Buenos Aires, Argentina	Convenio de Cooperación.
Burdeos, Francia	Declaración de "Ciudades Gemelas".
Cochabamba, Bolivia	Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional.
Kiev, Ucrania	Acuerdo de Hermanamiento.
Los Angeles, EEUU	Acuerdo de Cooperación.
Los Angeles, EEUU	Declaración de Ciudades Hermanas.
Madrid, España	Acuerdo de Cooperación.
Miami, EEUU	Declaración de Ciudades Hermanas.
Moscú, Rusia	Protocolo sobre Cooperación.
Montevideo, Uruguay Panamá, Panamá San José, Costa Rica Santiago, Chile	Convenio de Cooperación Mutua.
Sao Paulo, Brasil	Protocolo de Intención para Cooperación y Hermandad.
Sao Paulo, Brasil	Protocolo de Cooperación Técnica Internacional en Asuntos Municipales.
San Francisco de Quito, Ecuador	Convenio de Cooperación y Hermandad.
San Salvador, El Salvador	Acuerdo de Hermanamiento.
Trento, Italia	Convenio de Cooperación.

Elaboración Propia

Fuente: Municipalidad Metropolitana de Lima

e) Número de Redes de Ciudades Internacionales a la que pertenece la ciudad de Lima

Actualmente, la ciudad de Lima ha logrado ser miembro de las siguientes redes de ciudades internacionales:

REDES INTERNACIONALES
C40 - Grupo de Liderazgo Climático.
UCCI - Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas.
REDCISUR - Red de Ciudades Suramericanas.
Proyecto AL-Las - Alianza Euro-Latinoamericana de Cooperación entre Ciudades.
CIDEU - Centro Iberoamericano de Desarrollo Estratégico Urbano.
ICLEI- Gobiernos Locales para la Sostenibilidad.
WTCF- Federación Mundial de ciudades Turísticas.
ICEAN- Red de la FAO para la buena alimentación

Elaboración Propia

Fuente: Municipalidad Metropolitana de Lima

El cuadro antes descrito muestra los esfuerzos de la Municipalidad Metropolitana de Lima por tener mayor presencia a nivel internacional, desde el 2015, las redes internacionales se han incrementado en un 60%, por lo que los órganos de línea han incorporado en sus actividades programas desarrollados por estas redes.

7. Experiencias internacionales de Internacionalización de las ciudades

Ciudad de México – México

Debido a una legislación federal estricta que ignora a los gobiernos locales como actores importantes en temas de cooperación internacional, la ciudad de México apuesta por una reforma del marco legal nacional que permita su participación activa y legítima en las relaciones internacionales que beneficien el posicionamiento de la ciudad.¹¹ Ejemplos concretos de proyectos y políticas públicas son:

- Incrementar el lazo de la ciudad de México con la ciudad de Chicago, EEUU con el fin de llevar la alianza de Ciudades Hermanas a un siguiente nivel mediante la firma de un primer acuerdo de **Asociación Económica entre Ciudades Globales**, que consiste en iniciativas conjuntas en comercio, educación e innovación para aumentar el empleo y mejorar la competitividad global.¹²
- Implementar el primer plan de acción contra el cambio climático, denominado **Programa de Acción Climática de la Ciudad de México (2008-2012)**, que se caracteriza por coordinar, promover e integrar acciones con el fin de reducir riesgos ambientales, económicos y sociales que derivan del cambio climático.¹³ El programa se **renovó para el periodo 2014-2020**. Clave para el éxito del programa fue la existencia del financiamiento adecuado, en este caso el Fondo Ambiental para el Cambio Climático. A su vez, el Banco Mundial apoyó con la financiación del “**Metrobús**”,¹⁴ un sistema de transporte rápido que fue galardonado en 2009 por la Universidad de Harvard como una buena práctica de asociación público-privada. En el 2013, el Banco Mundial brindó asesoría técnica y financiera a la Secretaría de Movilidad de la Ciudad de México para el desarrollo de una nueva “**Base de Datos Abiertos de Transporte Público**”, con la cual se puede visualizar las rutas y estaciones entre los diferentes sistemas de

¹¹ Cuaderno AL-LAs N° 1: Marco legal e institucional para la acción internacional de las ciudades, 2014, p 80

¹² Cuaderno AL-LAs N° 2: Internacionalización del gobierno local, 2014, p 31

¹³ Cuaderno AL-LAs N° 4: Acción Internacional para una ciudad sustentable, 2014, p 85

¹⁴ *Ibidem*, p 86

transporte.¹⁵ Esta iniciativa permitió que los ciudadanos renovaran su confianza con la administración local.

Quito – Ecuador

En Ecuador, la Constitución de 2008 y el Código Orgánico de Organización del Territorio, Autonomía y Descentralización establece que los gobiernos locales cuentan con competencia exclusiva para “gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias” y formular normativas.¹⁶ Para asegurar que los gobiernos locales puedan ejercer su competencia y gestionar sus recursos, se estableció un plan de fortalecimiento que incluye un refuerzo técnico político, institucional, sistemas y de talento humano. Bajo esta realidad legislativa, se implementaron los siguientes ejemplos concretos de proyectos y políticas públicas para el posicionamiento de Quito:

- **Creación del Programa Ambiental del Distrito Metropolitano de Quito (2011-2016),¹⁷** que sirvió como instrumento de directivas sociales y políticas para guiar una nueva gestión ambiental y promover acciones ambientales concretas públicas o privadas. El objetivo fue convertir Quito en una ciudad sostenible para el año 2022.

Montevideo – Uruguay

En el año 2004 se implementó el **proyecto “Habitar GOES”**, que buscó revitalizar y desarrollar políticas para mejorar la integración social de áreas degradadas en el centro de la ciudad. Así, se reacondicionaron áreas verdes, se inauguró un centro de desarrollo económico y se implementó un centro cultural.¹⁸ Estas iniciativas promovieron la participación ciudadana y rescataron la identidad local de la ciudad, lo cual mejoró la imagen de la ciudad para sus habitantes como para el exterior.

En el 2009, se reactivó el **Observatorio de Cooperación Descentralizada Unión Europea – Am Latina** (creado en el 2005). Una vez terminado el financiamiento de la Comisión Europea, la Diputación de Barcelona y la

¹⁵ *Ibidem*, p 86

¹⁶ Cuaderno AL-LAs N° 1: Marco legal e institucional para la acción internacional de las ciudades, 2014, p 57

¹⁷ Cuaderno AL-LAs N° 4: Acción Internacional para una ciudad sustentable, 2014, p 60

¹⁸ *Ibidem*, p 60

Intendencia de Montevideo decidieron continuar con el proyecto brindando financiamiento y sostenibilidad.¹⁹

Liverpool – Inglaterra

El plan implementado por la Alcaldía de Liverpool está basado en lograr una **conectividad global, un dinamismo económico y una comunidad próspera**.²⁰ Para este fin, busca forjar más comercio e inversión a través de su puerta de entrada marítima en la costa oeste, además de promover el emprendimiento con la mejora del ambiente de negocios en la ciudad. Busca incentivar la creatividad e innovación de los ciudadanos y de los extranjeros que cuenten con presencia económica. En el tema cultural, busca posicionar a Liverpool como una ciudad digna de convenciones, educación, turismo y comercio; que sea atractiva no solo para empresarios sino también para residentes, estudiantes y visitantes. Formulando estrategias para lograr estos objetivos, la Alcaldía de Liverpool intenta crear una identidad local que pueda ser exportada al exterior y que sea atractiva para el resto.

Río de Janeiro – Brasil

Luego de la realización del C40 Cities Climate Leadership Group, se puso en marcha en el 2011 el **Programa de Prueba de Autobuses Híbridos y Eléctricos**, en colaboración con la Clinton Climate Initiative y apoyado por el Banco Interamericano de Desarrollo.²¹ Su fin es demostrar que la tecnología híbrida y eléctrica permite una viabilidad técnica, ambiental y económica en las ciudades. Consistió en un estudio de cuatro ciudades parte del C40 (Bogotá, Río, Santiago y Sao Paulo), en temas de beneficio económico en las ciudades y sus barreras a la incorporación de esta alternativa.²²

En Río de Janeiro, este proyecto sería implementado en su sistema de transporte existente (**Bus Rapid System y Bus Rapid Transit**), con el fin de mejorar la sostenibilidad y movilidad de la ciudad, además de convertirla en un faro de ejemplo para otras ciudades en temas de implementación de esta alternativa de transporte.

Nueva York

¹⁹ Cuaderno AL-LAs N° 8: Hacia una acción internacional sostenible en las ciudades, 2018, p 52

²⁰ Cuaderno AL-LAs N° 3: Estrategias participativas para internacionalizar el territorio, 2014, p 56

²¹ Cuaderno AL-LAs N° 4: Acción Internacional para una ciudad sustentable, 2014, p 75

²² *Ibidem*, p 75

La ciudad de NY es considerada como la primera marca ciudad y logo del mundo. Al crear la marca de “**I love New York**”, se decidió que las especificaciones del logo serían distribuidas libremente a cualquier entidad relacionada con el turismo de la ciudad.²³ Esto permitió una gran difusión de un mismo logo de manera masiva, que a su vez fue crucial para el alcance que eventualmente tuvo. Además, se internacionalizó la marca mediante la difusión internacional y de gran visibilidad en las principales vías aéreas de Europa, América Latina y Asia.²⁴

8. Gerencia de la Cooperación Internacional y Relaciones Internacionales en la Municipalidad Metropolitana de Lima

Es importante indicar que la Municipalidad Metropolitana de Lima ha creado áreas especializadas para la gestión de la cooperación internacional, tales como la Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional de la Gerencia de Planificación, la Subgerencia de Eventos y Protocolo de la Gerencia de Prensa y Comunicaciones y la Secretaría Técnica de Convenios de Cooperación Internacional ubicada en la Gerencia de Administración, cabe manifestar que las áreas antes descritas no se encuentran entrelazadas ya que cada una pertenece a una Gerencia diferente, ocasionando confusión y duplicidad de funciones.

La Cooperación Internacional No Reembolsable responde a un proceso que incluye distintas fases: elaboración, programación, gestión, administración, seguimiento y evaluación las actividades, tareas, responsabilidad y resultados, por lo que resulta urgente contar con un área especializada que lidere y se encargue de las funciones antes descritas mediante el apoyo de subgerencias focalizadas en ámbitos de la cooperación internacional.

El Perú presenta desafíos importantes, y se evidencia la falta de un organismo especializado dentro de los gobiernos locales y regionales para encargarse exclusivamente de la cooperación Internacional, por lo que se plantea la creación de la Gerencia de Cooperación Internacional, la cual permitirá gestionar la cooperación internacional desde un punto focal en la Municipalidad Metropolitana de Lima, ampliando el ámbito de la cooperación y adquirir mayor apoyo para el desarrollo de múltiples proyectos en beneficio de la población.

Actualmente, los municipios cuentan con un área especializada en cooperación internacional, sin embargo, no reciben el apoyo necesario para

²³ Cuaderno AL-LAs N° 5: Acción Internacional para una ciudad atractiva, 2015, p 30

²⁴ *Ibidem*, p 30

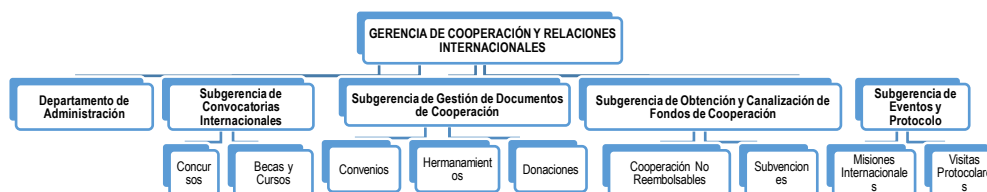
lograr el desempeño óptimo. Por ejemplo, en la gran mayoría de organismos las áreas dedicadas a la cooperación son Subgerencias, y sus funciones se encuentran mezcladas con otras que no corresponden a la cooperación, por lo que en muchos casos no se logra aprovechar al máximo los recursos ofertados por fuentes cooperantes.

Ante dicha situación, la creación de una Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales es una respuesta que permitirá establecer una política que ampare la cooperación internacional en la Municipalidad Metropolitana de Lima, además de lograr atender las líneas de cooperación de forma eficiente en beneficio de la población. Logrará contribuir al logro de los objetivos institucionales a través de la captación de recursos provenientes de la cooperación técnica internacional y lograr posicionamiento institucional a nivel internacional.

Asimismo, a partir del IV Foro de Alto Nivel sobre la Eficacia de la Ayuda realizado en Busan, Corea del Sur, se desprende un cambio importante en el enfoque de la Cooperación para el Desarrollo - CID, pasando de un concepto de “eficacia de la ayuda” a la “eficacia del desarrollo” más inclusivo, más político y centrado en los resultados. APCI, de acuerdo al Plan de Cooperación, ha planteado la realización de las siguientes acciones:

- Profundizar, extender y llevar a la práctica la apropiación democrática de las políticas y procesos de desarrollo.
- Fortalecer esfuerzos para lograr resultados concretos y sostenibles. Esto implica mejoras en el monitoreo, la evaluación y la comunicación de los avances; el fortalecimiento de las capacidades nacionales.
- Ampliar el apoyo a la Cooperación Sur-Sur y Triangular, ayudando a moldear estas alianzas horizontales a la variedad de contextos nacionales y necesidades.

8.1 Estructura Propuesta para la Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales



Se plantea que la Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales sea un órgano de apoyo y asesoramiento de la Gerencia Municipal, el cual tenga como objeto conducir, programar y supervisar la cooperación técnica nacional e internacional en función de la política local de desarrollo; así como de mantener relaciones con las organizaciones e instituciones nacionales e internacionales, públicas y privadas que coadyuven al desarrollo, manteniendo vínculos de cooperación técnica y posicionando a la Municipalidad Metropolitana de Lima a nivel internacional.

Es preciso recalcar que actualmente, la Cooperación Técnica Internacional está bajo el ROF de la Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional, por lo que los cambios que se proponen realizar se encuentran en concordancia con la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización; Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; Resolución de Secretaría de Descentralización N° 399-2011-PCM/SD, la Resolución de Secretaría de Descentralización N° 022-2008-PCM/SD y sus modificatorias; así como con la normativa específica a la transferencia de funciones a la Municipalidad Metropolitana de Lima en su condición de régimen especial. En consecuencia, la propuesta de modificación del ROF de esta Subgerencia, se realiza dentro del marco institucional nacional vigente en materia de Cooperación y Relaciones Internacionales. La implementación de la Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales se realizará de manera progresiva, la misma que será establecida al elaborarse el Manual de Organización y Funciones (MOF).

Subgerencias

Las Subgerencias que se plantearán a continuación evalúan cada aspecto de la cooperación internacional, el cual implica convocatorias internacionales, la gestión de documentos de cooperación internacional, fondos de cooperación y el protocolo en las relaciones internacionales.

a) Subgerencia de Convocatorias Internacionales

Se plantea la creación de esta Subgerencia debido a la gran oferta de convocatorias internacionales y que, en muchos casos, no se postula en razón a que no se logran cumplir con los requisitos de postulación.

Es importante mencionar que dicha Subgerencia además de buscar y canalizar las convocatorias internacionales, será la responsable de asesorar a los órganos de la Municipalidad Metropolitana de Lima para la postulación a dichas convocatorias, asimismo, será la encargada de la elaboración de

Informes que indiquen el avance y grado de beneficio para los trabajadores, funcionarios y autoridades de la Municipalidad.

Cabe manifestar que las Convocatorias serán exclusivamente para la canalización y difusión de concursos de proyectos a los cuáles pueden acceder las diferentes Gerencias de la Municipalidad Metropolitana de Lima, así como el asesoramiento y acompañamiento en todo el proceso.

b) Subgerencia de Gestión de Documentos de Cooperación

Se plantea la creación de esta Subgerencia debido a que la Municipalidad Metropolitana de Lima utiliza documentos de cooperación tales como: Hermanamientos, Convenios, Memorandos de Entendimiento y Donaciones para la ejecución de proyectos, actividades, programas entre otros fines.

Por otro lado, se manifiesta que la Subgerencia emitirá opinión respecto a la suscripción de documentos de cooperación en base a las Directivas y Normas que estipula la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Los documentos de cooperación a gestionar son los *Convenios, Hermanamiento y Donaciones*.

c) Subgerencia de Obtención y Canalización de Fondos de Cooperación

Prima la necesidad de que exista un órgano que se encargue de obtener y canalizar el financiamiento no reembolsable para la ejecución de diversos proyectos en cartera. (*Subvenciones y Cooperación No Reembolsable*)

d) Subgerencia de Eventos y Protocolo

Se plantea la creación de la Subgerencia de Eventos y Protocolo, debido a la necesidad de establecer un área especializada de la coordinación y preparación de visitas y misiones internacionales, ello, debido a la gran demanda de solicitud de visitas realizadas por los gobiernos internacionales.

Asimismo, la presente Subgerencia será la encargada de la elaboración de Informes, en los cuales se indique los objetivos alcanzados de las visitas y misiones internacionales realizadas.

8.2. Presupuesto

El Presupuesto Público es un instrumento de gestión del Estado por medio del cual se asignan los recursos públicos sobre la base de una priorización de las necesidades de la población. Estas necesidades son satisfechas a través de la provisión de bienes, servicios y obras públicas de calidad para la población, financiados por medio del presupuesto.

Para la correcta realización de las tareas asignadas a cada Subgerencia es necesario realizar la asignación presupuestal, motivo por el cual, de acuerdo a la orientación por resultados, el presupuesto asignado a cada área responde a las tareas y actividades que deberá realizar en el transcurso de un año, a continuación, se muestra la posible estructura presupuestal para cada Subgerencia.

El presupuesto total para la Gerencia se contempla en S/. 4,756,168.00, los cuáles resulta de la suma de la asignación presupuestal de cada Subgerencia, de esta manera la Subgerencia de Convocatorias Internacionales manejará un presupuesto de S/. 263,000.00, la Subgerencia de Gestión de Documentos de Cooperación S/.228,000.00, la Subgerencia de Obtención y Canalización de Fondos de Cooperación S/. 281,000.00 y la Subgerencia de Eventos y Protocolo S/190,000.00.

8.3 Proceso de constitución de la Gerencia

Cabe manifestar que la creación de la Gerencia antes descrita se realizará mediante Ordenanza, la cual debe ser aprobada por la mayoría de los miembros presentes del Concejo Municipal.

Conclusiones

1. La cooperación técnica internacional, es actualmente la modalidad por la cual los estados colaboran entre sí para alcanzar determinados fines, como los de transferir e intercambiar recursos económicos-financieros, humanos, bienes, servicios, cofinanciar y coejecutar obras, conocimientos técnicos y científicos, con la finalidad de alcanzar un desarrollo adecuado de la humanidad.
2. La cooperación técnica internacional en nuestro país se ha estado desarrollando de forma efectiva desde sus inicios en 1971 con la ayuda del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto de Planificación, fomentando una política exterior que facilite que la imagen del Perú sea exportada de forma adecuada hacia el mundo para posibilitar su presencia internacional.
3. La cooperación técnica internacional en la ciudad de Lima es dirigida por la Subgerencia de Cooperación Técnica Internacional, la cual ha buscado constantemente aumentar y mantener las relaciones entre ciudades e instituciones internacionales para la cooperación, a fin de alcanzar objetivos comunes con la ayuda de las diversas directivas que ha creado para gestionar y agilizar la cooperación técnica internacional a través de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

4. Establecer una Política de Internacionalización debe ser un tema prioritario para el gobierno de Lima, ya que permite su participación como actor global dentro de la esfera actual de las relaciones internacionales y propicia la participación activa de diversos actores locales (tanto sociales como económicos) que buscan posicionar a la ciudad como modelo global, legitimando la política pública planteada y facilitando su éxito
5. Para implementar una política pública de forma exitosa es necesario contar con los instrumentos adecuados para su implementación. Es decir, recursos humanos (reflejados en un órgano enfocado en la cooperación internacional de la ciudad y en la materialización de las estrategias planteadas) y recursos de financiamiento (un presupuesto establecido exclusivamente para la acción internacional ejercida por la ciudad de Lima).

Recomendaciones

1. Se recomienda formular una Política Pública de Internacionalización de la ciudad de Lima e implementarla a través de una Ordenanza Municipal, con el fin de incrementar el rol de la ciudad en temas de relevancia global, como son la sostenibilidad global, el medio ambiente, y la inclusión social; además de fomentar el desarrollo de una identidad local perteneciente a una Lima que pueda ser reconocida en todo el mundo, con el fin de aumentar su atractividad territorial, fomentar el ingreso de turismo e inversiones y, paralelamente, mejorar la calidad de vida y satisfacción de los ciudadanos.
2. Se recomienda elaborar un Plan Estratégico para la Internacionalización de la Ciudad de Lima, a fin de contar con estrategias y objetivos concretos para la materialización de la Política Pública de Internacionalización formulada. Este permitirá un control del progreso obtenido, una mejor rendición de cuentas y una difusión transparente ante la comunidad tanto local como internacional.
3. Se recomienda crear la Gerencia de Cooperación y Relaciones Internacionales, la cual permitirá a la Municipalidad Metropolitana de Lima mejorar la gestión de la cooperación internacional, así como de los beneficios que esta ofrece, a través de la estructura organizacional propuesta. Además, la existencia de un área especializada en el tema permitirá gestionar las becas ofertadas por las Agencias de Cooperación presentes en el país y multiplicar la probabilidad de obtener fondos de cooperación. Por otro lado, los documentos de cooperación que la corporación municipal decida suscribir serán debidamente canalizados

y direccionados con el objeto de realizar proyectos que beneficien a la población de Lima Metropolitana.

Referencias

AGENCIA PERUANA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL (2014). Situación y Tendencias de la Cooperación Internacional en el Perú, Recuperado de:
http://www.apci.gob.pe/gestion/atach/Situacion_y_Tendencias/Situacion_y_Tendencia_2011_2014.pdf

AGENCIA PERUANA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL (2015). Hoja de Ruta - Mapa de la Cooperación para el Desarrollo, Recuperado de:
http://www.apci.gob.pe/MapaApci_020916/Hoja%20de%20ruta%20Mapa%20de%20la%20Cooperaci%C3%B3n%20para%20el%20Desarrollo.pdf

AGENCIA PERUANA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL (APCI). Situación y tendencias de la Cooperación Internacional en el Perú 2011-2014. Lima, 2016. Recuperado de
https://issuu.com/apci_peru/docs/situacion_y_tendencia

ANDREU, JAVIER. La Administración de las ciudades durante el imperio. Recuperado de
http://horarioscentros.uned.es/archivos_publicos/qdocente_planes/307188/10bladministraciondelasciudadesduranteelimperio.pdf

BARCIA TRELLES, Camilo. La ONU, la descolonización y el neocolonialismo. Revista de Política Internacional N° 136, 1974. Recuperado de
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2496422.pdf>

CAPARRÓS, Rafael. La crisis del modelo de crecimiento de la postguerra y su repercusión en la viabilidad del modelo social europeo. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 105, Julio-Septiembre 1999. Recuperado de
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27571&orden=0&info=link>

CELESTINO DEL ARENAL. La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: Un reto para la teoría y la política. s/f. Recuperado de:
http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2001/2001_1.pdf

- DI FRANCO PALACIOS, Alberto. Los orígenes del pensamiento liberal en economía. Lima, Universidad Nacional de Ingeniería, 2015.
- DUARTE HERRERA, Lisbeth Katherine y González Parias, C. H. Origen y evolución de la cooperación internacional para el desarrollo. Panorama, Vol. 8, Núm. 15, Julio-diciembre 2014, pp. 117-131. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5051599.pdf>
- FERNÁNDEZ, A, DEL HUERTO, M. Cuaderno AL-LAS N° 7: Los gobiernos locales en la agenda internacional: ¿actores o espectadores?, 2016.
- FERRER, Aldo. Historia de la Globalización. Buenos Aires, 1996. Recuperado de: <https://eco.mdp.edu.ar/cendocu/repositorio/00231.pdf>
- FUNDACIÓN DOM CABRAL, PREFEITURA BELO HORIZONTE. Cuaderno AL-LAS N° 4: Acción internacional para una ciudad sustentable, 2014.
- GONZÁLEZ, L, CAMPANO, M, MARAGALL, A, ORMSBY, P. Cuaderno AL-LAS N° 6: Acción internacional para una ciudad incluyente, 2015.
- HITA, ANTONIO. Los impuestos en el derecho romano. Recuperado de <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/3453/HITA%20ALBARRACIN%2C%20ANTONIO.pdf?sequence=1>
- HOBSBAWM, Eric. Historia del siglo XX. Biblioteca E. I. Hobsbawm de Historia Contemporánea, Editorial Crítica (Grijalbo Mondadori S.A.), Buenos Aires, 1999. Recuperado de:
http://www.fmmeduacion.com.ar/Bibliotecadigital/Hobsbawm_HistoriadelSiglo_XX.pdf
- KISSINGER, Henry. La Diplomacia. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996. Recuperado de:
https://politicainternacionalcontemporanea.files.wordpress.com/2010/08/kissinger_la-diplomacia_capitulo-1.pdf
- LARA, R, MELÉNDEZ J, ZAPATA E. Cuaderno AL-LAS N° 5: Acción internacional para una ciudad atractiva, 2015.
- LELART, Michel. El Sistema Monetario Internacional. Acento Editorial, 1996. Recuperado de:
http://www.ehu.eus/Jarriola/Docencia/SMFI/Michel%20Lelart_El%20FMI.pdf

- MALÉ, J, CORS, C, SANZ, V. Cuaderno AL-LAS N° 2:
Internacionalización del gobierno local, 2014.
- MALÉ, J, CORS, C. Cuaderno AL-LAS N° 1: Marco legal e institucional
para la acción internacional de las ciudades, 2013.
- MARTÍN-CABELLO, Antonio. Sobre los orígenes del proceso de
globalización. *methaodos.revista de ciencias sociales*, 2013, Vol. 1,
Núm.1, pp. 7-20. Disponible en formato digital (ISSN: 2340-8413 |
DOI: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v1i1.22>)
- PARRA, L, GUTIERREZ, J, LONGHURST, S. Cuaderno AL-LAS N° 3:
Estrategias participativas para internacionalizar el territorio, 2014.

Documentación administrativa. Un estudio exploratorio de las técnicas de archivo (*)

Administrative documentation. An exploratory study of archiving techniques

Félix Fernández Castaño ¹

Ángeles García Alcántara ²

Belén Blázquez Vilaplana ³

(*) Recibido: 20 junio 2019 | Aceptado: 26 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Profesor en el Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad de Granada. Doctor en Sociología, Licenciado en Teoría de la Literatura y Literatura Comparada, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad de Granada. Máster Oficial Universitario en Problemas Sociales: Dirección y Gestión de Programas Sociales y Máster Oficial Universitario en Filosofía Contemporánea por la Universidad de Granada. felixfernandez@ugr.es
- ² Técnico Medio de Función Administrativa, Administración General, Grado en Gestión y Administración Pública, Máster en Dirección, Gestión y Emprendimiento en Centros Socio sanitarios. aga00034@red.ujaen.es
- ³ Profesora Titular del Área de Ciencia Política y de la Administración. Departamento de Derecho Público y Privado Especial. Universidad de Jaén (España). Doctora en Ciencia Política y de la Administración por la Universidad de Granada y Maestría en Teoría Crítica del Derecho y la Democracia (Universidad Internacional de Andalucía). Experta en Estudios de Género, ha desarrollado en sus trabajos, entre otras, las siguientes líneas de investigación y docencia: Políticas Públicas con perspectiva de género; Violencia de género; Evaluación de Políticas Públicas; Mercado de trabajo; Innovación docente. En la actualidad es la Secretaria del Seminario Interdisciplinar, “Mujer, Ciencia y Sociedad” de la Universidad de Jaén y miembro de la Red de Politólogas y del Observa La Trata. Premio Cátedra Leonor de Guzmán en Estudios de género por el trabajo: La mujer en la cárcel: historia jurídica y políticas penitenciarias en España con Isabel Ramos. bblazquez@ujaen.es

Sumario: Introducción- Documentación administrativa - Historia y concepto del documento- Ciclo vital de un documento- Aproximación diplomática al concepto de documento- Aproximación jurídica al concepto de documento- Los documentos administrativos- Confección de documentos- Documentos administrativos: tipología básica -Diseñar y normalizar los documentos administrativos - El lenguaje administrativo- El expediente administrativo- Aproximación a las técnicas archivísticas - Historia del archivo- Concepto de archivo- El circuito documental- El trabajo de oficina y la gestión de los documentos- Procedimientos de clasificación- Procedimientos de ordenación- Procedimientos de descripción- Procedimientos de instalación y almacenamiento de los documentos - Procedimiento de expurgo- Prestamos administrativos- El procedimiento de transferencia de los documentos- El archivo intermedio- El archivo histórico- El archivo digital- El edificio y las instalaciones- Conclusiones - Referencias bibliográficas - Wografía - Anexos-.

Resumen: La ciudadanía está en contacto constantemente con la documentación administrativa. Se pretende alcanzar los criterios de eficacia, eficiencia y economía en la gestión de los diferentes organismos de la Administración Pública, precisamente para hacer más fácil la relación entre las personas físicas o jurídicas y la administración. El objetivo de este trabajo es analizar la evolución del documento a través de la historia, y más específicamente, el administrativo. Su presencia en la cotidianidad de la ciudadanía hace que no se aprecie su importancia real. Ha de ser realizado, tramitado y conservado según una regulación normativa. Es necesario establecer su estructura, los protocolos de actuación, la conservación del documento, dada su importancia por los efectos que pueden tener.

Palabras Clave: documento, administración, archivística, diplomática, procedimiento.

Abstract: The public is in constant contact with the administrative documentation. It is intended to meet the criteria of effectiveness, efficiency and economy in the management of the different bodies of public administration, just to make easier the relationship between natural or legal persons and administration. The aim of this paper is to analyze the evolution of the document through history, and more specifically, the administrative. Their presence in the daily life of citizens makes its real importance is not appreciated. It must be made, handled and stored according to legal regulation. It is necessary to

establish its structure, protocols, preservation of the document, given its importance for the effects they can have.

Keywords: document management, archiving, diplomatic, procedure.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que se expone a continuación es una reflexión sobre el alcance del concepto de documento, una aproximación funcional y su evolución a través de tiempo. El documento sería aquello que es utilizado para la transmisión de conocimientos, como medio o instrumento para la confirmación de hechos pasados, pero limitando su campo de aplicación al terreno jurídico. Se puede considerar como prueba, demostración, indicio o testimonio.

Uno de los rasgos más sobresalientes, es la de ser el medio o instrumento empleado por el hombre con el propósito de conocer su pasado, comprender la realidad presente y ayudarle a proyectar el conocimiento en sus acciones de futuro.

Se utiliza material de distintas clases para registrar determinado trabajo. A través de la historia se ha buscado la forma de plasmar determinada información, utilizando los materiales que tenían a su alcance. Las investigaciones van ampliando ese abanico de materiales, pensando sobre todo en la forma de guardarlos. Si son muy pesados, o voluminosos, se busca la forma de sustituirlos por otros más ligeros.

Observamos que es una inquietud común a hombres de muy distintos lugares de procedencia. Todos ellos tratan de dejar constancia de algún asunto en documentos para que quede reflejado y tenga una validez en el tiempo.

El documento con fines administrativos, empieza a tener un auge importante. Tanto para fines públicos como privados. Pero sobre todo, los gobiernos de los diferentes estados desarrollan una administración para ejecutar sus decisiones políticas, y utilizan la documentación administrativa como medio de constancia, de información, de comunicación, etc. Lo harán en sus relaciones con los administrados, y entre los diferentes órganos de las administraciones públicas. Pueden afectar a personas físicas o jurídicas.

El documento administrativo se confirma como un elemento tan importante, que se realizan estudios para poder utilizarlo de forma más eficaz. Se buscan alternativas o soluciones a las diferentes necesidades que surgen en la actividad administrativa. Hay que dejar constancia de las actuaciones y para ello se estructuran unos procedimientos a seguir tanto por la administración como por el administrado.

Se utiliza un lenguaje específico para denominar los actos de la administración. Cada vez se tiende a que tenga expresiones comprensibles, sobre todo por los ciudadanos que tienen contacto con la administración. Se trata de facilitar el acceso a los trámites administrativos. Se proporcionan documentos ya preestablecidos, para que el ciudadano no se encuentre desprotegido a la hora de dirigirse a la administración.

La documentación administrativa puede contener elementos muy importantes. Por eso se busca la forma de protegerla, para que tengan acceso a ella solo los interesados. Los encargados de su tramitación tienen que ejecutar unas normas establecidas en la legislación competente en las diferentes materias de que puede ocuparse esa administración. Hay unas normas básicas, como es el procedimiento común, y otras específicas, como pueden ser las normas que regulan los trámites judiciales.

Cuando la documentación se encuentra recogida en su correspondiente expediente administrativo, la organización encargada de tramitarlo, tiene la obligación de proteger la información que contiene, regulando el acceso a esos datos. También tiene que garantizar la conservación del expediente mientras que sea útil. Se encargará de procurar su conservación a través del tiempo, estableciendo su archivo en el lugar adecuado.

El lugar y la forma de archivar la documentación administrativa, está regulado por normas legislativas. Además, tiene que encargarse de esa labor el personal cualificado para ello, para conservar los documentos realmente importantes y que merezca la pena que perduren en el tiempo.

Los diferentes tipos de archivos, incluirán documentación que será tratada según un protocolo establecido, según la edad, la materia que contienen los expedientes a guardar, o el soporte material en el que está plasmada la información. No tendrán las mismas condiciones los archivos para guardar expedientes en papel, que los encargados de custodiar soportes digitales.

Estamos inmersos en la sociedad de la información, y las técnicas de comunicación evolucionan con mucha rapidez. Así pues, las administraciones tienen que hacer un esfuerzo para adaptarse a los nuevos soportes en los que quedan plasmados los trámites administrativos. Adaptar sus herramientas de trabajo y el personal a la nueva forma de trabajar con esos medios, y buscar nuevas formas de archivo. Porque la documentación administrativa, es necesario seguir guardándola, facilitando el acceso a las personas autorizadas que puedan utilizarlas para diferentes fines.

1.- DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. Historia y concepto del documento

El hombre a través de su historia ha tenido la necesidad de plasmar sus actividades para dejar constancia de ellas. Y para ello ha utilizado diferentes tipos de materiales. El documento, comenzó como un recurso para contabilizar los productos almacenados, y fue evolucionando hasta convertirse en uno de los hallazgos más trascendentales de la humanidad. El pueblo sumerio había abierto la puerta de la historia de la documentación.

En Mesopotamia, entre los ríos Tigris y Éufrates, fue el primer lugar donde se tiene referencia del desarrollo de la escritura, aproximadamente, hace más de cinco mil años. Fue a consecuencia del crecimiento de las ciudades. Se hizo necesario crear un sistema de control que pudiera conservar los datos que interesaban al rey y a su gobierno: los impuestos, las transacciones comerciales, etc.

Los pueblos mesopotámicos, en un principio, utilizaron la escritura, sobre todo, para llevar registros. Las tablillas cuneiformes más comunes registraban transacciones realizadas en la vida cotidiana: marcas del ganado que los pastores conservaban para los propietarios; cifras de la producción obtenida; listados donde quedaban reflejados los

impuestos y los pagos de salarios; cuentas, contratos y decisiones de cuestiones judiciales relacionadas con asuntos de negocios; etc.

El sistema de escritura cuneiforme, debido a que nunca resultó fácil de utilizar, se fue simplificando progresivamente. Había que memorizar y aprender a combinar cientos de signos, usando la punta de caña con soltura. Para todo esto, se requería mucho tiempo y dedicación. Y por esto, desde la invención de la escritura, la figura del escribano dentro de la sociedad sumeria fue muy respetada hasta el punto de ser incluso venerada.

Por otra parte, el soporte utilizado en la cultura egipcia fue el papiro, ya que la planta del papiro es muy común en las aguas pantanosas del delta del Nilo. El documento se presentaba en forma de rollo. La escritura egipcia evolucionó desde el pictograma hasta trazos cursivos, pudiéndose observar tres tipos: jeroglífica, hierática (sacerdotal) y demótica (popular). Se escribía con un junco cortado o un cálamo (caña rígida y afilada en la punta). La tinta se formaba a base de carbón vegetal, agua y goma. La ciudad de Pérgamo⁴ se convirtió en la ciudad productora del material que más se usó como soporte documental: el cuero. Generalmente, se utilizaba piel de cordero, ternera o cabra. Era fácil de conseguir, y la perdurabilidad superaba a la hoja de papiro. También presentaba la peculiaridad de que podía rasparse para poder utilizarse de nuevo. Por todas estas razones, acabó sustituyendo al papiro.

Se tiene constancia de la existencia de pergaminos de gran valor. Podríamos hacer referencia a los antiguos testimonios bíblicos que han conseguido llegar hasta nuestros días.

El papel como nuevo soporte documental entró en Europa en el año 1100. Aunque se tiene referencias de que fue inventado en China alrededor del año 105 d.C por Tsai-Lun⁵ que había observado a las verdaderas descubridoras del papel, las avispas⁶. Consiguió fabricar una masa partiendo de trapos viejos y corteza cocida que, al pasarla a través de un tamiz y dejar que se secase, daba como resultado una hoja de un blanco resplandeciente. Se produce una expansión del papel de forma rápida, propiciada por la existencia de un estado burocrático chino necesitado de soportes más ligeros para poder registrar datos, y plasmar la escritura de la grafía china que permitía la comunicación entre los distintos pueblos asiáticos.

Los chinos guardaron celosamente el secreto durante 600 años. Fue en el año 761, a raíz de que dos soldados chinos, papeleros de profesión, cayeron prisioneros de los árabes en Samarcanda (Ciudad al Sur de Rusia) cuando se introdujo la industria del papel en la cultura Árabe.

⁴ El Reino de Pérgamo fue un estado (241 a. C.- 133 a. C.), ubicado en el oeste de la península de Anatolia, la actual Turquía, cuya capital era la ciudad de Pérgamo.

⁵ Según la tradición, fue *Tsai-lun*, [50 D.C.-121 D.C.], el gran inventor del papel. A la edad de quince años fue enviado a la corte del emperador chino Ho Ti para servir como un eunuco. Fue ascendido varias veces debido a su diligencia, ingenio y eficacia.

⁶ El oficial de la corte del emperador chino, de nombre Ts'ai Lun, se inspiró para la invención del papel al observar como una avispa hacia su nido. El nido de estos insectos está hecho de un material similar al papel en forma de pelota, en desvanes o bajo tierra. Fabrican el papel con el que hacen el nido, las avispas comunes masticando fibras de la madera muerta y formando una pasta ayudados por las secreciones salivales, que hace que se produzca un "proceso de pulpación" natural. Este fue el proceso que se copiaron los chinos para la creación del papel.

Los musulmanes mejoraron la técnica de producción del papel utilizando materiales como algodón, lino y cáñamo. En Europa el papel fue introducido por los árabes. Fue a raíz de la invasión árabe de España. Se tienen indicios de que el primer centro de producción de papel en Europa se encontraba situado en Játiva. Cuando se produce la expulsión árabe de la península ibérica, el conocimiento de la técnica del papel fue exportado hacia la Europa cristiana. Se crean importantes centros de producción de papel, en donde se introdujeron importantes mejoras, como por ejemplo, la utilización de la energía hidráulica en el proceso de fabricación, las prensas con alimentación continua, etc.

En el Antiguo Régimen⁷, los gobernantes toman conciencia de la importancia del documento como instrumento de información para el ejercicio del poder interno y externo. Definitivamente, para la afirmación de los derechos del Estado.

Podríamos utilizar la definición de documento, expresada por la Real Academia Española: “1. Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos. 2. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo. (...)”

Otra definición aparece en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que dice en su artículo cuarenta y nueve: “1. Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informático (...)”.

Desde el punto de vista administrativo, un documento podríamos decir que es toda información o hecho registrado en cualquier tipo de soporte (material, audiovisual, gráfico, informático), que sirva para acreditar o comprobar algo. Consideraríamos que son los documentos que emite válidamente un órgano que pertenezca a la Administración Pública. En ellos, hay establecida una relación entre las personas físicas o jurídicas, con la Administración Pública. También puede ser entre diferentes organismos públicos entre sí. Estas relaciones se establecerán fundamentalmente a través de impresos ya preestablecidos (o normalizados⁸).

Juan Carlos Galende Díaz y Mariano García Ruipérez (2003)⁹, expresan una definición de documento en los siguientes términos:

El «documento», como sabemos, constituye el objeto de la Diplomática¹⁰. Es un testimonio escrito que tiene, a la vez, un carácter histórico-jurídico, una forma de

⁷ Se podría definir el Antiguo Régimen, como el conjunto de rasgos políticos, jurídicos, sociales y económicos que caracterizaron a Europa y sus colonias durante los siglos XVII y XVIII.

⁸ Cualquier formato de trabajo que se ajusta a unas normas que están comúnmente aceptadas (impresos, campos de registro, ...)

⁹ Galende Díaz, JC y García Ruipérez, M, (2003) “El concepto de documento desde una perspectiva interdisciplinar: de la diplomática a la archivística”, *Revista General de Información y Documentación*, 13 (2) pp. 7-35

¹⁰ La Diplomática, es una ciencia histórica. Su objeto es el estudio de los documentos, cualquiera que sea su autor. Tendrá en cuenta sus caracteres extrínsecos e intrínsecos, es decir, el soporte, escritura, lenguaje, formulismo y demás elementos integrantes que puedan formar parte del juicio

redacción determinada y no está destinado directamente a dar fe de la veracidad de un hecho o constituir una prueba del mismo sino más bien a garantizar la adecuada transmisión de un hecho, de un mensaje, de una voluntad..., conforme a su naturaleza y a la categoría exigida por la administración o por la ley (...)

El documento a que nos referimos puede ser:

1. Textual, de papel, escrito a mano o a máquina: a través del tiempo, el medio de un documento era el papel. La información era expresada a mano, utilizando tinta, y se hacían los denominados manuscritos. O por un proceso mecánico utilizando una máquina de escribir.
2. Gráfico, fundamentalmente planos y croquis. Como ejemplo, García Ruipérez, M. (2010)¹¹ nos indica que podemos ver:

Los mapas y planos conservados en las bibliotecas tienen la consideración de materiales especiales. En su descripción cartográfica se utilizan áreas comunes con las restantes publicaciones, como las de título y responsabilidad, edición, publicación, descripción física, entre otros, junto con otras específicas de estos documentos, caso de la relativa a los datos matemáticos (escala, proyección, coordenadas, etc.)

3. Sonoros, discos o cintas (reproducción de sesiones, por ejemplo): los archivos de audio desarrollan cuatro tareas básicas: adquisición, documentación, acceso y preservación. Como la vida de los soportes es corta y limitada, se dispondrá de equipos reproductores, ya que la conservación a largo plazo del documento sólo se logrará copiando sus contenidos en nuevos soportes / sistemas, todas las veces que sea necesario.
4. Informáticos, reproducciones magnéticas de ordenadores: En la actualidad, los documentos electrónicos integran la mayor parte de los recursos de información de las organizaciones. Por eso, es muy importante diseñar un buen sistema de gestión de documentos que soporte las necesidades reales de la organización y a la vez, sea capaz de proveer la información requerida de forma rápida y eficaz. También será de vital importancia proteger los datos almacenados en el sistema. Se pueden establecer tres características que deben cumplir los documentos en ese sistema:
 - Ser accesibles y estar disponibles con facilidad, pero manteniendo la seguridad en el almacenamiento.
 - Ser manejables para que sirvan de base a la creación de nuevos documentos.
 - Ser precisos y exactos. Es importante que se pueda distinguir entre distintas versiones para que los usuarios tomen decisiones basadas en información precisa.

de su autenticidad e interpretación debida. Debe su nombre al primer libro en la materia *De re Diplomatica libri sex*, publicado en 1681 por Juan Mabillón. Actualmente, es una ciencia auxiliar de la Historia.

¹¹ García Ruipérez, M. (2010), "La descripción de documentos cartográficos: estado de la cuestión"; *Revista Códices* Vol. 6 N.º 2: pp.195-208

5. Portadores de imágenes, como el vídeo o la película: Los documentos audiovisuales pueden percibirse como el núcleo de un amplio espectro de material e información recopilada por los archivos audiovisuales, al que llamaremos Patrimonio Audiovisual. Este incluye los siguientes materiales:

- Sonido registrado, radio, cine, televisión, video o cualquier otra producción que contenga imágenes y/o sonido registrado.
- Objetos, materiales, obras relacionados con los medios audiovisuales desde un punto de vista técnico, industrial, cultural, histórico; esto incluirá material relacionado con la industria cinematográfica, de radio y televisión y de grabación musical. Podrían ser textos, guiones, fotografías, carteles,... Podemos incluir también materiales publicitarios y objetos, como equipos técnicos o vestuarios.

1.2. Ciclo vital de un documento

La teoría del ciclo vital de los documentos se ha aceptado de forma general. Ya sea por su análisis del proceso completo del flujo documental íntegramente, o por su importancia práctica para el funcionamiento del sistema de gestión y tratamiento de los documentos. Podemos definirlo como las etapas o ciclos que atraviesan los documentos desde su proceso de creación hasta su eliminación o conservación permanente.

Podemos hallar que las diferencias entre las fases se basan principalmente, en los factores reales del sistema de gestión de cada administración.

El documento, desde su creación hasta que es eliminado o conservado permanentemente, pasa por un proceso acorde con los diversos valores y la distinta tipología de los documentos, dividido en diferentes períodos. Las funciones o valores concretos de un documento en cada período están relacionados con la forma de su tratamiento y el lugar en que se custodia.

La teoría del ciclo vital de los documentos está muy relacionada con la concepción del sistema de gestión de esos documentos. Es preferible controlar la producción de éstos desde un principio, a preocuparse después por un exceso de papeles en la oficina.

Un sistema integral de gestión de documentos debe estar relacionado con cada aspecto de su ciclo vital completo. Existen tres puntos importantes consensuados generalmente:

- ⇒ El tratamiento diferencial que se da a los documentos en las distintas edades.
- ⇒ La diferenciación entre el uso administrativo y el de investigación.
- ⇒ La fijación del tiempo de vigencia.

El ciclo vital de un documento se llevará a cabo según los criterios establecidos desde su creación por cada entidad, o por los valores adquiridos con el transcurso del tiempo. Para ello, tendremos en cuenta que los valores de cada documento pueden ser:

- ⇒ Valores primarios: cuando el documento es de utilidad para la administración.
- ⇒ Valores secundarios: cuando pueden ser útiles para la investigación histórica.

La teoría del ciclo vital de los documentos fue planteada en el año de 1972 por el estadounidense Wyffels, que habló de las tres edades del documento. Esta teoría se basa

principalmente en tres etapas por las cuales cruzan los documentos de archivo dentro de una organización (Fig.1). Estas son:

- ⇒ Primera edad: son creados para perseguir una finalidad específica, una respuesta o solución sobre determinado asunto. Es una etapa de tramitación y circulación por los canales corrientes o normales, en donde la documentación está al alcance de los funcionarios y del personal de la oficina respectiva. Consideraríamos que esta etapa abarca desde la creación del documento, hasta el trámite de la información que contiene. Se refleja en los archivos de gestión o de oficina.
- ⇒ Segunda edad: una vez solucionado el asunto iniciado, el documento o expediente que lo testimonia debe seguir guardado, porque podría servir de consulta o antecedente. La información ya no se consulta con frecuencia. El valor primario va decreciendo y se desarrolla el secundario, por lo que deben conservarse como objeto de consulta. Se refleja en los archivos centrales e intermedios.
- ⇒ Tercera edad: los documentos adquieren un valor secundario o permanente. Prescribe el testimonio de lo que se quisiera dar fe, su actividad se hace nula y su labor se ceñirá a ser consultado debido a su valor cultural e informativo con fines de investigación. Se refleja en los archivos históricos o permanentes.

Esto da lugar a la implantación de programas de gestión documental y a la creación de archivos intermedios. Así, cuando hablamos de gestión documental, hablamos de una serie de actividades realizadas durante las dos primeras etapas del ciclo vital del documento, con el fin de que éste llegue al archivo histórico para su conservación permanente.

La teoría de la edad de los documentos, podemos esquematizarla de la siguiente forma.

EDAD DE LOS DOCUMENTOS	1ª EDAD		2ª EDAD		3ª EDAD
VALORES DE LOS DOCUMENTOS	VALOR PRIMARIO Como instrumento de gestión. Valor administrativo-fiscal-jurídico.		VALOR PRIMARIO Como instrumento de gestión. Valor administrativo-fiscal-jurídico; valor informativo.	VALOR PRIMARIO/ VALOR SECUNDARIO Valor jurídico; valor informativo; valor histórico-cultural.	VALOR SECUNDARIO Valor histórico-cultural como testimonio histórico.
ARCHIVOS	Archivos administrativos		Intermedio		Definitivo
	De oficina	Central			Archivo Histórico
PERÍODOS DE PERMANENCIA	No superior a 5 años	10-15 años	30-50 años		Permanente
EXPURGO	Eliminación en oficina: copias, duplicados, documentación informativa. Sin propuesta de eliminación (depuración).	Eliminación en Archivo central de la documentación que en ese plazo carezca de valor. Propuesta de eliminación.	Eliminación en Archivo intermedio de la documentación que en ese plazo carezca de valor. Propuesta de eliminación.		No eliminación. Conservación total.
UBICACIÓN	En las oficinas o departamentos que realizan la gestión.	Depósito central en la institución.	Almacén masivo fuera de la institución.		Edificio ajeno a la institución.
DOMINIO DEL ARCHIVERO	Las unidades administrativas manejan directamente y son responsables. Escasa intervención del archivero (etapa pre archivística – gestión documental.	Dominio total y responsabilidad del archivero (etapa archivística).			
NIVELES DE ACCESO / USUARIOS	Administración, ciudadanos. Restricciones de acceso.	Administración, ciudadanos. Restricciones de acceso.	Administración, ciudadanos, investigadores. Restricciones de acceso.		Investigadores. Sin restricciones de acceso.

Fig.1.- Fases de evolución del Ciclo vital del Documento (elaboración propia a partir de la información recogida en: <http://www.juntadeandalucia.es/agriculturaypesca/archivo/informacion3.html>)

Se está tratando de impulsar la integración de la producción documental de las oficinas y de los archivos, explorándose el método científico de planificación unificada de todas las fases del tratamiento documental, con el objeto de mejorar la calidad de gestión y la eficacia.

1.3. Aproximación diplomática al concepto de documento

La diplomática se ocupa de la forma de los documentos. Pero no se limita al soporte material, al medio de grabación del mensaje o a la forma externa. Se ocupa sobre todo de la forma interna, teniendo en cuenta la estructura del documento, las fórmulas empleadas en su redacción, su génesis y las fases por las que haya pasado.

El documento diplomático será cualquier testimonio escrito sobre un hecho de naturaleza jurídica en el que concurren especiales formalidades que le dan fuerza de prueba.

La diplomática estudiará el documento administrativo depositado en los archivos, estableciendo su tipología, evaluando su autenticidad y veracidad, etc. También estudiará la tradición documental o los diversos modos de transmisión de un documento, estableciendo la relación existente entre el modo en que el documento fue emitido y el modo en que se nos ha transmitido en los archivos.

El origen de la diplomática se encuentra muy relacionado con la necesidad de determinar la autenticidad de los documentos, con la meta final de averiguar la veracidad de los hechos en ellas representados.

1.4. Aproximación jurídica al concepto de documento

Los documentos normativos ofrecen las fuentes de información normativa, que podrían clasificarse en dos grandes categorías:

- ⇒ Los documentos normativos primarios, que transmiten información esencialmente original, en los boletines y diarios oficiales (de la Comunidad Europea, a nivel nacional, regional o provincial).
- ⇒ Los documentos normativos secundarios, que describen las fuentes normativas primarias, y contienen datos e informaciones extraídas de ellas. Publicarán los documentos originales, mediante referencias o en su integridad.

Uno de los sentidos tradicionales de los documentos, es el de servir como testimonio o prueba. Blanca Rodríguez Bravo¹² recoge la opinión de Martínez Alcubilla (1917:171), que lo concibe como:

Aquella escritura o instrumento en que se aprueba, confirma, hace constar o acredita algún hecho, disposición convenio, crédito, obligación, derecho o ventaja. El elemento conceptual que interesa a los juristas deriva de su función de ser

¹² Rodríguez Bravo, B. (2002), “*El documento: entre la tradición y la renovación*”, Gijón, TREA, SL. p 124.

testimonio de un hecho, del que sirve como prueba. Estas características no se alejan del documento específico de archivo.

La comunicación jurídica se lleva a cabo utilizando documentos. En ellos quedará constancia de los actos, hechos, acontecimientos, normas o juicios, y el hecho mismo de la comunicación. Constituirá una prueba que pueda dejar claras situaciones, relaciones, titularidades, legitimaciones, etc. Será considerado como un elemento de seguridad jurídica.

Todos los documentos conservarán su significado desde la perspectiva del derecho a la información, por su trascendencia informativa.

Si nos referimos al soporte del documento jurídico, en nuestro tiempo, las leyes de procedimiento administrativo establecen que los documentos electrónicos, informáticos o telemáticos, gozarán de la validez y eficacia del documento original, cuando quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación.

Al establecer la legislación que regula la utilización de la firma electrónica¹³, se abren las puertas a un intercambio de bienes y servicios. El objetivo de esta ley es garantizar la seguridad de las comunicaciones que realicen las empresas y los ciudadanos a través de la red, y especialmente, el correo electrónico. La firma electrónica es un código de autenticación que identifica formalmente al autor o autores del documento, y tendrá el mismo valor jurídico que la firma manuscrita y será admisible como prueba de juicio.

Los nuevos soportes dan efectividad al derecho. Las técnicas facilitan la multiplicación, transmisión y recepción de los documentos.

1.5. Los documentos administrativos

La imagen se ha convertido en un referente de primer orden, incluidas las organizaciones, que tienen entre sus prioridades la de dotarse de instrumentos para reafirmar su identidad y facilitar su identificación por los ciudadanos.

Los documentos e impresos de la Administración tienen una importancia especial, por ser el instrumento principal en las relaciones entre los ciudadanos y la organización administrativa. En la Ley de Procedimiento Común¹⁴, y en sus normas de desarrollo, se consagran aspectos tan relevantes como los derechos de los ciudadanos, la utilización de lenguas cooficiales y la aplicación de las nuevas tecnologías.

El documento administrativo posee elementos diferenciadores:

- ⇒ Tienen un carácter seriado, puesto que se producen uno a uno y con el paso del tiempo constituyen series.
- ⇒ Se producen dentro de un proceso natural de actividad, surgiendo como producto y reflejo de las tareas de su productor.
- ⇒ La información que contiene es exclusiva. Lo que contiene uno, rara vez se encuentra en otro documento con idéntica extensión e identidad.

¹³ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, publicada en “BOE” núm. 304, de 20 de diciembre de 2003, pp. 45329-45343.

¹⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

- ⇒ Están interrelacionados. Su razón de ser se establece al pertenecer a un conjunto (unidad archivística o expediente), y por las relaciones que hay establecidas entre sí. Como norma general, los documentos sueltos no tienen sentido.

La Norma ISO 15489-1¹⁵ especifica los elementos que componen la gestión de documentos y define los resultados que deberían alcanzarse. El documento posee unas características definitorias y diferenciadoras:

- ⇒ Autenticidad: su acreditación, mostrará la voluntad del órgano emisor. Se manifestará mediante firma manuscrita o por símbolos o códigos que garanticen dicha autenticidad, mediante la utilización de técnicas o medios electrónicos, informáticos o telemáticos. El documento autentico probará que:
- × Es lo que afirma ser.
 - × Ha sido creado o enviado por la persona que se afirma que lo ha creado o enviado.
 - × Ha sido creado o enviado en el momento que se afirma.

En los documentos de contenido informativo no se exigirá formalización. Bastará con la constancia del órgano autor del documento.

- ⇒ Fiabilidad: Podemos considerar un documento fiable, aquél cuyo contenido puede ser considerado una representación completa y precisa de las operaciones, las actividades o los hechos de los que da testimonio. Se podrá recurrir a ese documento en el curso de posteriores operaciones o actividades. Los documentos deberían ser creados por individuos que dispongan de un conocimiento directo de los hechos o, incluso, automáticamente por los instrumentos que se usen habitualmente para realizar las operaciones.
- ⇒ Integridad: La integridad de un documento hace referencia a su carácter completo e inalterado. Para ello, es necesario que un documento esté protegido contra modificaciones que pudieran producirse, no autorizadas. Las políticas y los procedimientos de gestión de documentos deberían especificar qué adiciones o anotaciones pueden realizarse en un documento después de su creación. Qué circunstancias son las idóneas para que puedan autorizarse dichas adiciones o anotaciones. Y, sobre todo, quien está autorizado para llevarlas a cabo. Debería indicarse de forma explícita cualquier anotación, adición o supresión autorizada que se realice en un documento.
- ⇒ Manejabilidad: será accesible, podrá ser localizado, recuperado, presentado e interpretado. Un documento manejable es el que puede ser localizado, recuperado, presentado e interpretado. Su presentación debería mostrar la actividad u operación que lo produjo. Las indicaciones sobre el contexto de los documentos, deberían contener la información necesaria para que se puedan comprender las operaciones para las que fueron creadas y usadas. Es importante la identificación de un documento en el contexto amplio de las actividades y las funciones de la

¹⁵ Esta norma tiene como objeto regular la organización del sistema de gestión documental llamado a respaldar la parte documental de las normas de calidad, ISO 9001 y 14001 fundamentalmente (los denominados *quality records*). Es una norma de certificación que procura unas directrices orientadas a que las organizaciones se doten de sistemas de gestión documental.

organización. Se mantendrán los vínculos existentes entre los documentos que reflejan una secuencia de actividades.

Siguiendo las directrices para la gestión de documentos marcadas por el Public Record Office¹⁶ (1999, 12), los componentes del documento son:

Contenido: la materia del documento.

Estructura: el uso de encabezamientos y otros dispositivos para identificar y etiquetar partes del documento, y el uso de tipografías especiales (cursiva, negrita) para destacar la parte significativa del contenido.

Contexto: el entorno y la red de relaciones en los que el documento ha sido creado y utilizado (por ejemplo, cómo el documento se relaciona con otros en un grupo de documentos).

Todos estos elementos juntos ayudan al usuario a entender el valor completo del documento, y la ausencia de cualquiera de ellos puede llevar a una interpretación errónea de la naturaleza del documento pretendida por su creador.

Encontramos la siguiente definición en el Manual de documentos administrativos¹⁷, elaborado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: “Los documentos administrativos son el soporte en el que se materializan los distintos actos de la Administración Pública, la forma externa de dichos actos”.

Tienen dos funciones muy importantes:

1. La función de constancia, asegura la pervivencia de las actuaciones administrativas al constituirse en su soporte material. La Administración Pública forma parte del poder ejecutivo y, como institución representante de la autoridad, goza de la presunción de veracidad, de objetividad y de sometimiento al ordenamiento jurídico en todos sus actos. Se garantiza así la pervivencia y conservación de los datos para demostrar su existencia, los efectos y sus posibles errores o vicios, ya sean jurídicos, administrativos o meramente informativos. También para el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a ellos. El registro material de los actos administrativos en soportes estables permite garantizar el acceso de los ciudadanos a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, derecho previsto en el art. 35 h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).
2. La función de comunicación, ya que pueden utilizarse como medio de comunicación de los actos de la Administración. Puede ser:
 - a. Una comunicación interna, entre las unidades que componen la organización administrativa. Para que su emisión sea válida, ha de cumplir

¹⁶ Oficina Pública de Registro

¹⁷ Es un manual elaborado por un equipo de funcionarios públicos coordinado por la Subdirección General de Inspección General de Servicios de Administración General del Estado y Atención al Ciudadano, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, como desarrollo de un proyecto de modernización administrativa.

unos requisitos formales y sustantivos, que exigen las normas reguladoras de la actividad administrativa.

- b. Una comunicación externa de la Administración con los ciudadanos y con otras organizaciones. Estará determinada por el procedimiento empleado para transmitir la información. Los documentos pueden ser textuales, iconográficos, sonoros, electrónicos e informáticos.

Las características que nos indican la calificación de un documento como administrativo, podemos decir que son:

- a. Los documentos administrativos producen efectos frente a terceros o en la misma organización administrativa, que pueden ser informativos o comunicativos. No se pueden calificar de documento administrativo, aquellos que no están destinados a la producción de efecto alguno como son, por ejemplo, los resúmenes, índices o extractos, anotaciones manuscritas, ...
- b. El emisor de un documento administrativo, aquel que lo produce, es siempre uno de los órganos que integran la organización de una Administración Pública. Puede realizarlo una persona física que actúe en representación de la organización.
- c. La emisión será válida cuando ésta cumpla con los requisitos formales y sustantivos exigidos por la legislación que regula la actividad administrativa.

Cuando el material impreso de los órganos o unidades esté destinado a su utilización en comunicaciones dirigidas fuera del ámbito territorial autonómico, los datos y denominaciones figurarán únicamente en castellano.

1.6. Confección de documentos

En los documentos que contengan actos administrativos, incluso los de trámite, que sean destinados a los ciudadanos, debe figurar un encabezamiento donde consten al menos los siguientes datos:

- a. Título: expresará con claridad y precisión el tipo de documento, el contenido esencial y el procedimiento en que se inserta.
- b. Identificación: número o clave asignado al expediente en que se integra el documento. Se utilizará para facilitar al ciudadano su mención en las comunicaciones que dirija a la administración.

En los documentos que hayan de estar formalizados, constará:

- a. La denominación completa del cargo o puesto de trabajo del titular del órgano administrativo que tenga la competencia para emitir el documento, así como el nombre y apellidos de la persona que formaliza el documento.
- b. En los supuestos en que lo haga por delegación de competencias o delegación de firma, se hará constar tal circunstancia. Se expresará la disposición de delegación y la denominación del cargo o puesto de trabajo de quien formaliza.
- c. El lugar y la fecha en que se formalizó el documento.
- d. La identificación del destinatario del documento (nombre y apellidos), si se trata de una persona física, la denominación social cuando se trate de personas jurídicas privadas, o la denominación del órgano o entidad a la que va dirigido.

1.7. Documentos administrativos: tipología básica.

Aún no se ha abordado la tarea de establecer un catálogo exhaustivo de tipologías documentales que puede utilizar las Administraciones Públicas. En el *Manual de documentos Administrativos* (1995), se puede encontrar una clasificación de los referidos documentos, plasmados en la tabla de la Fig.- 2:

Cruz Mundet, J.R-Mikelarena Peña, F; “*Información y Documentación Administrativa*” (2006)

DOCUMENTOS DE DECISIÓN (contienen una declaración de voluntad de un órgano administrativo sobre materias de su competencia)	-RESOLUCIONES -ACUERDOS
DOCUMENTOS DE TRANSMISIÓN (comunican la existencia de hechos o actos a otras personas, órganos o entidades)	-COMUNICACIONES -NOTIFICACIONES -PUBLICACIONES
DOCUMENTOS DE CONSTANCIA (contienen una declaración de conocimiento de un órgano administrativo, cuya finalidad es la acreditación de actos, hechos o efectos)	-ACTAS -CERTIFICADOS -CERTIFICACIONES ACTO PRESUNTO
DOCUMENTOS DE JUICIO (contienen una declaración de juicio de un órgano administrativo, persona o entidad pública o privada, sobre las cuestiones de hecho o de derecho que sean objeto de un procedimiento administrativo)	-INFORMES
DOCUMENTOS DE LOS CIUDADANOS (el instrumento por el que él se relaciona con la actividad de las Administraciones Públicas)	-SOLICITUDES -DENUNCIAS -ALEGACIONES -RECURSOS

Fig.2.- Tipología básica de documentos administrativos [elaboración propia a partir de tabla incluida en “*Información y Documentación Administrativa*” (2006)]

Como documentos administrativos de decisión, encontramos el Acuerdo, que recoge las decisiones que han adoptados los órganos competentes, sobre la iniciación y la tramitación del procedimiento previo a la resolución del mismo. Siempre es una declaración unilateral de un órgano administrativo.

Documento administrativo de decisión, también es la Resolución, que recoge las decisiones del órgano competente que ponen fin al procedimiento. Según el sentido de la decisión, se puede clasificar en:

- ⇒ Positivas: se estima la solicitud del ciudadano o se ratifica la iniciativa de un órgano administrativo. Son resoluciones positivas las que autorizan, conceden, reconocen o sancionan.
- ⇒ Negativas: desestiman la solicitud del ciudadano o rectifican la iniciativa de un órgano administrativo. Son resoluciones negativas las que deniegan, desautorizan, no conceden o no imponen sanciones.

La estructura del acuerdo o resolución (Fig.6) estará compuesta por:

- ⇒ Encabezamiento: información básica, inmediata y sintetizada de los elementos fundamentales del documento, integrada por:
 - ✗ Título: tipo de documento de que se trate (acuerdo/resolución)
 - ✗ Datos generales de identificación: información más significativa para la identificación del documento (número de expediente, asunto, interesado, procedimiento y fecha de iniciación)
- ⇒ Cuerpo: refleja el contenido del acto administrativo. Se estructura en los siguientes apartados:
 - ✗ Antecedentes: se resume brevemente las circunstancias que determinan la adopción de la decisión, a modo de introducción del documento para el recepto.
 - ✗ Hechos: en los que se fundamenta el procedimiento. Figurarán los que deban tenerse en cuenta en la decisión. Se expondrán de manera ordenada y objetiva.
 - ✗ Valoración jurídica: las disposiciones normativas a tener en cuenta, serán especificadas en su rango orgánico, número, fecha de aprobación y el número y fecha del boletín oficial de su publicación.
 - ✗ Competencia: identificación del órgano competente para adoptar la decisión y las normas que se la atribuyen.
 - ✗ Decisión: declaración de voluntad adoptada por el órgano administrativo sobre las cuestiones planteadas en el documento. La redacción será clara, sencilla y comprensible.
 - ✗ Recursos: se informará al ciudadano, en caso de poner fin a la vía administrativa, del tipo de recurso, órgano ante el que debe interponerse y plazos de presentación.
 - ✗ Notificación: Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en la legislación vigente.
 - ✗ Pie: contiene el lugar y fecha completa, antefirma y firma.

Los acuerdos de tramitación pueden tener un carácter de urgencia. En tal caso, los plazos establecidos en el procedimiento ordinario se reducen a la mitad. (Fig. - 7)

Los documentos administrativos de transmisión, comunican la existencia de hechos o actos a otras personas, órganos o entidades. Son el resultado de una larga tradición administrativa. En función de las relaciones existentes entre el emisor y el receptor de la información, los documentos administrativos de transmisión podemos clasificarlos en:

- ⇒ Documentos dirigidos a ciudadanos o entidades privadas:
 - ✗ La notificación, en la que el órgano competente comunica al interesado o interesados una resolución o acuerdo.

- ✖ La publicación, que es la inserción de un acto administrativo en un diario oficial, tablón de anuncios o medio de comunicación, con el fin de publicitar su contenido.

⇒ Documentos dirigidos a órganos o unidades administrativas:

- ✖ Las comunicaciones, que son aquellos documentos administrativos en los que el emisor el receptor tienen la condición de órgano o unidad administrativa (aunque sean de distinta Administración Pública). Son los documentos más importantes para el trabajo diario, supone el 90% de la actividad de los Departamentos y es utilizado como fórmula de comunicación con los órganos superiores. En las comunicaciones se distinguen dos documentos que deben mantener una redacción formal y concisa, clara y breve, rigurosa en su terminología, ordenada con párrafos breves y ante todo el texto debe estar cohesionado:
 - El oficio, que es el documento que se utiliza para la comunicación entre órganos o unidades, de la misma o diferente entidad.
 - La nota interior es el documento que se utiliza para la comunicación entre órganos o unidades pertenecientes a la misma entidad.

Los documentos administrativos de constancia son aquellos que contienen una declaración de conocimiento de un órgano administrativo, con el fin de acreditar determinados actos, hechos o efectos.

Se pueden clasificar en:

- ⇒ Actas. Con este término se designan aquellos documentos que recogen lo tratado en el curso de una reunión y acreditan hechos, circunstancias, juicios o acuerdos. Pueden ser actas de órganos colegiados, actas de infracción o actas procesales.
- ⇒ Certificados. Utilizaremos este documento para acreditar la veracidad de un acto o una situación de carácter administrativo. El destinatario puede ser una persona, órgano o entidad que pretende la producción de efectos.
- ⇒ Certificaciones de actos presuntos (Fig.- 9). Documento que acredita la existencia y efectos de un acto presunto emitido por el órgano competente para la adopción del acto expreso.

Como documento administrativo de juicio, tenemos el informe (Fig.- 8), cuya finalidad es proporcionar a los órganos competentes en el procedimiento, datos, valoraciones y opiniones necesarios para la formación de las correspondientes decisiones. No se producirán en ningún caso de oficio, sino por solicitud. Existen varios tipos:

- ⇒ En función de la obligación de solicitarlos (preceptivos y facultativos).
- ⇒ Por la vinculación de su contenido (vinculantes y no vinculantes).
- ⇒ Por el tipo de resolución que aportan (de resolución única y de resoluciones alternativas).
- ⇒ Por el órgano que los emite (internos y externos).
- ⇒ Por razón de su contenido (vinculados y libres).

En cuanto a los documentos de los ciudadanos, su contenido, finalidad y efectos dependen de la posición que ocupen en relación al procedimiento administrativo en el que participen. Podemos diferenciar cuatro tipos básicos:

- ⇒ Solicitud, que contendrá una o varias peticiones de un ciudadano dirigidas a promover la acción del órgano administrativo al que se dirige, para satisfacer pretensiones con fundamento en un derecho subjetivo o un interés legítimo.
- ⇒ Denuncia. Con este documento, cualquier ciudadano pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de algún hecho que pudiera obligar a la iniciación de un procedimiento administrativo.
- ⇒ Alegación. Documento por el que el interesado en un procedimiento administrativo aporta a los órganos responsables, datos o valoraciones que puedan considerarse.
- ⇒ Recurso. A través de este documento el ciudadano impugna un acto administrativo que afecta a sus derechos o intereses. Se podrá demandar su anulación por incurrir en alguna de las causas de invalidez previstas en el ordenamiento jurídico. Hay tres tipos:
 - × Recurso ordinario, de carácter administrativo, para impugnar resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa.
 - × Recurso de revisión, de carácter administrativo, para impugnar actos que ponen fin a la vía administrativa, cuando concurren una serie de requisitos.
 - × Recurso contencioso-administrativo, de carácter judicial, por el que se podrá impugnar actos que ponen fin a la vía administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.8. Diseñar y normalizar los documentos administrativos.

El diseño de documentos normalizados permite un mejor control administrativo, porque se produce un incremento de la productividad y una reducción de los errores. Tenemos que tener en cuenta que existen documentos que recogen datos previsibles y estructurables en un formulario impreso. Otros, combinan datos previsibles con otras variables por su naturaleza o por su extensión. Y otros, en los que no se puede prever su estructura. No es posible reducir todos los documentos administrativos a modelos normalizados.

El diseño normalizado de documentos administrativos, no debería presentar problemas de tipo material. No se exige recursos especiales, sino los que habitualmente dispone cualquier administración, tales como un programa de edición y un sistema para imprimir convencional.

Todos los documentos que contengan actos administrativos, incluidos los de mero trámite, deben estar formalizados.

Entendemos por formalización, la acreditación de la autenticidad de la voluntad del órgano emisor. Estará manifestada por medio de la firma manuscrita, por símbolos o por códigos que garanticen dicha autenticidad, utilizando técnicas o medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

En el resto de los documentos, especialmente en aquellos cuyo contenido sea informativo, no se exigirá formalización. Entonces será suficiente con la constancia del órgano autor del correspondiente documento.

En el Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado, propugna en el Preámbulo:

El establecimiento de una imagen institucional lleva aparejadas además la normalización y racionalización del material utilizado por la Administración en su actuación, prestando especial atención a la necesidad de articular un modelo de actividad administrativa eficiente, ágil, transparente y respetuosa con los ciudadanos.

En este sentido, los documentos e impresos de la Administración tienen especial importancia en cuanto que constituyen el principal instrumento en las relaciones entre los ciudadanos y la organización administrativa (...)

A lo largo del texto legislativo, se desarrollan las pautas a seguir para el diseño y normalización de los documentos administrativos.

A su vez, este Real Decreto, será desarrollado por la Orden de 27 de septiembre de 1999, por la que se aprueba el Manual de Imagen Institucional de la Administración General del Estado. Para que se elaboren documentos normalizados, tendremos que tener en cuenta una serie de cuestiones:

1. Disposición adecuada a la norma institucional de los elementos de identidad corporativa (símbolos, fuentes y tamaño o cuerpo de la letra, colores, etcétera).
2. Se deberá disponer el texto en párrafos breves y utilizando un lenguaje comprensible (sencillo y directo) para los ciudadanos.
3. Se evitarán saludos y despedidas, así como otras fórmulas de cortesía, que no tienen cabida en el lenguaje administrativo.
4. En los documentos con un destinatario individual es conveniente incluir un título. Es un recurso formal que facilita la comprensión del mensaje por su receptor. El título denomina el tipo de acto que contiene (notificación, diligencia, nota interior, etcétera).
5. Únicamente se requerirán del ciudadano los datos imprescindibles para la tramitación correspondiente, evitando solicitar datos ya conocidos o en poder de la Administración.
6. En los documentos destinados a ser cumplimentados por los ciudadanos se incluirán instrucciones claras y concisas.
7. El centro o unidad de procedencia estará debidamente identificado, con la dirección postal completa, número de teléfono y correo electrónico, para que el destinatario pueda ponerse en contacto.
8. Se evitará el lenguaje sexista y cualquier otro lenguaje discriminatorio. Se atenderá a la forma femenina de títulos, profesiones y cargos. Sustantivos no marcados, desdoblamientos y dobles son posibles, siempre y cuando no se alargue la frase hasta hacer incomprensible el mensaje.

9. Los documentos básicos de información deberán contar con versiones simplificadas para personas con discapacidad intelectual o problemas de comprensión escrita.
10. La primera vez que se incluyan unas siglas deben ir precedidas de la denominación completa. Se evitarán siempre las abreviaturas.
11. En los formularios, los datos han de seguir un orden lógico y distinguiendo los espacios destinados para que rellene el interesado.
12. En los formularios hay que prever la posibilidad de mecanización a la hora de disponer los espaciados, campos para cumplimentar o rellenar..., así como su posterior archivo.
13. Se pueden, y deben, incorporar elementos que faciliten la comprensión del texto, tales como ciertos tipos de letra, formatos, colores. Y combinarlos con márgenes y espacios en blanco... Es decir, que hay que aprovechar aquellos recursos gráficos que nos ofrecen los medios electrónicos e informáticos para el diseño de los impresos.
14. Si el impreso dispone de varias copias, habrá que distinguir en cada una al destinatario.
15. El número de ejemplares se adecuará a las necesidades objetivas, por lo que se evitarán tiradas excesivas y no justificadas.

1.9. El lenguaje administrativo

La concepción de la Administración como “servicio público” no es fácil de compaginar con el estilo tradicional y anacrónico, de carácter culto e incluso arcaico, que actualmente se sigue utilizando en la redacción de documentos administrativos.

Se le puede considerar un carácter poco democrático al imponer distancias con los particulares y buscando de una forma consciente una situación de prepotencia. La ciudadanía actual ha estado tradicionalmente sujeta a una actuación administrativa plagada de fórmulas y expresiones, que indicaban superioridad y convertían en graciable una actuación administrativa normativamente exigible.

Se dificulta su comprensión cuando se utilizan tecnicismos característicos de la actividad realizada en los colectivos jurídicos o funcionariales.

La despersonalización, diluyendo responsabilidades y difuminando responsables, se acentúa mediante la utilización de fórmulas y giros que hacen imprecisa la procedencia de la decisión adoptada.

El carácter burocrático, utilizando términos y formas arcaizantes, con saluciones y fórmulas de reverente gravedad, heredadas de generación en generación y procedentes de épocas históricas lejanas, aleja el lenguaje administrativo de la realidad social. Lo mismo ocurre con las pretensiones literarias, que conducen en muchas ocasiones a una retórica cursi, barroca y afectada.

Los administrados demandan una mayor comprensión de los documentos administrativos. Para ello, se tiende a utilizar un lenguaje con otras características:

1. Claridad: la redacción de los documentos administrativos debe facilitar una comprensión rápida y eficaz de su contenido por los receptores, sean ciudadanos o miembros de la organización administrativa. Para ello:
 - Se deben utilizar frases claras, cortas y concisas.
 - No se deben dar por sobreentendidos términos, denominaciones o expresiones, especialmente si el receptor del documento es un ciudadano o una ciudadana.
 - No abusaremos de la utilización de términos técnicos. Si no es posible prescindir de ellos, los definiremos o utilizaremos de forma que el receptor comprenda su significado.
 - Los títulos y subtítulos de cada documento deben ser informativos y explicativos de su contenido.
 - Las palabras deben de ordenarse correctamente en oraciones, respetando su construcción, las reglas de la sintaxis correspondiente a la lengua en la que nos expresamos, y los tiempos verbales correctos.
2. Sencillez: la redacción de los documentos administrativos debe caracterizarse por la naturalidad en la expresión, sin pretensiones retóricas, literarias o artificialmente elegantes.
 - Se debe evitar la construcción “verbo+sustantivo” y utilizar en su lugar un verbo simple.
 - Concisión. La expresión de la información que contiene todo documento administrativo debe ser precisa, concreta y limitada a su contenido esencial.
 - La redacción debe destacar adecuadamente el contenido o mensaje que resulte realmente útil al receptor, eliminado o restringiendo elementos superfluos.
3. Usos gramaticales: toda buena redacción debe respetar el conjunto de reglas que regulan todos y cada uno de los aspectos gramaticales y ortográficos.

1.10. El expediente administrativo

Habitualmente se manifiesta una preocupación extraordinaria por el tratamiento de los documentos y expedientes. La evolución normativa del procedimiento administrativo se encuentra en el tratamiento de los documentos manejados por la Administración en sus intervenciones. Desde las instancias presentadas por los ciudadanos por medio de los registros, hasta los oficios, las diligencias y las comunicaciones a los interesados. Dado que la Administración generaliza el empleo del papel en sus procesos de tomas de decisiones y en sus comunicaciones con los ciudadanos, se hacen precisas las normas que garanticen la fidelidad y el control interno de esos papeles, tanto los presentados por los interesados, como los producidos por la propia Administración.

Será a primeros del siglo XX, cuando nos encontramos con la figura de Maura¹⁸, que promoverá un intento de reforma administrativa, estableciendo normas de responsabilidad de los funcionarios o los cambios en el régimen local. Se refuerza el papel documental de los Secretarios de Ayuntamientos, demostrando que el régimen de los expedientes y documentos administrativos resulta fundamental.

Con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, se enfatiza la necesidad de documentar la actuación de la Administración y se reconoce la importancia del tratamiento de los expedientes.

Según Rivero Ortega (2007) “Expediente administrativo es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado”¹⁹. Puede darse el caso, de que en alguno solo aparezca un documento. Esos documentos aparecerán ordenados, lo que lleva implícito un orden y una disciplina en la articulación formal. Serán ordenados por la Administración, y serán documentos administrativos cuando pasen a formar parte del expediente. Se referirán a un determinado asunto, existiendo una conexión entre los documentos en cuanto a su objeto y el fin para el que la Administración los recopila y ordena. El expediente administrativo formará e informará un criterio sobre un caso o una materia concreta.

La agregación sucesiva de documentos, así como su rúbrica y estructura foliada son elementos implícitos en la consideración de orden validado por la Administración.

Entre los principales documentos podemos diferenciar entre los dirigidos por la Administración a los interesados (notificaciones, certificados, acuerdos o resoluciones), los generados por las relaciones interadministrativas (oficios, notas interiores, propuestas de resolución, informes, actas) y los dirigidos por los administrados a la Administración (instancias, denuncias, alegaciones, recursos, cartas).

La tendencia de futuro va en la línea de que los expedientes administrativos sean electrónicos. Puede ser una herramienta útil y aceptable, pero habrá que tener en cuenta las normativas jurídicas que deben rodearlo, para que no pueda producirse la indefensión de los ciudadanos. Tendrá que transcurrir un período de transición en el que coexistirá el clásico expediente en papel, con los expedientes electrónicos. El expediente no tiene por qué ser una carpeta de documentos en papel. Es necesario utilizar en la oficina administrativa los recursos de las tecnologías informáticas.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el artículo 45.5, contempla la idea de que los documentos emitidos por las Administraciones Públicas, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, o los que éstas emitan como copias de originales

¹⁸ En 1918 se decide la constitución de un Gobierno de concentración nacional que, presidido por Antonio Maura. Considera prioritario una reforma de la Administración que responda de sus actuaciones ante el ciudadano. Para ello era preciso conocer, en cada momento, quien tomaba las decisiones y quien las proponía dentro de la Administración con objeto de que, si fuera necesario, se pudieran pedir responsabilidades. la base del sistema de garantías al ciudadano se encuentra en la responsabilidad personal del funcionario o autoridad que toma una decisión o coadyuva a que la misma se adopte.

¹⁹ Rivero Ortega, R, (2007) “*El expediente administrativo. De los Legajos a los soportes electrónicos*”, Navarra, Thomson-Aranzadi, p.94.

almacenados por estos mismos medios, tendrán la misma validez y eficacia que el documento original. Siempre quedará garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado. También habrá que cumplir las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes.

Etimológicamente, la palabra expediente se deriva del latín *expedire*: el que resuelve. Propiamente, *expedire* significa apartar los obstáculos de un camino; así metafóricamente, podemos considerar que el trámite administrativo se propone apartar los obstáculos para alcanzar objeto determinado. El reflejo documental de ese trámite administrativo forma el conjunto de todos los papeles correspondientes a un asunto o negocio, es decir, el expediente administrativo, que podemos definir como la reunión de todos los documentos que sobre un asunto se producen.

El expediente administrativo puede contener documentos como:

- ⇒ Solicitud del interesado u orden de incoación de oficio de iniciación del mismo, que puede tener su base en: una orden superior, moción de los subordinados o denuncia de un particular.
- ⇒ Acuerdo de adopción de medidas provisionales para asegurar la eficacia de la futura resolución.
- ⇒ Acuerdo de acumulación de expedientes: El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.
- ⇒ Peticiones de datos: Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.
- ⇒ Informe: carece por completo de valor vinculante. Muchas veces se refiere a la evacuación de una consulta con una entidad particular. Otras, subraya o recuerda datos. Su valor es meramente informativo.
- ⇒ Anuncios de información pública: El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública. Se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma, o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde. El anuncio señalará el lugar de exhibición.
- ⇒ Documentos de prueba.
- ⇒ Diligencias.
- ⇒ Propuesta de resolución.
- ⇒ Informes de Asesoría Jurídica.
- ⇒ Dictamen: es un documento que refleja la opinión de un organismo oficial, que al ser solicitada por otro organismo superior, tiene un valor de algún modo vinculante, aunque sin llegar a ser plenamente decisorio.
- ⇒ Certificaciones.

- ⇒ Resolución: se trata de un documento que promulga disposiciones inferiores y en su caso las aplica por conducto de los organismos administrativamente inferiores de la Administración.
- ⇒ Notificaciones Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.
- ⇒ Multas: son una clase de acto administrativo que consiste en una sanción como consecuencia de una conducta ilícita del administrado.

Los expedientes administrativos, según el Reglamento de Organización y Funciones (ROF)²⁰, se iniciarán:

- a) De oficio, cuando se trate de necesidades del servicio público o de exigir responsabilidades a los miembros o funcionarios de las Administraciones Públicas, siendo cabeza de expediente el acuerdo y orden de proceder.
- b) A instancia de parte, cuando se promuevan para resolver pretensiones deducidas por los particulares, y será, en este caso cabeza de expediente, la solicitud decretada para su trámite.

Iniciado un procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables a las interesadas o interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por la Leyes.

La tramitación de los expedientes se simplificará cuanto sea posible y, en ningún caso podrán los funcionarios, Ponencias o Comisiones abstenerse de proponer, ni por ejemplo la Corporación de resolver a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de preceptos legales aplicables.

La exposición al público, anuncios, información, audiencia a las interesadas o interesados, intervención jerárquica superior y demás garantías del procedimiento, se sujetará a las condiciones y plazos establecidos legalmente.

Cuando se hayan de desglosar documentos de los expedientes, se hará constar este hecho y se dejará copia autorizada por el Jefe o Jefa de la unidad administrativa correspondiente, en situación de aquellos.

²⁰ REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES (ROF), es el documento técnico normativo de gestión institucional que formaliza la estructura orgánica de la Entidad, orientada al esfuerzo institucional y al logro de sus objetivos. Contiene las funciones generales de la Entidad y las funciones específicas de los órganos y unidades orgánicas, estableciendo sus relaciones y responsabilidades.

De todo documento original que se remita se dejará fotocopia o copia autorizada en el archivo. Los expedientes o documentos originales sólo podrán salir de las oficinas por alguna de estas causas:

1. Que soliciten, mediante escrito, su desglose quienes lo hubieren presentado, una vez que hayan surtido los efectos consiguientes.
2. Que hayan de enviarse a un Organismo público en cumplimiento de trámites reglamentarios o para que recaiga resolución definitiva.
3. Que sean reclamados por los Tribunales de Justicia.

En los expedientes informará el Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que se funde su criterio.

Los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes:

1. Enumeración clara y sucinta del hecho.
2. Disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina.
3. Pronunciamiento que haya de contener la parte dispositiva.

Iniciado un expediente, las entidades están obligadas a resolverlo expresamente. No obstante, se aplicará la legislación sobre el procedimiento administrativo común por lo que se refiere al silencio administrativo.

Una vez conclusos los expedientes, se entregarán en la Secretaría de la entidad, que después de examinarlos, los someterá al Presidente.

Para que puedan incluirse en el orden del día de una sesión, los expedientes habrán de estar en poder la Secretaría tres días antes, por lo menos, del señalado para celebrarla. Se dejará copia certificada en el expediente de la resolución adoptada.

Se considera terminado un expediente de dos formas:

- ⇒ Por concluir efectivamente su tramitación, mediante el acto administrativo que resuelve el asunto.
- ⇒ Por caducidad del expediente, esto es, porque su tramitación se ha paralizado por determinado tiempo legal y por causas imputables a las interesadas o interesados.

Una vez concluida la tramitación de los expedientes, pasarán periódicamente al Archivo y tendrán índice alfabético duplicado en que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes para su rápida localización para posibles consultas posteriores.

Hay una documentación del expediente (documento en sentido estricto) y una documentación de apoyo informativo. Esta documentación de apoyo informativo puede dividirse de la siguiente forma:

- ⇒ Documentos primarios, que suministran información directa:
 - × Documentos unitarios: Libros, folletos, monografías, informes, enciclopedias, manuales, tesis doctorales, artículos de revistas, carteles.

- ✗ Publicaciones periódicas: Revistas (técnicas, científicas, especializadas), diarios, boletines, publicaciones oficiales, publicaciones técnicas.
- ⇒ Documentos secundarios, que contienen información referentes a los documentos primarios:
 - ✗ Bibliografías, boletines de sumarios o resúmenes, catálogos de bibliotecas índices, boletines, boletines de documentos recibidos, resúmenes, extractos

Para la catalogación del expediente administrativo utilizaremos “la ficha catalográfica de un expediente”, que es la descripción de un documento, expresando el contenido espiritual y características externas del mismo. El conjunto de las descripciones de un depósito documental es lo que constituye el catálogo, cuyo elemento simple es la ficha.

Evidentemente, puesto que un expediente administrativo adquiere con el tiempo un valor histórico y se transforma en documento, debe de ser descrito y catalogado en una ficha que resuma brevemente sus características. Podemos decir que lo más importante de la ficha catalográfica de un expediente es que resuma bien el trámite seguido, lo que podríamos llamar el *cursus* de la acción administrativa.

La datación y signatura son las primeras indicaciones que debe de dar la ficha. Permitirá situarla:

- ⇒ en el tiempo histórico, a través de la data crónica o fecha.
- ⇒ en el lugar geográfico donde se produjo, a través de la data tópica o indicación de lugar.
- ⇒ en la ubicación archivística actual, a través de la signatura, que debe comprender las siglas del Archivo correspondiente o su nombre completo, seguidas de la indicación de la Sección, Serie, Legajo o Caja y Número de expediente.

La acción administrativa tiene un espacio de tiempo durante el cual sigue su curso. Es necesario, pues, acotar la fecha inicial y la final, referidas ambas a la acción administrativa y no solamente a la pura cronología de los documentos, puesto que se da el caso de conservarse en el expediente muchos documentos anteriores al principio de la acción administrativa.

El encabezamiento de muchos expedientes son personales, en el sentido de que la acción administrativa tiene su origen en una instancia u oficio que permiten iniciar la ficha con un nombre propio, acompañado del oficio o cargo de la persona que inicia el trámite. En este caso se utilizará el estilo directo y se destacará tipográficamente el nombre que se utiliza como encabezamiento. Con todo, cuando el asunto no está muy claro, se puede encabezar simplemente con la expresión: “*Expediente sobre....*” y utilizar el estilo indirecto.

El asunto, tanto si se utiliza el estilo directo como indirecto, se resumirá en una indicación muy concisa, pero que abarcará todo el contenido, por complejo que sea. Habrá que distinguir, por tanto, lo esencial de lo accesorio, procurando que se entienda bien el problema de que se trata.

La tramitación, dentro del asunto, o en indicación clara aparte, se señalará si se ha resuelto favorablemente o no, si no consta resolución, etc.

En la descripción de datos externos, es conveniente añadir indicaciones sobre todo tipo de datos externos. Son todos los que no atañen a la sustancia del contenido:

- ⇒ anotaciones de tipo diplomático (mandato, oficio, comunicación, real orden, privilegio, expediente, etc.)
- ⇒ relacionar la ingenuidad documental (si es original o copia, etc.)
- ⇒ otras indicaciones: medidas, número de hojas, lengua, forma de escritura (manuscrita, impresa,...), encuadernación, sellos, dibujos, etc.

En la relación de contenido, los documentos se ordenarán de forma lógica y cronológica. Cada uno de ellos recibirá un número y una calificación documental que atienda a su tipología. En la relación de contenido es donde debe quedar claro el curso administrativo, por lo que se destacará la oficina emisora y receptora y se indicará la fecha de cada una de las piezas.

Los índices y notas aclaratorias se dispondrán a pie de ficha cuando se considere necesario para justificar cualquier dato que pudiera parecer dudoso o como complemento de la información. Estas notas deben ser muy breves, ya que se trata de meras aclaraciones. Pueden disponerse también a pie de texto, índices de materias, lugares o personas,

2.- APROXIMACIÓN A LAS TÉCNICAS ARCHIVÍSTICAS

2.1 Historia del archivo

Los archivos y su documentación son tan antiguos como la organización social de la humanidad. Para hallar sus orígenes habría que remontarse a la aparición de la escritura. Los primeros archivos aparecen con los primeros Imperios. Eran una herramienta de control de la población y de la riqueza. Desde las monarquías surgidas en el Asia Anterior hasta el Bajo Imperio Romano, pasando por las civilizaciones egipcia y griega, se tiene constancia de la existencia de archivos y de fondos organizados.

El archivo más antiguo que se ha descubierto hasta ahora se encuentra en el Palacio Real de Ebla (el sitio es conocido hoy como Tell Mardikh). Es una ciudad antigua localizada en el norte de Siria, a unos 55 km al sureste de Alepo. Entre los habitantes de esta ciudad había activos comerciantes y cultos escribas. En este palacio se han encontrado dos habitaciones con fragmentos de tabletas, que incluyen unos 4.000 documentos. Unos, son de carácter económico. Los más numerosos, son textos administrativos, correspondencia oficial, tratados políticos, textos legales, históricos y religiosos. Existen otros yacimientos importantes que revelan el grado de desarrollo de esta civilización, como son los archivos de Ras-Shamra, en el Palacio de Ugarit. Allí se pueden apreciar perfectamente las tres salas de que estaba compuesto el archivo: una donde se encontraban ubicados los documentos diplomáticos, otra destinada a documentos financieros y otra, para documentos administrativos.

En las civilizaciones griega y romana, el archivo fue considerado un lugar sagrado. En Grecia, el *Archeion* es la residencia de los "magistrados que, entre otras, ejercen también la función de archiveros" (Mundet, (2006), p. 23). También podrían realizar estas tareas esclavos públicos cualificados en administración. En este período los archivos tienen doble utilidad: "administrativa (como fuente de información para el gobierno) y jurídica (por el valor probatorio del documento escrito)" (Mundet, (2006), p. 24). Se

puede considerar que existe un nexo entre la gestión del poder y la gestión de los documentos. En Grecia “surge el concepto de publicidad como atributo propio de los archivos públicos, unido a la noción de democracia” (Mundet, (2006), p. 25).

En Roma, el *Tabularium* es el término que definía al edificio de registro romano. Era donde se guardaban las tábulas (las tablillas o tablas), en las que se escribía. Fue la oficina de registros oficiales de la antigua Roma y albergaba las oficinas de los funcionarios de la ciudad. El archivo sólo era accesible a determinados funcionarios, y el documento público se convirtió en un instrumento del poder del Estado.

Alejandro Magno, quien fundó su poderoso reino en el Valle de Nilo, construyó en su nueva capital la famosa Biblioteca de Alejandría. En ella, se recopiló casi la totalidad de la literatura griega.

Una característica de las cortes medievales es que eran itinerantes. Debido a esto, no existe organización de archivos estatales. La monarquía visigótica llamaba al archivo *thesaurus*. Era el lugar destinado a la custodia del erario, y donde se archivaba la documentación real, los códigos y los tratados internacionales.

En la época que va desde el siglo XVI hasta las primeras décadas del siglo XIX, comienzan a organizarse los primeros archivos del Estado, que están al servicio de la Corona. Los Reyes Católicos ordenaron la concentración de sus archivos en la Chancillería de Valladolid. Felipe II finalizará la concentración definitiva de los archivos precedentes de todos los consejos, audiencias, chancillerías, tesorerías y secretarías de Estado en el Castillo de Simancas.

El derecho del Estado sobre los documentos públicos, hará que las monarquías reclamen a los funcionarios el reintegro de la documentación que tuvieran en su poder. Administraciones, tanto públicas como privadas, empiezan a organizar sus archivos.

Al concebirse como fuente de poder, el archivo se convierte en un territorio infranqueable, presidido por el principio de secreto. El acceso a la documentación es restringida y sólo se podrá tener acceso a ella mediante la autorización real, o de la máxima autoridad.

En el siglo XIX se produce la división entre archivos históricos y archivos administrativos, siendo los primeros los favoritos por parte de los archiveros, y dejarán en un segundo plano al documento administrativo.

2.2 Concepto de archivo

Cuando pensamos en el término archivo, tenemos la imagen del edificio o local donde los documentos son conservados. Una institución responsable de la acogida, tratamiento, conservación y servicio de los documentos. El Diccionario de Terminología Archivística (1993) define el archivo como:

El conjunto de documentos sean cuales sean su fecha, su forma y su soporte material, producidos o recibidos por toda persona física o moral, y por todo servicio u organismo público o privado, en el ejercicio de su actividad, y son, ya conservados por sus creadores o por sus sucesores para sus propias necesidades, ya transmitidos a la institución de archivos competente en razón de su valor archivístico.

Por otra parte, la Ley del Patrimonio Histórico Español (1985), considera que los archivos (Fig.- 3) son:

Los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo se entienden también por archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos”.

El archivo se compone de un conjunto de documentos, sin importar su fecha, su forma o su soporte material. Pueden formar parte desde el pergamino más antiguo, hasta el disco magneto-óptico más reciente.

Esos documentos pueden ser generados por cualquier persona física o jurídica: individuos, familias u organismos públicos y privados. Se producen para cubrir las necesidades de la gestión administrativa, que en el caso de los organismos públicos, incluye la información a la ciudadanía, y posteriormente, por el interés que pueden ofrecer para la investigación y la difusión cultural.

Esa información debe ser conservada organizadamente. Se respetará el orden según el cual fueron creados. Deben ser conjuntos orgánicos. Para que podamos hablar de archivo, los documentos han de estar organizados y su información deberá ser recuperable para su uso, siguiendo los procedimientos establecidos, en locales e instalaciones adecuados y supervisados por personal competente en la materia.



Fig.3.- Archivo

La evolución de la archivística en este siglo y en los últimos años ha sido notable. Debemos dejar de asociar archivo con historia, puesto que este concepto engloba bastante más conceptos que una visión exclusivamente basada en la cronología de los documentos. La producción documental de una Administración se agrupa en un único fondo, que se estructura en distintos estadios según la utilidad y valor del documento:

- ⇒ Valor administrativo (Archivo de Oficina)
- ⇒ Valor fiscal o jurídico (Archivo Intermedio)
- ⇒ Valor histórico o informativo (Archivo Histórico)

El documento es siempre el mismo, al margen del lugar donde este depositado, y es esa primera visión clave, la que tenemos que asumir para comprender el papel que corresponde a cada uno de los que trabajan dentro del sistema global de archivos.

Existen multitud de clases de archivo, siempre en función del parámetro que utilizemos:

1. Por la existencia o no existencia de la institución a la que pertenecen:
 - Vivos: pertenecen a instituciones existentes Ej. Los Ayuntamientos.
 - Muertos: pertenecen a instituciones ya desaparecidas. Ej. : La Corona de Castilla.
2. Por su naturaleza:
 - Civiles.
 - Religiosos.
 - Públicos.
 - Privados.
3. Por su volumen:
 - Pequeños: hasta 10 Kilómetros de Estanterías.
 - Medianos: Entre 10 y 15 Kilómetros de Estanterías.
 - Grandes: Más de 15 Kilómetros de Estanterías.
4. Por el área de influencia:
 - Nacionales.
 - Regionales.
 - De Distrito.
 - Comarcales.
 - Locales.
5. Por el valor del documento:
 - Oficina.
 - Intermedio.
 - Histórico.

2.3 El circuito documental

El fondo documental de una entidad constituye una totalidad, donde se incluyen las tres fases de archivo dentro de un sistema global: (Fig.4.- Circuito documental)

- ⇒ Primera Edad (Archivo de Oficina): El documento tiene un valor administrativo y es necesario para la gestión en las oficinas (menos de 5 años).
- ⇒ Segunda Edad (Archivo Intermedio): El documento tiene un valor fiscal o legal, demostrativo de derechos (5 a 30 años).

- ⇒ Tercera Edad (Archivo Histórico): Su valor es histórico o testimonial. Se basa en la información que contiene el documento para la investigación histórica o para la cultura.

CIRCUITO DOCUMENTAL

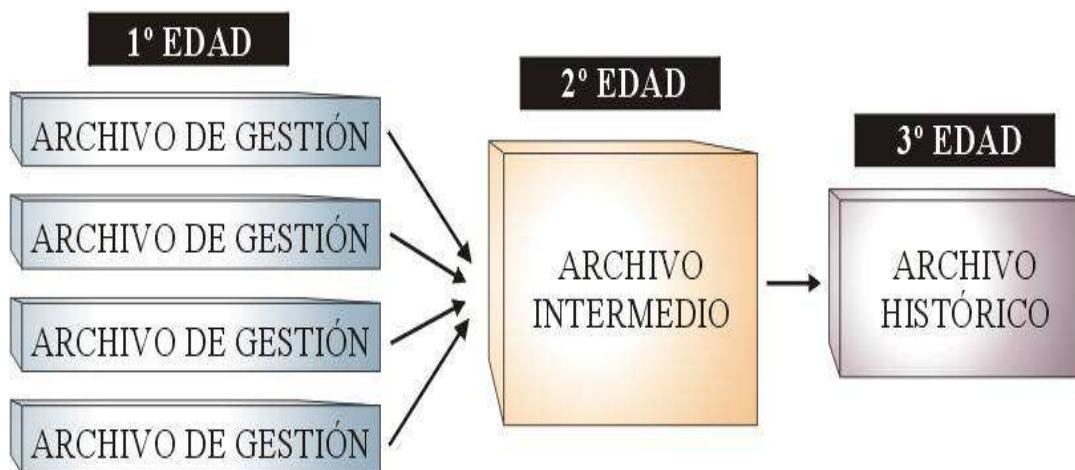


Fig. 4.- Circuito documental: elaboración propia adaptado de apuntes Grado GAP asignatura Fundamentos y Métodos de Gestión Pública (Curso 2012-2013), Universidad de Jaén. Profesor Félix Fernández Castaño

Se puede afirmar que los documentos tienen un valor vital. Es necesario no olvidar que el documento, independientemente de la fase en que se encuentra es siempre el mismo.

La Administración debe garantizar la existencia de un sistema de archivos, que permita que los documentos estén correctamente ubicados y conservados en función de su utilidad para la gestión, la demostración de derechos o la historia. Ello implica la presencia de los cauces necesarios para que los documentos fluyan de una fase a otra del sistema, según vaya evolucionando en los valores que posee.

Las oficinas, no suelen tener espacio, ni recursos materiales ni humanos, para controlar un volumen documental, por un tiempo superior a cinco años. Por ello cuando la documentación ya no es útil para el desarrollo normal de sus funciones, debe pasar a la siguiente fase de archivo. Si esto no se produce, se generaría una acumulación documental, que solo dificultará el normal desarrollo de sus actividades, y además, impedirá archivar documentos nuevos.

2.4 El trabajo de oficina y la gestión de los documentos

El trabajo de oficina, caracterizado por orientarse al registro a posteriori de los resultados de la gestión, ha pasado a una interpretación más dinámica y de anticipación de los resultados.

El *paperwork*, para los norteamericanos, tiene dos funciones principales:

1. Función de registro, o reunión de datos elementales relativos a una operación y su transcripción a un documento, es la función tradicional de las oficinas
2. Función de información, que se ha incluido en los últimos años entre las tareas del trabajo de oficina. Se deriva directamente del registro, e incluso en algunos casos, va implícita en él.

El paso del registro a la información se hace mediante una serie de operaciones como la codificación, la clasificación, la selección, el cálculo, la agrupación, etc., que transforman los datos brutos en elementos significativos.

El conjunto de las dos funciones, relacionadas entre sí por la elaboración, es lo que da lugar a lo que denominamos trabajo de oficina. Todos aquellos que prevén la recogida de un dato, su registro posterior en un documento que permita su conservación, hasta el momento en que su utilidad desaparezca y su transformación definitiva en información.

Si tenemos en cuenta lo que afecta a la organización de la información, que nos permita hacerla recuperable para su uso, podemos distinguir dos fases durante la etapa de uso y validez para las oficinas:

- ⇒ La primera es la de tramitación: los asuntos sobre los que informan los documentos se encuentran en algún punto entre la iniciación y la diligencia del archivo.
- ⇒ La segunda es la de archivo: cuando tras su ejecución, por caducidad, etc., la tramitación ha sido dada por concluida, salvo que un recurso o cualquier otra circunstancia pudiera devolverlo a la etapa anterior.

El procedimiento administrativo, puramente burocrático, se caracteriza por tener unos plazos de resolución habitualmente cortos. Puede ser unos días, o hasta algunos meses. En cambio otros, como el procedimiento parlamentario o judicial, por sus peculiaridades suelen prolongarse en el tiempo durante más de un año.

Para la gestión de los documentos, esto significa, que por regla general el número de expedientes abiertos simultáneamente en una misma oficina o departamento administrativo es limitado. La recuperación y consulta de los expedientes no plantea exigencias organizativas especiales, ya que están a mano en cada puesto de trabajo. Normalmente, colocados en armarios en carpetas colgantes, ordenados alfabéticamente, por su número secuencial, utilizando carpetas de distintos colores para diferenciar unos asuntos de otros, etc.

Cuando han concluido y deben permanecer disponibles para las oficinas, aproximadamente un año, el volumen de expedientes aumenta. Y aún más, si tenemos en cuenta que por economía de medios, racionalización o seguridad, se utilizan las mismas instalaciones de archivo de expedientes para varios departamentos o divisiones.

Los archivos de oficina constituyen subsistemas englobados en el sistema de archivo, que comprende todas las fases del ciclo de vida de los documentos. Deberá realizarse de acuerdo con el programa de gestión de documentos establecido por la persona encargada del archivo, siguiendo sus indicaciones. Debe existir una política de gestión de los documentos y de la información administrativa, para desempeñar las funciones de una buena gestión documental con criterios de calidad, eficacia y transparencia.

2.4.1 Procedimientos de clasificación

Al clasificar documentos se realiza un análisis de su contenido y forma, situándolos en grupos mediante un sistema de clasificación desarrollado con estos fines. Se agruparán jerárquicamente, estableciendo clases en distintos niveles:

- ⇒ 1^{er} nivel: las unidades archivísticas. En las tareas o actividades que desempeña una oficina se producen documentos que se agrupan desde que originan en forma de expedientes, libros, dosieres, etc.
- ⇒ 2^o nivel: las series, que se caracterizan por estar formadas por un conjunto de expedientes, libros, ..., producidos continuamente por la actividad desarrollada.
- ⇒ 3^{er} nivel: las secciones, que son las series agrupadas, de las distintas oficinas de un departamento, sección o área, relacionadas entre sí por las atribuciones a desarrollar.
- ⇒ 4^o nivel: el fondo, que está constituido por todas las secciones en que se clasifiquen los documentos de un organismo.

La clasificación responde a la necesidad doble de proporcionar una estructura lógica a los documentos, y facilitar su localización conceptual²¹. Se utilizarán las agrupaciones para construir el cuadro de clasificación, que será elaborado por el archivero. Para ello deberá conocer la entidad, su organización y estructura, los métodos de funcionamiento, de los procedimientos y las variaciones en el tiempo de cada uno de estos elementos.

Podemos considerar que hay tres elementos para la clasificación de los documentos: las acciones a que los documentos se refieren; la estructura orgánica de la dependencia que los produce; los asuntos o materias a que se refieren.

Existirían tres sistemas o criterios de clasificación:

- 1.- la clasificación funcional: los expedientes, que son la unidad básica de la acción administrativa, se agruparán según la función que reflejan.
- 2.- la clasificación orgánica: reproduciendo las estructuras administrativas, la división orgánica de la institución, sus servicios, secciones, divisiones administrativas, etc.
- 3.- la clasificación por materias: se establecen los grupos atendiendo a los asuntos o materias a que se refiera su contenido.

La elección del sistema de clasificación más apropiado depende varias exigencias del trabajo archivístico:

- ⇒ Será un sistema lo más estable posible, para que perdure en el tiempo.
- ⇒ Debe ser objetivo.
- ⇒ Se sustentará en un criterio que emane de la propia naturaleza de los documentos.

El cuadro de clasificación constituye una herramienta de búsqueda de la información que permite acceder a ella con lógica, coherencia y exclusividad.

²¹ La localización conceptual nos permite conocer los términos según los cuales están agrupados los documentos, aun sin acceder a ellos físicamente.

2.4.2 Procedimientos de ordenación

La ordenación consiste en relacionar unos elementos con otros, de acuerdo con un criterio preestablecido. Se aplica sobre diversos elementos o en diferentes niveles: los documentos, los expedientes, las series, etc.

En la mayoría de los casos, los documentos se ordenan dentro de los expedientes siguiendo la tramitación con su secuencia cronológica. Pero dependerá del criterio establecido. Pueden ser:

- ⇒ Las letras del abecedario (alfabético), utilizando su posición en la palabra o frase sobre la que se basa. Existen varias opciones:
 - ✗ Onomástica: se consideran nombres de persona o apellidos.
 - ✗ Geográfica (o toponímica): nombres de lugar según su jerarquía espacial.
- ⇒ Las fechas de los documentos (cronológico), es el método más difundido para ordenar los documentos dentro de los expedientes, por coincidir normalmente, con el orden lógico de la tramitación administrativa.
- ⇒ La secuencia de los números naturales (numérico), siguiendo la serie de guarismos desde el uno en adelante, o agrupaciones de estos por bloques.
- ⇒ La combinación de varios de ellos (alfanumérico), que consiste en la combinación de letras y números para componer los códigos de ordenación.

2.4.3 Procedimientos de descripción

La descripción de los documentos constituye la parte culminante del trabajo archivístico, y coincide con su finalidad, que es informar. Si está conservada, es porque contiene información. Los instrumentos de descripción o de información, median entre los consultantes y el entorno documental. Definitivamente, el objeto de la labor descriptiva, es hacer accesibles eficazmente los fondos documentales.

El servicio de archivo deberá establecer un plan de descripción adaptado a las características de los documentos y a las necesidades de los usuarios. Lo habitual es que estos procedimientos hayan sido sustituidos por ordenadores.

Puede suceder que tengamos que poner en marcha alguna herramienta descriptiva. Para ello, en primer lugar, como las Administraciones Públicas, habitualmente trabajan con expedientes, necesitaremos una herramienta que los describa. En segundo lugar, describiremos solo los datos fundamentales para identificar y recuperar el expediente deseado, por lo que utilizaremos el inventario²².

En la fase del ciclo de vida de los documentos de los archivos de gestión o de oficina, la documentación es utilizada por la unidad administrativa que los genera, básicamente. Pueden ser consultados también por los responsables de otras dependencias de la misma entidad, o de personas físicas y jurídicas interesadas en el procedimiento. Los ciudadanos solo podrán tener acceso a la información general.

²² Este instrumento combina clasificación y descripción, para conocer el material que se tiene y como está organizado, y a también para informar con precisión acerca de su contenido y la forma de localizarlo.

Para que el acceso a estos materiales se haga con seguridad, se elaboran unos instrumentos de control. Se elabora un registro en el que constarán al menos los siguientes datos:

- Descripción del documento o expediente
- Signatura de instalación
- Identificación del solicitante (nombre, apellidos y dependencia)
- Fecha de consulta o salida
- Fecha de devolución
- Rúbrica del peticionario
- Rúbrica del responsable del archivo de gestión

Si se trabaja en un entorno informático, será más fácil el manejo de los datos del registro. En cuanto a los usuarios externos, las consultas tendrán que efectuarse a través del servicio de archivo o de la oficina de información administrativa.

2.4.4 Procedimientos de instalación y almacenamiento de los documentos

La ubicación física de los documentos en las estanterías, podrá hacerse utilizando cajas o legajos, que son agrupaciones de expedientes formando paquetes o protegidos por un envase.

Hay que identificar el expediente otorgándole una signatura, que haga referencia a la unidad de instalación que lo contiene y a su orden dentro de ésta. Se utilizará el sistema de numeración continua, que el más indicado para un archivo en crecimiento.

Las cajas de archivo, pueden ser modelos prefabricados y de fácil montaje, lo más sólidas posibles, para evitar roces y dobleces.

Lo más habitual, es que los documentos estén instalados en estanterías, ya sean de madera, armarios-vitrina, sistema de carpetas suspendidas, etc. Pero si se trata de un local dedicado exclusivamente al archivo, lo mejor es que sean estanterías metálicas, que sean incombustibles, inocuas para los documentos, sólidas y de manejo cómodo.

Puede utilizarse dos sistemas:

- ⇒ El convencional de estanterías fijas de doble cuero o a dos caras dispuestas en paralelo, situadas con una separación que permita trabajar entre ellas.
- ⇒ El denso o compacto, en el que uno o varios cuerpos están fijos y los demás están montados sobre raíles y se desplazan mediante un motor eléctrico, o un mecanismo de cadena manual. Este sistema permite un mayor aprovechamiento del espacio.

2.4.5 Procedimiento de expurgo

La Administración está obligada a conservar sus documentos, pero no puede tener una acumulación exagerada de papel en los archivos. Sería muy complicado el almacenamiento físico. Por eso es necesario regular cuándo y cómo destruir los expedientes administrativos.

En el artículo 58 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, se especifica que el estudio y dictamen de las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de la Administración del Estado y del sector público estatal, corresponderá a una Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, que tendrá una composición, un funcionamiento y unas competencias específicas que se establecerán por vía reglamentaria.

No se podrá proceder a la destrucción de documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas físicas o jurídicas. También habrá que tener en cuenta los plazos transcurridos que la legislación vigente establezca para su conservación.

Hay que regular adecuadamente los puntos relativos a la destrucción física de los documentos contenidos en los expedientes, por su contenido en información sensible. Se debe tener en cuenta también la degeneración de los soportes, ya sea de papel o de otro tipo.

El expurgo es un procedimiento compuesto de tres etapas sucesivas:

- ⇒ Valoración, que consiste en el estudio de los documentos: su origen funcional, actos que recogen, valor administrativo, legal o histórico, de información y de investigación, presente y futuro.
- ⇒ Selección, que determina el destino de los documentos partiendo de su valor y se establecen los plazos de conservación o destrucción.
- ⇒ Eliminación, acto mediante el cual se destruirán determinados documentos. Pasando sólo los documentos seleccionados para su perpetua conservación.

2.5 Prestamos administrativos

El texto del Decreto 97/2000, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivo, que viene a sustituir a otro anterior de 1994, sirve a los archivos para regular los aspectos que se refieren a la identificación, valoración, selección, descripción, conservación y difusión de los documentos pertenecientes al Patrimonio Documental Andaluz.

En este Reglamento se recogen la definición y condiciones del préstamo administrativo, y lo define como la entrega o remisión de expedientes, o generalmente, documentos, a los órganos jurisdiccionales o Administrativos, según lo dispuesto en la normativa vigente. Se regirá por lo dispuesto en solicitud y recepción del préstamo:

- ⇒ La solicitud se formulará en el formulario correspondiente, y será realizada por el titular del organismo u órgano productor de los documentos.
- ⇒ La solicitud estará dirigida a la dirección del Archivo.

Se autorizará por el organismo o unidad administrativa remitente de los documentos, la solicitud de documentos generados por un órgano o unidad administrativa, distinto del solicitante, debiendo ser autorizado por el órgano o unidad administrativa productora, o remitente de los mismos. Excepto cuando sean requeridos por los órganos jurisdiccionales y los casos contemplados en la legislación especial. Esa autorización deberá ir acompañando a la solicitud del préstamo.

Como regla general, se remitirán copias autenticadas de los documentos, siempre que exista esa posibilidad, salvo que la norma reguladora del procedimiento en que hayan de surtir efecto establezca otra cosa, haciéndose necesario el préstamo de los originales.

Como norma con carácter general, el préstamo administrativo se efectuará por un plazo de tres meses, pudiendo ser ampliado por razón de la naturaleza del procedimiento que lo motivó.

El impreso de solicitud de consulta y préstamo administrativos, se ha de cumplimentar del siguiente modo:

A rellenar por el solicitante:

- ⇒ Datos del servicio solicitado:
 - ✗ Fecha de solicitud: Día, mes y año (formato DD/MM/AAAA).
 - ✗ Consulta, préstamo o prórroga: Marcar con una X la acción de que se trate.
- ⇒ Solicitante:
 - ✗ Nombre de la persona que solicita el servicio de documentos.
 - ✗ Servicio o unidad administrativa: Denominación de la unidad que solicita el servicio de documentos y a la cual pertenece el solicitante.
 - ✗ Teléfono: Número de teléfono del solicitante.
 - ✗ Correo electrónico: Dirección de correo electrónico del solicitante.
- ⇒ Documentos solicitados:
 - ✗ Código y título de clasificación: Código y título del Cuadro de clasificación del documento o expediente que se solicita.
 - ✗ Descripción: Título preciso de los documentos o expedientes que se solicitan.
 - ✗ Años: Fechas extremas de la documentación de que se trate.
 - ✗ Signatura: Recoge el número de caja donde está contenido el documento o expediente.
- ⇒ Firmas:
 - ✗ Solicitante: Firma de la persona que solicita el servicio de documentos de que se trate.
 - ✗ Autorización: En caso de querer acceder a documentos producidos o tramitados por una unidad distinta a la del solicitante, se requiere la firma del jefe de esa unidad, autorizando la consulta y el préstamo de esos documentos.

A rellenar por el Archivo General:

- ⇒ Número de la consulta o préstamo dado por el Archivo General dentro de su registro.
- ⇒ Fecha de servicio: Recoge la fecha en la que el Archivo General entrega los documentos en consulta o préstamo al solicitante.

- ⇒ Fecha de devolución: Constancia de la fecha en la que el solicitante devuelve los documentos prestados.
- ⇒ Firma del Archivo General: La firma acredita que los documentos han sido reintegrados a su lugar de origen en el depósito del Archivo General.

2.6 El procedimiento de transferencia de los documentos

Llegado el momento en que los documentos no son necesarios para la gestión, se realizará una transferencia de fondos. Se trata de la remisión de la documentación de una etapa a otra del archivo, siguiendo el ciclo de vida de los documentos.

La persona responsable del archivo en la oficina, deberá informar acerca de la documentación que quiere transferir y de su volumen. Estos datos se utilizarán por el archivo receptor para poder valorar la disponibilidad de espacio, y cualquiera otra circunstancia que pueda afectar a la transferencia. Los detalles de la operación se acordarán conjuntamente.

La transferencia de documentación al archivo central correrá a cargo de los órganos, unidades y servicios administrativos. El remitente deberá asegurarse de que la documentación a transferir se encuentre en las condiciones adecuadas de conservación e instalación, comprobando, al menos, los siguientes aspectos:

1. Los expedientes se archivarán completos, sin que falte ningún documento.
2. Habrá de observar que no tengan clips metálicos, grapas, gomas elásticas, anillas, carpetas de plástico, carpetas colgantes, archivadores de anillas o cualquier otro elemento que pudiera afectar a su conservación. Cada expediente será introducido en una carpeta de cartulina o papel.
3. En la propia oficina se destruirán todos los duplicados, fotocopias y borradores de los documentos originales. Sólo en el caso de que éstos no existan, se conservará la copia. Los documentos objeto de transferencia deberán ser, por tanto, originales o copias únicas. Estarán organizados de acuerdo a los procedimientos estipulados al efecto.
4. El archivo central establecerá el modelo de cajas archivadoras cartón normalizadas (unidades de instalación) donde deberán ser introducida toda la documentación. Estas cajas o unidades de instalación serán de un modelo u otro, dependiendo de las dimensiones de la documentación a transferir. Si hay que transferir documentación de dimensiones especiales, como planos, carteles, etc., o bien en soportes diferentes del papel, se utilizará el formato más conveniente, según lo establecido por el Archivo.
5. Cada caja contendrá solamente la documentación relativa a una misma serie documental. No se debe mezclar en una misma caja archivadora documentos pertenecientes a series documentales distintas. También es conveniente que ningún expediente quede dividido en dos o más cajas. Si no se puede evitar, esta circunstancia se señalará claramente en la Relación de Entrega.
6. Se tendrá en cuenta a la hora de colocar la documentación incluida en cada caja, que será la cantidad justa y suficiente para evitar que se doble o se enrolle, pero a su vez debe permitir su extracción con comodidad y sin provocar deterioro.

7. Todas las cajas archivadoras (unidades de instalación), nos da igual su formato, se identificarán únicamente con un número correlativo (del 1 en adelante, de acuerdo con el número total de cajas que compongan la transferencia). Se anotará a lápiz en el lomo de la caja archivadora y se corresponderá con el número de caja que figure en el impreso de Relación de Entrega que, imprescindiblemente, debe acompañar a toda transferencia, de manera que puedan ser identificadas con facilidad y sin posibilidad de error ninguno. Aparte de este número de orden, las cajas no llevarán ninguna otra anotación y el contenido de cada caja se consignará únicamente en la respectiva casilla de la Relación de Entrega, en la titulada Descripción.

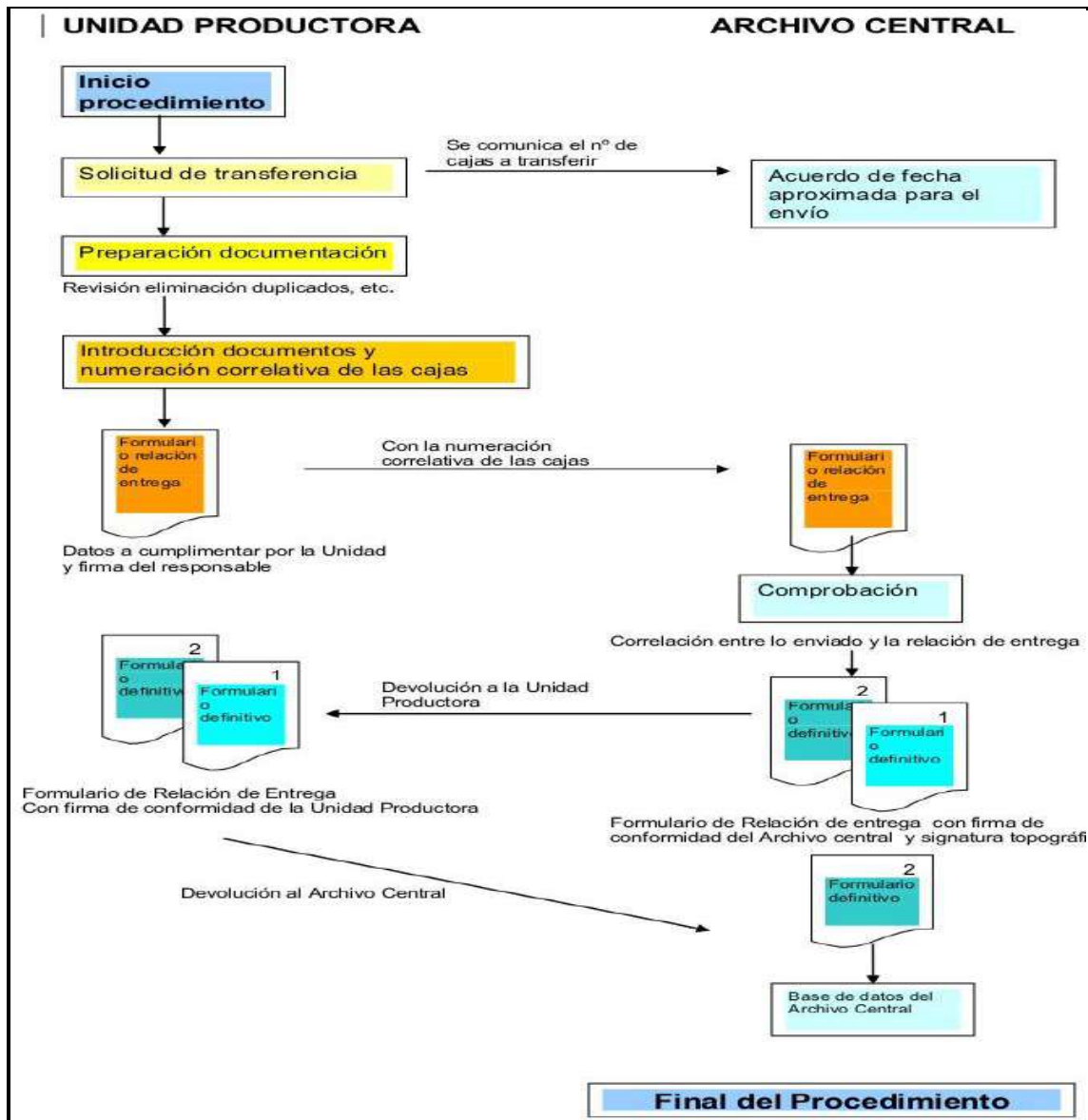
Es responsabilidad de la unidad remitente la integridad de la documentación contenida en las cajas y que concuerde con la información que figura en la Relación de Entrega.

Todo envío de documentación al archivo central irá acompañado del correspondiente impreso de Relación de Entrega normalizado, que irá obligatoriamente firmado por el responsable de la unidad remitente.

Se tendrá en cuenta, que sólo el impreso de Relación de Entrega da fe del traspaso de la responsabilidad de los documentos a los que hace referencia. La transferencia no se considerará realizada mientras la unidad remitente no tenga en su poder la correspondiente copia debidamente cumplimentada por el archivo.

Una vez que la documentación ha ingresado en el archivo, corresponde a éste su custodia y tratamiento. Esto incluirá el servicio de consulta, información, préstamos y/o copias a las unidades administrativas y a los usuarios en general, según las normas jurídicas vigentes. Podemos ver el proceso de un modo esquematizado

Fig.5.- Transferencia de documentos al archivo central:



Fuente: elaboración propia adaptado de apuntes Grado GAP asignatura Fundamentos y Métodos de Gestión Pública (Curso 2012-2013), Universidad de Jaén. Profesor Félix Fernández Castaño.

2.7 El archivo intermedio

Este tipo de archivo está muy unido a la creciente actividad de las administraciones. Surge ante la imposibilidad de conservar todo, y a la incapacidad de las organizaciones productoras para guardar los documentos que ya no se usan con frecuencia.

La primera referencia que se tiene de este tipo de archivo, la encontramos durante la II Guerra Mundial (*records centers*) como consecuencia del crecimiento de los documentos producidos por las administraciones federales.

Las funciones del archivo intermedio, podemos decir que son:

- 1.- liberar a las administraciones de los documentos no necesarios para el trabajo diario, con la idea de mejorar el funcionamiento de sus sistemas documentales.
- 2.- evitar el colapso de los archivos históricos con documentos que todavía son accesibles al público.
- 3.- asegurar la selección de los documentos que van a ser conservados y los que van a ser eliminados.
- 4.- garantizar la plena disponibilidad de sus documentos, cuando lo necesiten, a las administraciones que los originan.
- 5.- Realizar las anteriores funciones con el coste más bajo posible, aprovechando el espacio ubicado en suelo e instalaciones más baratos que los de las oficinas.

Transcurrida la fase intermedia, los documentos pasan a engrosar el archivo histórico, compuesto por los que sean considerados de valor permanente, tras haber cumplido su función administrativa y previo proceso de selección.

2.8 El archivo histórico

Durante la mayor parte de la historia de los archivos, se le ha asignado una finalidad de fuentes de información. Cuando pierde su finalidad inmediata, los documentos eran conservados y transferidos de unas generaciones a otras como referencias básicas para mantener y recrear la memoria del pasado.

Será en el siglo XIX cuando produce la apertura o liberalización de los vestigios del pasado, y esto da lugar a la categoría de los archivos históricos. A ellos, se acercan por primera vez los historiadores, paleógrafos, genealogistas, anticuarios, e incluso investigadores universitarios.

Este cambio de conceptualización de los archivos va unido a la difusión y acceso a la cultura por parte de los ciudadanos, que constituye una señal de identidad de la sociedad desarrollada.

Se puede establecer categorías de usuarios reales y potenciales. Así, los usuarios internos, serían los miembros de la entidad que posee el archivo. Los usuarios externos, podrían ser los ciudadanos, entre los cuales podemos distinguir varios grupos: los investigadores científicos; los productores y los agentes culturales; los aficionados; los estudiantes; los ciudadanos en general.

2.9 El archivo digital

Cuando analizamos los documentos digitales como testimonio de una serie de hechos y actividades, aplicamos conceptos propios de la gestión de la documentación administrativa. Sin embargo, por sus especiales características, los documentos informáticos generan una problemática particular cuando se trata de garantizar los mismos valores que se requieren a los documentos en papel. Esto obliga a adaptar unas metodologías cuando se crea y gestiona un archivo digital.

El documento electrónico está compuesto de señales digitales, careciendo de los atributos físicos del documento tradicional.

El documento digital y las redes promueven la descentralización, la colaboración y la difusión de la información sin límites de tiempo o espacio. Podemos denominarlo

espacio virtual de trabajo común. Uno de los aspectos de los archivos que más ha evolucionado ha sido la implantación de sistemas de gestión integral de la documentación (SGID), cuyos elementos integrantes son: creación de cuadros de clasificación funcionales, diseño de sistemas de descripción, definición de procedimientos de archivo en los archivos de gestión, elaboración de calendarios de conservación/eliminación, establecimiento de medidas de protección de documentos esenciales, aprobación de normativas de transferencias y de eliminación y formación de usuarios.

Los archiveros deberían colaborar en la elaboración del *software* para garantizar la plena identificación y comprensión de los documentos electrónicos. Tanto en relación al valor jurídico del documento, como la conservación, mediante la grabación automática de todas sus referencias contextuales.

2.10 El edificio y las instalaciones

Tenemos que tener en cuenta los elementos de juicio que podemos utilizar para elegir la mejor solución en cuanto al edificio o los locales de archivo. El tamaño de la organización y los medios económicos, son en principio, factores determinantes. Pero para determinar la solución más adecuada, existen una serie de factores que hay que tener en cuenta:

- ⇒ El volumen y la tasa de crecimiento de los documentos. Las estimaciones en las que debe basarse para la valoración de la capacidad de las instalaciones a elegir, son el volumen y el crecimiento.
- ⇒ El uso de los documentos. Los distintos usos deberán determinar los niveles de protección necesarios contra las pérdidas o los daños.
- ⇒ Las necesidades de seguridad y sensibilidad de los documentos. Se podrá limitar el acceso por razones de confidencialidad, por la naturaleza de la propiedad de la información o por prescripciones legales.
- ⇒ Las características físicas. Habrá que tener en cuenta el peso, el espacio necesario, los controles de temperatura y humedad, las necesidades de conservación física de los soportes, la protección contra el fuego, las inundaciones, etc.
- ⇒ La necesidad de recuperar documentos exigirá un acceso más fácil al archivo.
- ⇒ El coste relativo de las opciones, puede afectar a la decisión sobre la contratación de la guarda y custodia de los documentos. También, a los soportes elegidos para el almacenamiento.
- ⇒ Las necesidades de acceso, puede dar el resultado de la necesidad de múltiples instalaciones, sistemas y equipamientos para la satisfacción de la organización.

Una vez valorados estos factores, la decisión final exige dar respuestas a otras cuestiones:

- ⇒ La ubicación. Sería deseable que los archivos se ubiquen lo más cerca posible de los usuarios.
- ⇒ Reutilización de edificios. El ideal es un edificio nuevo construido específicamente para ubicar el archivo, ya que no se acomodan a locales edificados para otros fines, por razones de capacidad, resistencia de los materiales, estructura de la construcción, necesidad de respetar la arquitectura, etc.

- ⇒ Los papeles respectivos del arquitecto y del archivero. El arquitecto será informado de las necesidades del servicio y de los errores de orden funcional que debe evitar. Para ello, el archivero elaborará una memoria de necesidades detallada que sirva de base para el proyecto.

CONCLUSIONES

El documento administrativo tiene una función muy importante en la organización de las administraciones públicas. Será tan imprescindible en las gestiones internas entre administraciones, como en su relación con los administrados, tanto personas físicas como jurídicas. El soporte del documento, estará adaptado a la información que tenga que transmitir. Se tendrá que verificar su fiabilidad, su integridad y su autenticidad, puesto que el contenido de esos documentos es de trascendente importancia. Y también, habrá que tener en cuenta, que posteriormente, podrán utilizarse para consultas, investigaciones, etc. Las dos funciones más importantes del documento administrativo son la función de constancia y la de comunicación.

Los investigadores han elaborado varias teorías sobre el ciclo vital del documento, pero la más extendida es la que defiende la teoría de las tres edades, correspondiendo la primera al archivo de oficina, la segunda al archivo intermedio, y la tercera identificada con el archivo histórico. Esta teoría está muy relacionada con el tiempo que pasa el documento en el archivo correspondiente.

La diplomática establecerá la tipología, evalúa la autenticidad y veracidad del documento. Se ocupará también de los diversos modos de transmisión del documento. En definitiva, de la forma interna que incluye la estructura del documento, la redacción y las fases que ha pasado.

Los documentos normativos servirán como testimonio o prueba. En ellos quedará constancia de actos, hechos, acontecimientos, normas o juicios que pueden dejar claras situaciones, relaciones, legitimaciones, etc.

En los documentos que contengan actos administrativos, incluso los que sean de trámite, deben figurar una serie de datos identificativos, tanto del administrado, de la administración y del expediente que se está tramitando.

Existe un catálogo de tipologías documentales que puede utilizar la administración, que incluye documentos de decisión, de transmisión, de constancia, de juicio y de los ciudadanos. Serán utilizados unos u otros según el tipo de expediente a tramitar.

Para un mejor control administrativo, se diseñan documentos normalizados, pensando en un incremento de la productividad y una reducción de los errores. Se utilizará un lenguaje que sea claro, sencillo y se respetarán las reglas gramaticales y ortográficas.

La agregación sucesiva de documentos, su rúbrica y la estructura foliada conforman el expediente administrativo. Estos se pueden iniciar de oficio, o a instancia de parte.

Actualmente, aunque afectada por la incorporación de las nuevas tecnologías de información y comunicación, la archivística mantiene sus principios. El tratamiento de la documentación, que está compuesta por los procesos de clasificación, ordenación, descripción y conservación, sigue teniendo como referente el respeto al principio de

procedencia en sus dimensiones: el respeto de los fondos y el respeto del orden original. Se mantiene viva la preocupación por la preservación del patrimonio documental. Las tareas archivísticas, últimamente se han visto impactadas por la gestión de los documentos, que ha debido integrarse con normalidad a la teoría y la práctica de la actividad en los archivos.

La administración debe garantizar la existencia de un sistema de archivos que permita ubicar y conservar correctamente los documentos, en función de su utilidad para la gestión, la demostración de derechos o la historia. Las oficinas, por tener un espacio reducido, cuando la documentación ya no es útil para el desarrollo de sus funciones, deben pasar a la siguiente fase del archivo. Cuando haya que transferir documentos a otro archivo, habrá que ejecutar unas fases de entrega y recepción, que deberán dejar constancia de la acción llevada a cabo.

El personal encargado de los documentos, procederá a su clasificación, ordenación, descripción, instalación y almacenamiento de documentos. Otra función importante, es el procedimiento de expurgo. Como el espacio es limitado, se conservarán los documentos realmente necesarios o importantes. Los que no lo sean, serán destruidos.

Habrán establecidas unas normas para que la documentación pueda ser prestada a ciudadanos, investigadores, estudiantes, otras administraciones,... Se debe seguir un protocolo establecido, con el fin de preservar el documento y asegurar su devolución.

Los documentos digitales, por sus especiales características, generan una problemática particular a la hora de garantizar los valores que se requieren a los documentos en papel.

Para determinar el edificio donde se va a instalar un archivo, hay que tener en cuenta una serie de factores que pondrán de manifiesto los archiveros, y comunicarán a la persona responsable de construir el edificio, o de acondicionar las estancias para el archivo. Lo mejor es dedicar un edificio construido para tal finalidad. Pero no siempre ocurre así. Se acondicionan edificios históricos, sobre todo, en las zonas de los sótanos. Un factor muy importante es el volumen de documentos que hay que colocar. También el peso, el espacio necesario, la temperatura y humedad, la protección contra el fuego o las inundaciones. Todos estos factores, habría que tenerlos en cuenta antes de la instalación definitiva de un archivo de documentación administrativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cruz Mundet, J.R. (2012), *“Archivística”*; Alianza Editorial, Madrid
- Cruz Mundet, J.R. y Mikelarena Peña, F. (2006), *“Información y documentación administrativa”*; Editorial Tecnos, Madrid
- España. Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado
- Ferrando Martínez, Rafael. Resumen descriptivo de la tesis doctoral *“El documento administrativo, su contexto electrónico, tecnológico y normativo: una propuesta de cambio de paradigma”* presentada en la Universidad de Murcia el 12 de julio de 2013.

- Galende Díaz, J.C. y García Ruipérez, M. (2003), “*El concepto de documento desde una perspectiva interdisciplinar: de la diplomática a la archivística*”; Revista General de Información y Documentación, núm. 2 pág. 7-35
- García Ruipérez, M. (2010), “*La descripción de documentos cartográficos: estado de la cuestión*”; Revista Códices Vol. 6 N.º 2: 195-208
- García Ruipérez, M. (2010), “*La descripción de documentos cartográficos: estado de la cuestión*”; Revista Códices Vol. 6 N.º 2: pp.195-208
- Muñoz Llinás, J.I. (2013). “*La carrera administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812-1918*”, Revista de Derecho UNED, núm. 12
- Rivero Ortega, R. (2008), “*El expediente administrativo. De los Legajos a los soportes Electrónicos*”. 2ª ed. Editorial Aranzadi, Pamplona
- Rodríguez Bravo, B. (2002), “*El documento. Entre la tradición y la renovación*”, Gráficas Apel, Gijón
http://bci.inap.es/alfresco_file/fc6b7d60-2017-40f8-b8a3-680692ce33f2
- UCA. Normas básicas de organización de los archivos de oficina de la UCA
<http://archivo.uca.es/gestion/normasorganizacion>

WEGRAFÍA:

- ☞ http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18758/tesis_cezimbra.pdf?sequence=1
- ☞ <http://historiaybiografias.com/escritura/>
- ☞ <http://www.nevado.com.mx/page8.html>
- ☞ <http://www.juntadeandalucia.es/agriculturaypesca/archivo/informacion3.html>
- ☞ http://www.juntadeandalucia.es/culturaydeporte/archivos/web_es/contenido?id=891ce6ab-edel-11dd-ac81-00e000a6f9bf&idArchivo=0754eda0-58a4-11dd-b44b-31450f5b9dd5&idContArch=891ce6ab-edel-11dd-ac81-00e000a6f9bf&idTipo=02cd09d5-57e2-11dd-ba1f-31450f5b9dd5

ANEXOS

Modelo de Acuerdo/Resolución

Resolución de

Expediente nº..... **Asunto**.....

Interesado.....

Procedimiento..... **Fecha de iniciación**.....

Examinado el procedimiento iniciado por.....
.....referente se han apreciado los

Hechos que figuran a continuación

Primero.....

Segundo.....

La **valoración jurídica** de los hechos expuestos en la siguiente

Primero.....

Segundo.....

Este/ade acuerdo con todo lo anterior, en ejercicio de
las competencias que le atribuye el

Resuelve:

Primero.....

Segundo.....

Esta resolución.....

Contra esta resolución.....

Mediante este documento se

Notifica a.....

la presente resolución, según lo exigido en el artículo 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (BOE nº 285 de 27 de noviembre de 1992).

..... de de

El

Fdo.:

Fig.- 6 (elaboración propia), basado en el modelo de Cruz Mundet, J.R. "Información y Documentación Administrativa" (2006)

Modelo de Acuerdo de tramitación de urgencia

Acuerdo de tramitación de urgencia

Expediente nº.....**Asunto**.....

Interesado

Procedimiento.....**Fecha de iniciación**.....

Este/a

en el ejercicio de las competencias que le atribuye

y con base en el artículo 50 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, [“Boletín Oficial del Estado” (BOE) nº 285 de 27 de noviembre de 1992],

Acuerda:..... y por razones de interés público:

Aplicar al procedimiento de.....

.....referente a.....

la tramitación de urgencia, reduciendo a la mitad los plazos establecidos para el mismo.

Contra este acuerdo no cabe interponer ningún recurso.

Mediante este documento se

notifica a

el presente acuerdo, según lo exigido en el artículo 58.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (BOE nº 285 de 27 de noviembre de 1992).

.....,.....de..... de.....

El

Fdo.:

Fig.-7: (elaboración propia) basado en el modelo de Cruz Mundet, J.R. “*Información y Documentación Administrativa*” (2006)

Modelo de petición de informe facultativo

Oficio de petición de informe facultativo

s/ref.:

n/ref.:

Fecha:

Asunto:

A efectos
de.....

Se solicita de
esa/e.....

.....la emisión de informe facultativo sobre los
siguientes aspectos:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

El informe solicitado deberá emitirse en el plazo de
.....días.

....., de de

El

Fdo.:

.....
.....

Fig. 8.: (elaboración propia) basado en el modelo de Cruz Mundet, J.R. "Información y Documentación Administrativa" (2006)

Certificación de acto presunto

Expediente n.º:..... **Asunto:**.....
Interesado:.....
Procedimiento:.....
Fecha de iniciación:.....**Fecha de vencimiento de plazo:**.....

D.D. ^a.....,.....
....., competente según lo dispuesto en.....
.....para la resolución del procedimiento de
.....
Iniciado a solicitud de D. /D. ^a.....
.....,

Expone:

Primero: El mencionado procedimiento se inició el.....,
fecha de entrada de la solicitud del interesado en el registro del órgano competente.

Segundo: De conformidad con lo establecido en.....
....., el plazo máximo de resolución del procedimiento es de.....
.....que han transcurrido sin que haya recaído resolución expresa.

Tercero: El interesado solicitó el día de de la
Certificación del acto presunto, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJ-PAC) [BOE n.º 285 de 27 de noviembre de 1992]*.

En consecuencia, y en cumplimiento de lo establecido en el citado *artículo 44 de la LRJ-PAC*,

Certifica:

1. Que los efectos generados por la falta de resolución expresa son
..... de la solicitud de acuerdo con lo dispuesto en el artículo
.....

2. Que la estimación de la solicitud se realiza en los siguientes términos:

.....
.....
Contra la resolución presunta que se certifica en este documento, que

Mediante este documento se

notifica a

la presente certificación según lo exigido en el artículo 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE n.º 285 de 27 de noviembre de 1992).

....., de de

Fig.- 9: (elaboración propia) basado en el modelo de Cruz Mundet (2006)

Decálogo a propósito de nuestra manera de escribir.

A modo de confesión de parte (*)

Decalogue about our way of writing.

By way of part confession

Jorge Isaac Torres Manrique¹

Sumario: Prolegómeno. **I.** Presupuestos basilares. **II.** Tema elegido. **III.** Improvisación proscrita. **IV.** Pasión. **V.** Recursos impresos. **VI.** La red. **VII.** La historia completa. **VIII.** Lectura y análisis. **IX.** Contenido del trabajo. **X.** Estructura del trabajo. – Epílogo.

(*) Recibido: 03 mayo 2019 | Aceptado: 02 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Docente Principal, Representante Académico Internacional y Director de Desarrollo Curricular, de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Revisor de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Director del Capítulo Perú de la Asociación Civil Juristas de Latinoamérica y El Caribe (México). Miembro de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública (España). Profesor Asesor del Área de Derecho Constitucional del Centro de Estudios e Investigación Scientia Et Iuris (Perú). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Par académico evaluador del libro colectivo internacional sobre Ciberterrorismo (México). Autor y coautor de diversos libros colectivos, publicados en Brasil, Ecuador, Perú y Colombia. Ex Coordinador General, coautor, traductor, prologador y presentador de diez libros jurídicos colectivos internacionales. Autor de más de medio centenar de artículos y ensayos, en publicaciones científicas físicas y virtuales, en universidades e institutos de investigación de veinticinco países. Ponente nacional e internacional.

kimblellmen@outlook.com

Resumen: En el presente trabajo se aborda un tema del que mucho se habla, poco se hace y aparentemente menos aún se sabe y aplica. Esto es, el cómo hacer para escribir. No obstante, el mismo deviene en capital, por cuanto que a lo correspondiente a publicaciones, es a través de la manera de escribir, que se formulan las diversas reflexiones, propuestas, doctrina, entre otros; no solamente en sede jurídica. En ese sentido, el autor comparte su manera de realizar la referida empresa, a manera de manual, decálogo, método.

Palabras clave: método para escribir, manual para escribir, cómo hacer para escribir, investigación jurídica.

Abstract: In the present work a subject of much talk is addressed, little is done and apparently less is known and applied. This is, the how to do to write. However, the same becomes capital, as the corresponding to publications, it is through the manner of writing, which are formulated the various reflections, proposals, doctrine, among others; not only in legal headquarters. In this sense, the author shares his way of making the aforementioned company, by way of manual, decalogue, method.

Keywords: method to write, manual to write, how to write, legal research.

PROLEGÓMENO

Consideramos que resulta de primer orden, entender la importancia y trascendencia de contar con una manera de como iniciar el proyecto de escribir un texto de nuestra autoría. Es decir, que sea no solo original, sino que presente una estrategia de fondo y forma, a efectos de otorgarle un valor agregado al mismo.

En ese orden de ideas, la presente entrega presenta meramente una naturaleza comunicacional del autor. La misma que a continuación se tiene a bien desarrollar en los siguientes términos:

I. PRESUPUESTOS BASILARES

En principio, se debe tomar en consideración que el escribir obedece a un don y a una disciplina que no todas las personas tienen. Además, la presente entrega no ostenta la pretensión de ser considerada eventualmente como una guía para aprender a escribir, investigar, ni algo parecido. Tampoco, aspira

a convertirse o ser tomada como la única y mejor manera o *know how* para escribir.

Simplemente, la modesta intención en compartir nuestra estratagema (producto del paulatino como insistente, ensayo- error), para lo propio y que dicho sea de paso, nos ha ido y nos viene yendo digamos que nada mal por decir lo menos, en aceptación de nuestro trabajo tanto en publicaciones físicas y virtuales, como de libros impresos, no solamente científicos.

Además, no podemos dejar de mencionar, que si bien es cierto que la presente manera de investigar para escribir de nuestra autoría, obedece a una empresa ciertamente ardua, ambiciosa, minuciosa, paciente, con toneladas de nervio. Empero, de nuestra experiencia de ya casi dos décadas, no solo no nos podemos quejar, sino, que nos encontramos muy satisfechos.

Y es que se puede tener la mejor intención de investigar, escribir, aportar, pero si no se cuenta con un método o algo que haga las veces, dicha empresa puede resultar fallida, incompleta, quedarse solo en intención. Entonces, hemos comprobado que con la utilización del presente digamos que: método, el don y la disciplina que se posea para tal efecto se torna potenciado en gran medida, en beneficio de la Academia, de la juridicidad.

II. TEMA ELEGIDO

Como punto de partida amerita tener o haber definido el tema que se desea escribir. Que puede ser acerca de una institución jurídica o resolución administrativa, judicial u otros. Ello, en función a contar con un interés o información previa, ya sea, laboral o académica que determine dicha elección.

III. IMPROVISACIÓN PROSCRITA

En el presente punto tenemos que dejar en claro, que tenemos que rechazar de inicio el eventual abordaje de la construcción de un artículo o libro, entendido o asumido desde la informalidad, la mera opinión o subjetivismo, desde el desconocimiento mayor, del *grosso modo*, entre otros.

Ello en razón a que incurrir en lo señalado, no es serio, profesional, responsable. Habla muy mal del autor y le hace mucho daño a la Academia y juridicidad. Además de no contener aporte o propuesta alguno.

IV. PASIÓN

Ante todo, precisamos hacer mención sobre el término utilizado para el presente acápite. Así, dejar constancia que es correspondiente al máximo nivel de compromiso. En ese sentido, tenemos de menos a más: i) El Saber.

Esto es, la teoría. El autor hace el trabajo, pero como no sabe la práctica, el producto no termina bien, ii) Saber hacer. Es la práctica. El autor tiene conocimiento del cómo hacer, pero como no tiene la motivación para ello, igualmente el producto termina mal hecho, iii) Querer hacer. Es la última etapa. El autor domina la teoría y la práctica, pero va más allá, pone todo de su parte para ello, entonces le agrega la pasión. Por ende, el trabajo no solo queda bien, sino que inmejorable.

Entonces, resulta de primer orden dejar constancia, que para asumir como tal la presente metodología, se requiere cantidades industriales de dedicación. Esto es: total entrega de tiempo, largo aliento, minuciosidad y esfuerzo. Un compromiso superlativo.

Así, tendremos que encontrarnos dispuestos a invertir de manera inescatimable, tiempo fuera de horas de labor. Esto es: horas de descanso, fines de semana y feriados. En el entendido que lo que precisamos escribir, no necesariamente sea de largo aliento.

Además, un verdadero compromiso con el aporte, contribución a la Academia. Ello, en el entendido que resulta inviable hacer doctrina de manera innata, espontánea, informal, vía atajo, por coyuntura, chiripa (o error con insospechado efecto positivo), sin rigurosa investigación previa.

No obstante, si se asume de dicha manera, demostradamente la cosecha no solo será buena y abundante, sino de primer nivel. Ello lo justifica completamente.

V. RECURSOS IMPRESOS

Acto seguido, procedemos a realizar la consulta del referido tema y temática, en los libros y revistas que tengamos en nuestra biblioteca particular. En caso de no contar con una importante, podemos elegir constituirnos a una biblioteca institucional. Y luego reunirla para su revisión posterior.

VI. LA RED

A continuación, llevamos a cabo un barrido de modo virtual no solamente en *Google*. Pues, comúnmente se entiende, que este buscador por excelencia y hasta monopolístico, resulta ser el único en apariencia y omnipresencia en el orbe. Nada más alejado de ser cierto, debido a que existen otros buscadores que abarcan lugares donde *Google* no llega.

Así, entre los principales candidatos a destronar a *Google* tenemos: i) BING. El servicio de Microsoft es el principal competidor de Google y sus usuarios residen en Estados Unidos, ii) YANDEX. El buscador más popular en Rusia tiene además versiones en inglés, turco y ucraniano, iii) BLIPPEX. La

mayoría de los buscadores basan sus rankings de resultados en el análisis de palabras y vínculos en una página. Blippex por el contrario los ordena de acuerdo a su *ranking Dwell*, que mide la cantidad de tiempo que un usuario permanece en una página una vez que han hecho click en ella. Cuanto más tiempo permanezcan, más importante es la página para el buscador, iv) WOLFRAM ALPHA. Este buscador se describe a sí mismo como un “motor computacional de conocimiento” y estrictamente hablando no es un buscador, aunque la gente lo use para buscar información de terceros, v) BLEKKO. La característica única de Blekko son sus “*slashes*”, una herramienta para que los usuarios filtren los resultados que quieren obtener. vi) NAVER. El motor de búsquedas más popular de Corea del Sur data de 1999, año en que fue creado por un grupo de antiguos trabajadores de Samsung. Las búsquedas dan como resultado listas de hipervínculos inusualmente largas agrupadas de acuerdo a su lugar de proveniencia, blogs, redes sociales, anuncios, *apps*, libros o servicios de noticias. vii) BAIDU. Es de lejos el servicio más popular en China y deja a Google en cifras mínimas en el país asiático. La firma asegura que su punto fuerte es que no solo provee de vínculos sino también, en muchos casos, de la información que se busca. Esto puede incluir canciones o videos embebidos en los resultados e incluso *apps* interactivas.²

Para ello, lo hacemos digitando el tema y revisamos cada resultado que incluya información relevante. Realizar consecutivas búsquedas con variantes del nombre del tema, verificando nuevamente la totalidad de recursos encontrados.

A efectos de encontrar preferentemente publicaciones científicas, adicionamos al tema la palabra PDF y realizamos la misma operación.

Cabe precisar que en todos los casos señalados, amerita que copiemos el título y liga, link o dirección *web* correspondiente.

En iguales términos, lo encontrado será leído y analizado con detenimiento más adelante.

Es de señalar, que la extracción de los recursos de *Inet* o Internet (más aún, si consideramos ir más allá de *Google*), contiene un *plus* insuperable, puesto que nos permite acceder a una lectura no solo más amplia y actualizada, sino además, cuasi en tiempo real. Ello en vista que no pocas publicaciones en dicha sede toman mucho menor tiempo en ser publicadas. Lo que no ocurre necesariamente con los libros y revistas físicas, puesto que para su

² KELION, Leo. ¿Cómo se busca sin Google?. En línea: Recuperado en fecha 02/05/19 de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130718_alternativas_google_busqueda_ar, 2013.

elaboración y publicación con editorial, se puede llegar a necesitar como mínimo tres años.

Huelga acotar que, cuando se requiere escribir sobre temas novedosos, disruptivos, lo más probable es que los mismos no se encuentren en medio impreso alguno. Es entonces, que la red no solamente se constituye en una gran ayuda, sino que, única, protagónica.

VII. LA HISTORIA COMPLETA

Denominados a esta etapa de dicha manera, en razón a que todo lo que logramos reunir nos permitirá abrazar una suerte de compilado que abrace la totalidad de lo existente respecto del tema determinado.

En ese sentido, ello nos ubicará en una situación de privilegio. Contaremos con el panorama más completo e integral (incluidas las experiencias nacionales y extranjeras), para empezar a abordar la investigación con la mayor autoridad posible. Así, para la referida empresa, no tendremos la solvencia necesaria, sino completa. Ello nos otorgará un aplomo total, un aire sobrador en el buen sentido de la palabra.

Dicho compilado deviene a su vez en muy auspicioso, puesto que de tal manera, evitaremos expresar ideas, propuestas, conclusiones que ya hayan sido formuladas por otros autores. De igual modo, lo propio de esbozar puntos de vista limitados, errados, en vista que en la medida que casi todo lo existente al respecto lo tenemos reunido y analizado.

Entonces, llevamos a cabo la lectura y análisis de lo encontrado en recursos impresos. Y respecto de lo seleccionado en línea o en modo virtual, es recomendable imprimirlo y conservarlo ordenado en un archivador.

VIII. LECTURA Y ANÁLISIS

Premunidos de un resaltador de texto iniciamos la lectura. Para lo cual precisamos contar con la máxima concentración. Ello en vista que tendremos a bien llevar a cabo una lectura inteligente, aguda, puesto que a la vez iremos resaltando solo los pasajes más importantes, a modo de resumen.

Lo resaltado será destinado a convertirse en nota a pie o pie de página, del trabajo a escribir, desarrollar (quedando descartado a su vez, el plagio o inobservancia de los derechos de autor). Lo que definirá en gran medida, la guía de la estructura del trabajo de investigación. Ello será el fiel reflejo de lo encontrado que servirá como basamento de nuestro desarrollo en términos de aporte.

Es preciso referir que el análisis no opera *ipso facto* por mandato, por el contrario, se manifiesta de manera progresiva, es algo que va tomando forma,

profundidad y alcance, en el transcurrir de las horas y días. Por ello, acostumbramos a tomar nota de toda idea o reflexión, que nos asalte llevando a cabo las más disimiles actividades alejadas de nuestro fiel monitor. Así, grandes ideas para completar nuestro trabajo pueden surgir en el trabajo o dirección al mismo, el gimnasio, en el correr, teatro, paseo, viaje, compras, entre otros. En vista que no poseemos una memoria elefantiásica, lo mejor es capturar los mismos, a efectos de en su momento incorporarlos, desarrollarlos, sistematizarlos en nuestro trabajo de investigación. Hacerlo, lo enriquecerá en gran medida.

A propósito y entre paréntesis, sostenemos que no es correcto, por decir lo menos, esbozar o proponer subtítulos a nuestro mero criterio (y peor aún, desarrollar un trabajo tomando como referencias dichas “luces”), sin contar una investigación previa que justifique su inclusión. De dicho modo, muy difícilmente un “trabajo” así arribará en los correspondientes análisis, conclusiones, sugerencias, puesto que las bases o presupuestos iniciales producto de la imaginación, parecer o suposiciones, arrastrarán al autor a cualquier camino y destino, menos al esperado o considerado como investigación. No será Academia.

Y es que el verdadero investigador debe renunciar a tener su “corazoncito” y menos aún permitir que el mismo guíe su investigación, no debe encaminarse por ideas preconcebidas. Deberá guiarse y ser fiel a los caminos que la misma lo lleve, sometiéndose sin miramientos al resultado arrojado. De otro modo, no será investigación.

Volviendo al tema que nos ocupa, queda claro que entenderemos el tema elegido de una manera inmejorable, a efectos de ser trabajado con el compromiso y rigor requeridos.

Es entonces, que recién ahí, solo ahí y sin hacer mucho esfuerzo (premunidos del “mapa” completo), lograremos ver las falencias, incoherencias, errores. Y así también, aparecerán en nuestra mente como una suerte de explosión de *pop corn*, las ideas, reflexiones, proposiciones, cuestionamientos, conclusiones; como resultado de la estricta observancia del proceso secuencial previo.

Consecuentemente, será muy difícil que nuestras reflexiones, puedan ser válidamente desvirtuados, descartados, puesto que para que se opine al respecto, a dicho nivel de producto publicado, requerirá que la contraparte haya tenido que observar un camino o método igual o mejor, o un nivel de análisis superior (que dicho sea de paso no será común encontrar).

A mayor abundamiento, cabe resaltar que asumir dicho reto y lograr el objetivo de un trabajo de investigación que merezca denominarse tal, también nos otorgará la calidad de referente, llegando incluso sin pretenderlo, a “adueñarnos” del tema desarrollado, pues digamos que no existiría otro trabajo, ni de lejos igual o parecido rigor investigativo. Y es que modestamente, a diferencia de otros trabajos, el nuestro terminará convertido en algo así como una obra de arte, en un avión, como dicen en la Argentina.

IX. CONTENIDO DEL TRABAJO

En relación al presente punto debemos señalar que también le imprimimos nuestro sello marca, en tanto que el trabajo de investigación será elaborado a la luz del trabajo de nuestra autoría: “Argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria. Una nueva manera de fundamentar de modo contundente y eficaz”.³ Artículo de nuestra autoría en el que desarrollamos dicha modalidad, método, teoría, a la luz de: i) La legalidad, ii) La constitucionalidad, iii) Los precedentes vinculantes, iv) Las demás fuentes del derecho, v) Convencionalidad, vi) Multidisciplinarietà; y, vii) Legitimidad.

A ello, debemos considerar adicionar, el derecho y experiencia nacional e internacional. Al respecto cabe señalar, que no necesariamente comporta que tengamos que realizar la búsqueda de lo indicado en el presente párrafo. Ello en vista que, se entiende que al haber realizado la búsqueda correspondiente en lo indicado en los acápites: Recursos impresos y La Red, en gran medida dicha información ya habrá sido encontrada.

X. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Para la misma consideramos: i) Título del artículo, ii) Resumen, iii) Palabras clave, iv) Introducción, v) Cuerpo del trabajo, vi) Síntesis de la resolución *sub examine* (en caso que el trabajo verse de un comentario a jurisprudencia), vii) Análisis (en caso que el trabajo verse de un comentario a jurisprudencia), viii) Conclusiones, ix) Sugerencias, y x) Referencias bibliográficas.

³ TORRES MANRIQUE. Jorge Isaac. *Argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria. Una nueva manera de fundamentar de modo contundente y eficaz*. En línea: Recuperado en fecha 02/05/19 de Revista Eletrônica de Direito Processual <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/33463/23726>, Volumen 19. Número 1. Janeiro a Abril, Rio de Janeiro, 2018, pp. 175-192.

EPÍLOGO

Como líneas finales, amerita señalar que una vez concluido lo señalado, resulta importante otorgarle los acabados, como una suerte de pinceladas finales.

Nos referimos en primer lugar, al desarrollo y culminación del texto de la introducción o líneas iniciales al trabajo.

Posteriormente, luego de contar con una lectura y dominio, de fondo, forma, macro y micro del trabajo, corresponde realizar el resumen.

Finalmente, en razón a la totalidad de razones expresadas y desarrolladas, así como, su estructura, será el momento de definir o colocar la guinda del pastel, esto es, el título de nuestro trabajo.

Cabe agregar, que tanto la: i) Introducción, ii) Resumen y iii) Título; deberán tener completa correlación y fidelidad con el contenido del trabajo elaborado.

Acto seguido, corresponde darle una lectura completa, minuciosa, con detenimiento, a efectos de ubicar posibles errores y subsanarlos.

Observando la referida secuencia u orden, es que debemos entender que finalmente nuestro trabajo habrá terminado, quedando expedito para tentar su publicación, ya sea, en impreso, virtual, en medios especializados, científicos, entre otros.

Referencias

KELION, Leo. ¿Cómo se busca sin Google?. En línea: Recuperado en fecha 02/05/19 de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130718_alternativas_google_busqueda_ar, 2013.

TORRES MANRIQUE. Jorge Isaac. *Argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria. Una nueva manera de fundamentar de modo contundente y eficaz*. En línea: Recuperado en fecha 02/05/19 de Revista Eletrônica de Direito Processual <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/33463/23726>, Volumen 19. Número 1. Janeiro a Abril, Rio de Janeiro, 2018, pp. 175-192.

**Importância da identificação humana através de marcas
de mordida:
uma revisão da literatura (*)**

**Importance of human identification through bite
marks: a literature review**

**Importancia de la identificación humana a través de
marcas de mordida: una revisión de la literatura**

Isabel de Sousa Araújo Gomes¹

Larissa Tavares Alves¹

Natasha Muniz Fontes²

Mara Ilka Holanda de Medeiros Batista³

Alessandra Albuquerque Tavares Carvalho⁴

Marcília Ribeiro Paulino⁵

(*) Recibido: 30 diciembre 2018 | Aceptado: 20 mayo 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- 1 Graduandas em Odontologia - Centro Universitário Dr. Leão Sampaio (UNILEAO), Juazeiro do Norte, CE, Brasil.
- 2 Mestre em Ortodontia - Universidade São Leopoldo Mandic (SLMANDIC), SP, Brasil
- 3 Doutora em Odontologia - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil.
- 4 Professora do Programa de Pós-Graduação em Odontologia - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil
- 5 Doutoranda em Odontologia- Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil.

Sumário: Introdução. Metodologia. Revisão da literatura. Discussão. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: A identificação através das arcadas dentárias é um aspecto da odontologia forense que verifica a individualidade dos elementos da cavidade oral. Os dentes se diferenciam em tamanho, forma, arranjo, desgaste, dano, idade, qualidade, quantidade e hábitos do indivíduo. Neste trabalho foi realizada uma revisão de literatura sobre a importância da identificação humana através de marcas de mordida, enfatizando a importância do cirurgião dentista na área da perícia criminal. Foram feitas pesquisas nas bases de dados PubMed, Scielo e BVS, com os seguintes descritores nos idiomas Português e Inglês: identificação humana e marcas de mordidas, mordeduras humanas e prova pericial, mordeduras humanas e importância pericial, arcos dentários e prova pericial, odontologia legal e marcas de mordida, odontologia e prova pericial, odontologia legal e importância pericial. Foram considerados os artigos publicados nos últimos 10 anos. Também foram realizadas buscas nos periódicos RBOL e na Revista Brasileira de Criminalística, considerando o mesmo período de tempo. Os artigos cuja pertinência temática foi confirmada na leitura completa fizeram parte da revisão, totalizando 22 artigos. No trabalho realizado, obtivemos informações que mostram a importância do odontologista no âmbito da perícia criminal, podendo fazer uso de várias técnicas para a resolução de casos através de marcas de mordida humana.

Palavras-chave: arco dental, identificação humana, odontologia legal.

Abstract: The identification through the dental arches is an aspect of forensic odontology that verifies the individuality of the oral cavity elements. The teeth differ in size, shape, arrangement, wear, damage, age, quality, quantity and individual habits. In this work a literature review was performed on the importance of human identification through bite marks, emphasizing the importance of the dentist in the area of forensic expert. We researched the databases PubMed, Scielo and BVS, with the following descriptors in Portuguese and English: human identification and bite marks, human bites and forensic evidence, human bites and forensic importance, dental arches and forensic evidence, legal dentistry and bite marks, dentistry and forensic evidence, legal dentistry and forensic importance. Articles published in the last 10 years were considered. Researches were

also conducted in the RBOL periodicals and in the Brazilian Journal of Criminology, considering the same period. The articles whose thematic pertinence were confirmed in the complete reading took part in the review, totalizing 22 articles. In the work carried out, we obtained information that shows the importance of the legal dental expert in the scope of forensic science, being able to make use of several techniques for the resolution of cases through human bite marks.

Keyword: Dental Arch. Forensic Anthropology. Forensic Dentistry.

Resumen: La identificación a través de los arcos dentales es un aspecto de la odontología forense que verifica la individualidad de los elementos de la cavidad oral. Los dientes se diferencian en tamaño, forma, arreglo, desgaste, daño, edad, calidad, cantidad y hábitos del individuo. En este trabajo se realizó una revisión de literatura sobre la importancia de la identificación humana a través de marcas de mordida, enfatizando la importancia del cirujano dentista en el área de la pericia criminal. La investigación se realizó en las bases de datos PubMed, SciELO y BVS con los siguientes descriptores en portugués e inglés: la identificación humana y marcas de mordeduras, mordedura humana y pericial, mordeduras de humanos y expertos importantes arcos dentales, y la prueba pericial, odontología forense y marcas de mordida, odontología y prueba pericial, odontología legal e importancia pericial. Se consideraron los artículos publicados en los últimos 10 años. También se realizaron búsquedas en los periódicos RBOL y en la *Revista Brasileira de Criminalística*, considerando el mismo período de tiempo. Los artículos cuya pertinencia temática fue confirmada en la lectura completa formaron parte de la revisión, totalizando 22 artículos. En el trabajo realizado, obtuvimos informaciones que muestran la importancia del odontolegista en el ámbito de la pericia criminal, pudiendo hacer uso de varias técnicas para la resolución de casos a través de marcas de mordida humana.

Palabras clave: arco dental, identificación humana, odontología legal.

Introdução

A identificação é um aspecto extremamente especializado na Odontologia Forense, cujo principal objetivo é verificar todos os elementos da cavidade oral, incluindo aqueles de caráter individual. Para que uma técnica de identificação seja aplicável, certos princípios devem ser empregados: Unicidade e Individualidade; Imutabilidade; Durabilidade; Praticabilidade e Classificabilidade (SCANDIUZZI, ALMEIDA e ALVES DA SILVA, 2014).

A odontologia forense é a ciência capaz de correlacionar os dentes aos princípios legais, analisando e estudando padrões e lesões criadas por seres humanos, sendo possível incluir o processo de identificação humana em possíveis campos de atuação para peritos odontólogos forenses (FLORES, LINO e SILVA, 2014).

As marcas de mordida podem ser consideradas como lesões padronizadas cuja identificação levará à identificação do agressor. Quando ferimentos padronizados que se assemelham a marcas de mordidas são vistos na vítima ou em um assaltante de um crime em potencial, todos os esforços devem ser feitos para realizar uma investigação imediata e adequada (WEERATNA, 2014).

A maneira como os dentes estão dispostos em diferentes cavidades orais é única em cada indivíduo. Ao mesmo tempo, todos os dentes possuem um conjunto de características denominadas “características da classe dos dentes”, que formam a base da identificação. As outras características que ajudam na identificação são patologias dentárias, restaurações, anomalias dentárias. Além disso, idade, sexo, raça / etnia, ocupação e hábitos podem ser determinados a partir dos dentes (KHISHAN, KANCHAN e GARG, 2015).

É possível, por exemplo, identificar a que idade pertence uma mordida humana através da análise da distância intercanina. Em adultos essa distância pode variar de 25 a 40 mm nos caninos superiores. Já em crianças espera-se uma medida inferior a 25 mm, entretanto, uma medida de 25-30 mm pode ter sido causada por um adulto pequeno ou uma criança (ALMEIDA JUNIOR et al., 2012).

Assim, este trabalho teve como objetivo realizar uma revisão de literatura sobre a importância da identificação humana através de marcas de mordida, enfatizando materiais e métodos de identificação de marcas de mordida e a importância do cirurgião dentista na área pericial.

Metodologia

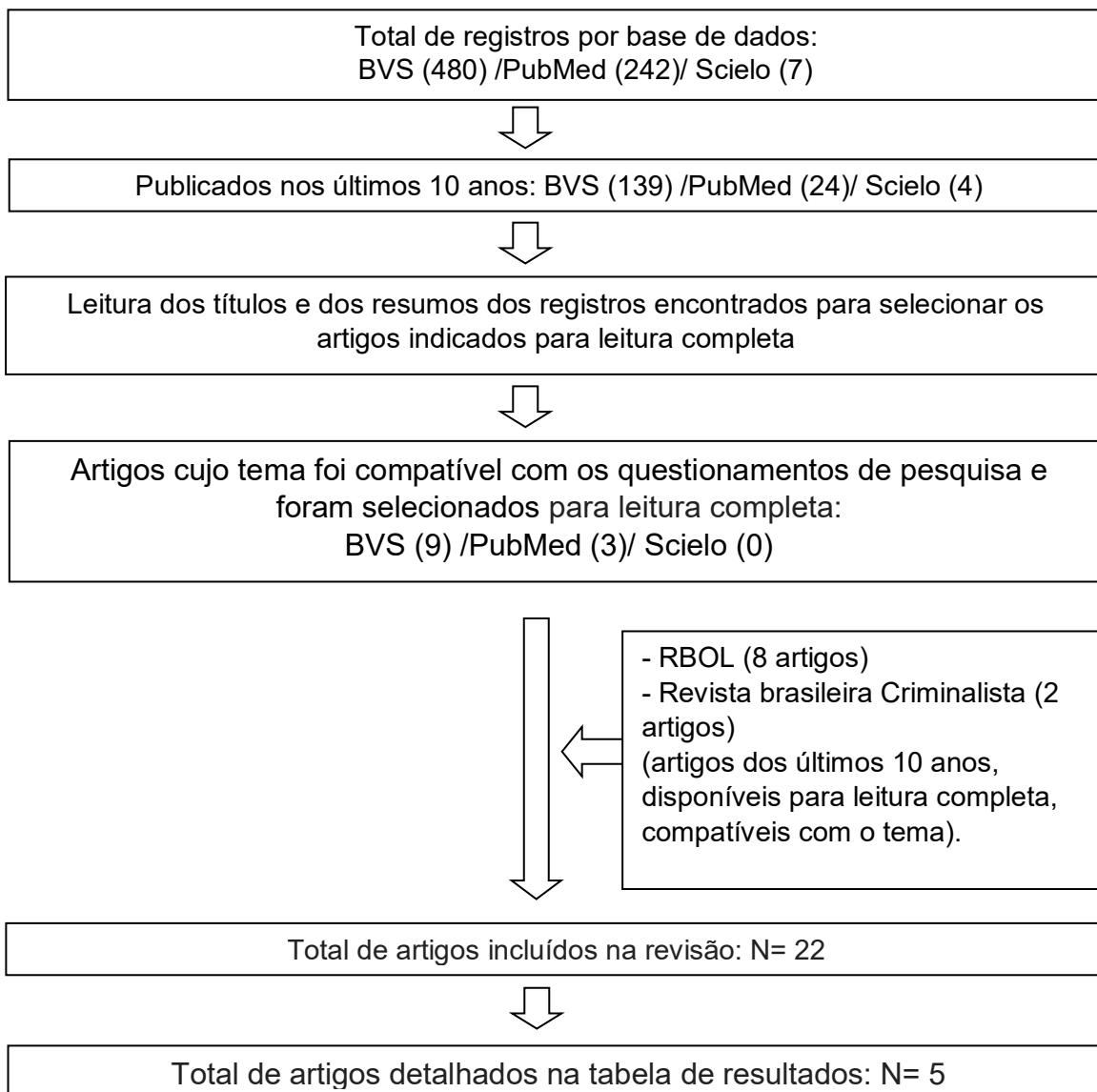
Tratou-se de um estudo de revisão da literatura, onde foram feitas pesquisas nas bases de dados PubMed, Scielo e BVS com os descritores nos idiomas Português e Inglês, conforme tabela 1.

Tabela 1: Descritores usados nas bases de dados, nos idiomas português e inglês.

Bases de dados	Descritores	
	Português	Inglês
PubMed, Scielo e BVS	identificação humana e marcas de mordidas	human identification and bite marks
	mordeduras humanas e prova pericial	human bites and expert evidence
	mordeduras humanas e importância pericial	human bites and forensic importance
	arcos dentários e prova pericial	dentarios archesand expert evidence
	odontologia legal e marcas de mordida	forensic dentistry and bite marks
	odontologia e prova pericial	forensic dentistry and expert evidence
	odontologia legal e importância pericial	forensic dentistry and forensic importance

Foram considerados os artigos com disponibilidade para leitura completa, publicados nos últimos 10 anos (2008-2018). Foram feitas as leituras dos títulos e dos resumos de todos os registros encontrados para selecionar os artigos pertinentes para leitura completa. Também foram realizadas buscas em periódicos especializados, disponíveis online, considerando o mesmo período de tempo: a Revista Brasileira de Odontologia Legal (RBOL) e a Revista Brasileira de Criminalística (RBC). Os artigos cuja pertinência temática foi confirmada na leitura completa fizeram parte da revisão, totalizando 22 artigos. Foram excluídos artigos de opinião, teses e dissertações. O fluxograma 1 demonstra detalhadamente a metodologia de busca utilizada. Os artigos de pesquisa e relatos de casos clínicos incluídos na revisão foram detalhados na tabela 2.

Fluxograma 1: Metodologia de busca dos artigos



REVISÃO DA LITERATURA

Histórico e importância da Odontologia legal

A odontologia forense tornou-se parte integrante de grandes organizações educacionais forenses internacionais, como a Academia Americana de Ciências Forenses (AAFS), bem como a Associação Internacional de Identificação (IAI). A utilidade primária da odontologia forense está na identificação de restos humanos com base nas características individualistas presentes nos dentes de diferentes indivíduos (KHISHAN, KANCHAN e GARG, 2015). Englobando o adequado manuseio, exame, apresentação e

preparação de evidências para com a justiça, porém os cirurgiões dentista não estão inclusos no quadro oficial de funcionários da perícia (RIBAS-E-SILVA, TERADA e SILVA, 2015).

É de extrema importância a participação do cirurgião dentista no corpo dos órgãos oficiais de perícia já que são os verdadeiros e únicos conhecedores da área, podendo fazer a identificação em cadáver, no vivo, perícias de lesões corporais, manchas, perícias antropológicas em crânio entre outros exames (LIMA et al, 2017). Para as autoridades da justiça criminal a odontologia forense ainda é nova e seu sucesso neste campo também não é tão bem pesquisado (VERMA, KUMAR e BRATTACHARYA, 2013).

O CFO (Conselho Federal de Odontologia), através da norma 63/2005, define que o odontologista legal pode executar: Art. 64 “b- perícia em foro civil, criminal e trabalhista” além de também poder atuar em sede administrativa auditando em planos de saúde odontológico (SARMENTO, DEZEM e MEDEIROS, 2018).

O reconhecimento da importância da odontologia legal está relacionado à atuação decisiva quando existe a necessidade de utilizar exame dental para a identificação de corpos. A identificação na odontologia legal é complexa e os dentes conseguem ser meios preciosos e confiáveis para assegurar uma correta identificação (ALMEIDA JUNIOR et al, 2012).

A odontologia forense é uma parte essencial da ciência forense, envolvendo a identificação de um agressor, por exemplo, comparando um registro de sua dentição (conjunto de dentes) com um registro de uma marca de mordida deixada em uma vítima (VERMA, KUMAR e BRATTACHARYA, 2013). Nos casos de edentulismo é impossível realizar uma identificação pelos dentes, assim surgem outras técnicas menos utilizadas, como a rugoscopia, que também conduz ao sucesso na identificação humana (SCANDIUZZI, ALMEIDA e SILVA, 2014).

Métodos de Identificação humana através dos arcos dentários

A identificação humana visa o estudo do homem em sua individualidade examinando os aspectos psicológicos e morfológicos determinando assim a sua identidade (SCANDIUZZI, ALMEIDA e SILVA, 2014). A análise odontológica é um processo pelo qual se mostra a identidade de um indivíduo, sendo frequentemente utilizado junto a outros parâmetros biológicos (PARANHOS et al, 2009).

Embora os dentes de uma pessoa possam parecer os mesmos, eles são diferentes em tamanho, forma, arranjo, desgaste, dano, idade, qualidade e quantidade, e hábitos do indivíduo (VERMA, KUMAR e

BHATTACHARYA, 2013). Cada arco dentário apresenta características únicas que o distingue de outros, assim os arcos superior e inferior são capazes de trazer a unificação de cada indivíduo através de suas particularidades presentes (FIGUEIRA JUNIOR e MOURA, 2014).

Uma marca de mordida, no entanto, não é uma representação precisa dos dentes. Depende muito da mecânica do movimento da mandíbula e do uso da língua (VERMA, KUMAR e BHATTACHARYA, 2013). Porém, através da execução de condutas profissionais ocorridas e anotadas em respectivos prontuários odontológicos e análises comparativas com registros prévios das intervenções, é possível se obter a identificação via arcos dentários (FIGUEIRA JUNIOR e MOURA, 2014).

O padrão clássico da marca de mordida humana aparecerá como uma lesão oval ou circular (WEERATNA, 2014). O primeiro aspecto que deve ser analisado quando se está diante de uma possível marca de mordida, é se de fato a marca em questão foi causada por uma mordida, pois existem várias lesões de pele que podem ser similares a uma cicatriz, assim como lesões dermatológicas, queimaduras, marcas de sapato e fivela de cinto. Se for confirmada a marca de mordida, inicia-se uma investigação para analisar se provém de animal ou se é humana, sendo a distância intercanina e o formato do arco usados como diagnóstico diferenciais (MÂNICA, 2016).

A identificação de um indivíduo pode ser feita utilizando-se os registros odontológicos prévios do mesmo, ou seja, por uma metodologia comparativa. Belloti et al., (2015) relatam um caso clínico de corpo carbonizado onde só havia restado dois elementos dentários no arco superior, sendo que a família apresentou documentação odontológica, possibilitando uma análise comparativa das características dos elementos restantes no arco, e conseqüentemente a conclusão do caso pericial.

Nos casos onde não se tem registros odontológicos, as fotografias podem se tornar também um meio de identificação (ARGOLLO et al, 2017). A literatura odontológica relata casos de identificação por meio da comparação de imagens antes da morte e após a morte, utilizando fotografias e programas específicos de computadores, os quais evidenciam as particularidades odontológicas que permitem a identificação do caso (SILVA et al, 2016).

Em desastres onde os meios de identificação comuns como impressões digitais e características faciais são destruídos, os dentes são usados para realizar essa identificação, pois são a parte mais forte do corpo humano, resistindo à decomposição e altas temperaturas (KRISHAN, KANCHAN e GARG, 2015). Para que se tenha uma correta interpretação da documentação *ante mortem* é preciso que a equipe da odontologia forense tenha

conhecimento do sistema de notação existente no prontuário odontológico (BEAINI, DIAS e MELANI, 2016).

Tratando-se de alimentos com marcas de mordidas, estes são objetos comuns em cenas de crime, tendo sido registrado na literatura a ocorrência de mordidas em maçãs, tortas, pepinos, queijo, gomas de mascar, laranjas, biscoitos, chocolate, entre outros. O estudo das impressões dentárias em Odontologia Legal tem se apresentado cada vez mais importante, a medida que essas mordidas são encontradas, já que os relatos da literatura trazem as marcas de mordida como elementos periciais para identificação de vítimas, criminosos e agressores (OLIVEIRA et al, 2013).

Marcas de mordida e importância pericial

Marcas deixadas por qualquer elemento duro da boca sobre uma superfície podem ser utilizadas na identificação do indivíduo que a produziu, já que a dentição é única para cada indivíduo (GOETTEN, 2014). Entretanto, do ponto de vista jurídico, só tem valor de prova uma evidência material se corretamente registrada e mantida, garantindo sua cadeia de custódia (FLORES, LINO JUNIOR e SILVA, 2014).

O processo para avaliar marcas de mordida com a dentição de um suspeito inclui análise e medição do tamanho, forma e posição dos dentes individualmente (VERMA, KUMAR e BHATTACHARYA, 2013). A proposição de métodos odontológicos de identificação através da mordida compete à comunidade forense, pois eles sabem de todas as limitações encontradas pelos profissionais da área para a realização de uma real identificação criminal (FERNANDES et al, 2017.)

Nesse contexto, o prontuário odontológico recebe um papel de destaque como principal meio para análise comparativa de arcadas dentárias, sendo considerado um documento que traz um conjunto de declarações firmadas e utilizadas pelo profissional que servem como prova, sendo ela jurídica ou pericial. (PARANHOS et al, 2009).

A evidência da marca de mordida é aceita judicialmente se conter detalhes e informações capazes de identificar o autor e/ou excluir suspeitos, tornando-se um instrumento poderoso nas investigações criminais. Como são marcas frequentemente encontradas em vítimas de homicídio, abuso doméstico e abusos sexuais, elas auxiliam na exclusão de suspeitos ou apontam elementos de culpabilidade, assim as marcas de mordida constituem uma prova de grande importância médico-judiciária em alguns casos de delito se forem observadas e analisadas adequadamente (WEERATNA, 2014; GOETTEN, 2014).

Nas vítimas é possível encontrar marcas de mordidas em locais como bochechas, nádegas, pernas, lábios ou qualquer outra parte do corpo já no agressor podem estar presentes marcas no braço ou face mostrando que a vítima tentou se defender (KRISHAN, KANCHAN e GARG, 2015). São marcas de agressão, com aspecto circular ou oval, formando dois arcos em forma de U, opostos e simétricos, separados nas suas bases por espaços, podendo existir abrasões, contusões e/ou lacerações na periferia, que refletem o tamanho, a forma e a localização das superfícies de contato da dentadura humana (GOETTEN, 2014).

A fotografia é um dos melhores métodos de registro de marcas de mordida. É duradoura, eficiente, barata, passível de ser preservada, documentada e analisada, constituindo parte essencial das evidências (NADAL et al., 2015). É importante ressaltar que a aparência da marca de mordida em pele muda quando o edema diminui e o tecido começa a se reparar, tornando-se mais visível após dois ou três dias da agressão (MASSONI et al., 2010). Por isso, recomenda-se que as marcas de mordidas sejam fotografadas em dias sucessivos, com intervalos de 24hs, por cinco dias (GOETTEN, 2014).

Para avaliação dessas marcas e comparação com a de algum suspeito, há duas categorias de análises comparativas das marcas de mordida. Uma é a análise métrica, que leva em consideração a mensuração de locais específicos, como a distância intercanino, o espaço entre as marcas dos dentes, indicações de mau posicionamento, ausência de dentes, comprimento e profundidade das marcas de cada dente específico (NASCIMENTO et al., 2012; NADAL et al., 2015).

Já a outra categoria de análise, chamada de Associação Padrão, usa a sobreposição de imagens do objeto conhecido sobre a imagem do objeto em questão, a fim de definir aspectos convergentes ou divergentes entre a mordida e o arco dental suspeito (NASCIMENTO et al., 2012).

A literatura traz ainda a possibilidade de identificação de mordida de pacientes usuários de prótese, e o estudo da identificação das marcas de mordida deixadas em alimentos. No que se refere à correta análise de marcas de mordidas em alimentos é importante o registro imediato das mesmas, uma boa técnica de coleta das impressões e uma avaliação precisa de todas as evidências encontradas. Vale ressaltar que os alimentos estão sujeitos a consideráveis encolhimentos e distorções que podem comprometer o estudo das impressões dentárias (OLIVEIRA et al., 2010)

Resultados

Os trabalhos de pesquisa e relatos de casos clínicos incluídos na revisão foram detalhados na tabela 2.

Tabela 2. Detalhamento dos artigos de pesquisa e relatos de casos incluídos na revisão

Autores/ Ano	Tipo de estudo	Objetivos	Instrumento de avaliação/ materiais e métodos de análise de marca de mordida/ variáveis avaliadas	Principais Resultados e Conclusões
OLIVEIRA et al., 2010.	Estudo laboratorial	- Verificar a possibilidade da identificação através de marcas de mordidas produzidas por próteses em alimentos.	- Foram utilizadas 10 PT; - Foram obtidos modelos de gessos das próteses e dos alimentos mordidos; - Um articulador tipo charneira foi utilizado na tentativa de simular a mordida humana - Com o paquímetro digital foi feita a medição do diâmetro méσιο-distal de cada dente nos modelos.	- Entre 10 alimentos cuja mordida foi simulada, em 7 foi possível identificar com precisão a prótese responsável; - Os autores concluíram que é possível identificar marcas de mordida produzidas por PT.
ALMEIDA et al., 2012.	Pesquisa transversal	- Verificar a relação entre a distância intercaninos visível em marcas de mordida e 3 faixas etárias.	- 600 Modelos de gesso; - uso do paquímetro digital de precisão para medição entre as pontas das cúspides dos caninos.	- As variações das distâncias intercaninos estão muito pouco associadas à variação da idade.
FLORES, LINO e SILVA, 2014.	Estudo descritivo/ estudo laboratorial	- Descrever uma técnica para a cópia da mordida em goma de mascar.	- Utilizou-se como instrumento silicóna de adição e de condensação para copiar a mordida da goma de mascar.	- O trabalho mostrou como resultado que a duplicação da goma de mascar é de fácil execução e bons resultados,

				sendo capaz de garantir a preservação da prova real.
BELOTTI et al., 2015.	Relato de caso.	- Mostrar a importância do odontologista na identificação de um corpo carbonizado.	- Foi feita a análise morfológica comparativa das características dos elementos restantes no arco com o modelo de gesso.	- Foi exposta a importância dos registros odontológicos como meio para se concluir o caso pericial.
SILVA, et al., 2016.	Relato de caso.	- Expor a aplicação da técnica de demarcação da linha incisal em fotografias casuais/ sociais de sorriso utilizando o Power point, com a finalidade de identificação humana.	- Utilizando fotografias em que a vítima apareceu sorrindo e comparando-as com fotografias das arcadas dentárias do cadáver, foi feita a delimitação das linhas incisais dos dentes inferiores com o Power point.	- Foi possível concluir que o programa Power point teve a mesma eficácia de programas mais complexos.

Legenda: PT: Prótese Total.

DISCUSSÃO

A Odontologia Legal há pouco tempo era vista como uma área cuja função era periciar cadáveres, entendimento errado gerado pelo mau esclarecimento da amplitude dessa especialidade na área de saúde (SARMENTO, DEZEM e MEDEIROS 2018). Sendo que, um dos maiores desafios da especialidade são o reconhecimento, o registro e a análise de marcas de mordidas que têm sido investigadas na pele, em alimentos e em objetos inanimados (ALMEIDA et al., 2012).

Analisando os artigos incluídos nessa revisão observamos que são poucos os trabalhos de pesquisa original sobre o tema, a grande maioria dos trabalhos consultados foi de caráter descritivo, revisões integrativas sobre o assunto em questão ou revisões de temáticas complementares que auxiliaram na

integralização de ideias deste trabalho. Apenas 3 artigos de pesquisa original e 2 relatos de casos compatíveis com o tema foram detalhados na tabela de resultados já apresentada.

Um dos trabalhos de pesquisa descreveu a experiência de Oliveira *et al.*, (2010) que realizaram uma pesquisa para analisar a possibilidade da identificação de marcas de mordidas produzidas por próteses em alimentos, e constataram que de cada 10 alimentos, em 7 foi possível identificar a prótese responsável pela mordida, ou seja, as marcas de mordidas produzidas por próteses também são passíveis de identificação.

Outro trabalho de pesquisa realizado por Almeida *et al.*, (2012) buscou avaliar a relação entre o espaço intercaninos e a variação de faixa etária. Os autores avaliaram 600 pessoas separadas por faixa etária para que se obtivesse a relação da distância intercanina. Os autores confeccionaram modelos de gessos dos pacientes e com auxílio de um paquímetro digital foi feita a medição da distância intercanina, tendo como conclusão que a variação dessa distância está pouco associada à idade, pois uma mordida medindo entre 25-30 mm poderia ter sido produzida por uma criança ou um adulto pequeno, já que a medida da mordida adulta varia de 25-40mm e a de uma criança é entre 25-30mm.

É relevante falar também da técnica apresentada por Flores, Lino e Silva (2014) cuja pesquisa descreve a técnica da duplicação da goma de mascar para ser usada como prova pericial, os materiais utilizados nessa pesquisa foram a silicona de adição e de condensação que tem propriedades de reproduzir cópia fiel, afirmando que essa técnica é de fácil execução e auxilia o perito odontologista a uma análise minuciosa da prova real.

Belotti *et al.*, (2015) fizeram um relato de caso pericial para mostrar a importância da atuação do odontologista e dos registros em documentação odontológica na identificação de um corpo carbonizado onde só restavam dois elementos dentários. Os familiares da vítima apresentaram a sua documentação odontológica onde estava incluso um modelo de gesso, dessa forma foi possível realizar a comparação do modelo de gesso com os elementos dentários restantes na arcada, concluindo a importância dos registros odontológicos para se chegar a uma identificação.

Silva *et al.*, (2016) mostraram a técnica de demarcação da linha incisal através do Power point utilizando fotografias causais/sociais da vítima sorrindo *ante mortem* para que fosse feita a comparação com os registros obtidos *pos mortem*, chegando a conclusão que além de fácil execução o Power point é tão eficaz quanto os programas mais complexos utilizados para essa finalidade.

A literatura apresenta diversas técnicas que estão sendo usadas para o auxílio do odontologista na investigação através da mordida, possibilitando resultados cada vez mais positivos para resolução de casos de identificação humana. Assim, a odontologia Legal e o papel do perito em odontologia estão ganhando espaço e destaque uma vez que a atuação e o conhecimento específico deste profissional vêm representando a chave principal para o desvendamento de casos na justiça (SARMENTO, DEZEM e MEDEIROS 2018).

Considerações finais

A importância do odontologista vai além de periciar cadáveres, eles são os conhecedores dos materiais e técnicas para identificação humana através das marcas de mordida. A odontologia forense mostra eficácia na identificação através das marcas de mordidas, baseada nas características individuais presentes nos dentes e arcadas dentárias, que representam uma ferramenta de valor no processo de identificação em odontologia legal.

Referências

- ALMEIDA JR, E.; REIS, F.P.; GALVÃO, L. C. C.; ALVES, M. C.; CAMPOS, P; S; F. Associação entre a idade e a distância intercaninos de humanos obtida por meio de marcas de mordida. Rev. Odontol. UNESP, v. 41, n. 2, p. 102-106, 2012.
- ARGOLLO, S. P.; ARGOLLO. B.P; ARGOLLO, P. A. N.; MARQUES, J. A. M. Utilização da rugoscopia palatina para identificação de corpo carbonizado – Relato de caso pericial. . Rev Bras Odontol Leg RBOL, v. 4, n. 1, p. 107-113, 2017.
- BEAINI, T. L.; DIAS, P. E. M.; MELANI, R. F. H. Importância pericial dos sistemas de notação dental – Revisão de literatura. . Rev Bras Odontol Leg RBOL, v. 3, n. 1, p. 51-59, 2016.
- BELOTTI, L.; RABBI, R.; PEREIRA, S. D. R.; BARBOSA, R. S.; CARVALHO, K. S.; PACHECO, K. T. S. É possível identificar positivamente um corpo carbonizado somente por dois dentes? Relato de um caso pericial. Rev Bras Odontol Leg RBOL, v. 2, n. 2, p. 105-115, 2015.
- FERNANDES, L. C. C.; BENTO, M. I. C.; OLIVEIRA, J. A.; SORIANO, E. P.; SANTIAGO, B. M.; RABELLO, P. M. Identificação odontológica post-mortem por meio de fotografias do sorriso: revisão de literatura. . Rev Bras Odontol Leg RBOL, v. 4, n. 3, p. 57-66, 2017.

- FIGUEIRA JUNIOR, E.; MOURA, L. C. L. A importância dos arcos dentários na identificação humana. *Rev. Bras. Odontol.*, v. 17, n. 1, p. 22-27, 2014.
- FLORES, M. R. P.; LINO JR, H. L.; SILVA, R. H. A. Descrição de técnica para reprodução de gomas de mascar para análise de marcas de mordida em odontologia legal. *UNOPAR Cient Ciênc Biol Saúde*, v. 16, n. 4, p. 317-320, 2014
- GOETTEN, I.F.S. Avaliação de lesões corporais em vítimas de mordeduras: Uma revisão de literatura. *Rev. Bras. Crimin.*, v. 3, n. 2, p. 41-45, 2014.
- KRISHAN, K.; KANCHAN, T.; GARG, A. K. Dental Evidence in Forensic Identification – An Overview, Methodology and Present Status. *The Open Dentistry Journal*, v. 9, p. 250-256, 2015.
- LIMA, K. F.; COSTA, P. B.; SILVA, R. F.; SILVA, R. H. A. Regulamentação legal da perícia oficial odontológica nos estados brasileiros. *Rev Bras Odontol Leg RBOL*, v. 4, n. 1, p. 34-45, 2017.
- MÂNICA, S. Dificuldades e limitações do uso de análise de marca de mordida em odontologia forense – Uma carência da ciência. *Rev Bras Odontol Leg RBOL*, v. 3, n. 2, p. 83-91, 2016.
- MASSONI, A.C.L.T.; FERREIRA, A. M. B.; ARAGÃO, A. K. R.; MENEZES, V. A.; COLARES, V. Aspectos orofaciais dos maus-tratos infantis e da negligência odontológicas. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 2, p. 403-410, 2010.
- NADAL, L.; POLETO, A. C.; MASSAROTTO, C. R. K.; FOSQUIERA, E. C. Identificação humana através de marcas de mordida: A odontologia a serviço da justiça. *Revista UNINGÁ review*, v.24, n. 1, p. 79-84, 2015.
- NASCIMENTO, M. M.; SARMENTO, V.A.; BEAL, V. E.; GALVÃO, L. C. C.; MARQUES, J; A. M. Identificação de indivíduos por meio das marcas de mordida em alimentos utilizando a engenharia reversa e a prototipagem rápida: caso simulado. *Arq Odontol*, v. 48, n. 3, p. 134-141, 2012.
- OLIVEIRA, D. C. A.; SIMÕES, P.C.; MARQUES, J. A. M.; GALVÃO, L. C. C.; MUSSE, J. O. Avaliação de marcas de mordida em alimentos produzidos por próteses dentárias. *Arquivos em odontologia*, v. 46, n. 1, p. 38-42, 2010.

- PARANHOS, L.P.; CALDAS, J. C. F.; IWASHITA, A. R.; SCANAVI, M. A.; PASCHINI, R.C. A importância do prontuário odontológico nas perícias de identificação humana. RFO, v. 14, n. 1, p. 14-17, 2009.
- RIBAS-E-SILVA, V.; TERADA, A. S. S. D.; SILVA, R. H. A. A importância do conhecimento especializado do cirurgião dentista nas equipes de perícia oficial do Brasil. Rev Bras Odontol Leg RBOL, v. 2, n. 1, p. 68-90, 2015.
- SARMENTO, M. S.; DEZEM, T. U; MEDEIROS, U. V. A importância do perito em odontologia nas demandas judiciais. Rev. Bras. Crimin, v. 7, n. 3, p. 44-52, 2018.
- SCANDIUZZI, R. J.; ALMEIDA, J. C.; ALVES, R. H. S. Evaluation of palatal rugoscopy in dentulous and edentulous cases for human identification in forensic dentistry. Acta Scientiarum. v. 36, n. 1, p. 119-122, 2014.
- SILVA, R. F.; FRANCO, A.; PÍCOLI, F. F.; RODRIGUES, L. G.; TOLENTINO, P. H. M. P.; MENDES, S. D. S. C. Delineamento dental computadorizado das bordas incisais, em fotografias de sorriso, com finalidade pericial. Rev Bras Odontol Leg RBOL, v. 3, n. 2, p. 74-82, 2016.
- VERMA, K.; KUMAR, S.; BHATTACHARYA, S. Identificartion of a person with the help of bite mark analysis. Journal of oral biology and craniofacial research, v. 3, n. 2, p. 88-91, 2013.
- WEERATNA, J. B. Are they dermatological lesion, bottle top burns or bite mark injuries? JFOS, v. 32, n. 1, p. 1-8. 2014.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Campeones de la libertad. Los maestros de la Segunda Escolástica española e iberoamericana (*)

Champions of freedom. The masters of the Second Spanish and Ibero-American Scholastic

León Gómez Rivas

Reseña bibliográfica a cargo de:

José Lominchar Jiménez

Prof. UEMC e Investigador de GIDECOG-ISEMCO

ciarconsulting@protonmail.com

GÓMEZ RIVAS, L.: *Campeones de la libertad. Los maestros de la Segunda Escolástica española e iberoamericana*. Madrid: Unión Editorial, 2019, 241 págs.

(978-84-7209-759-9)

Con ese sugerente subtítulo de “Maestros de la Segunda Escolástica española e iberoamericana”, el profesor León Gómez Rivas (Universidad Europea de Madrid) ofrece una crónica muy actualizada de las investigaciones en torno a los doctores de la Escuela de Salamanca. Corriente de pensamiento que, como es sabido, cruzó muy pronto el Atlántico para desarrollarse con pujanza en las primeras universidades de los virreinos americanos, comenzando por la de San Marcos en Lima (1551). Y que tuvo un brillante

(*) Recibido: 20 junio 2019 | Aceptado: 2 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.

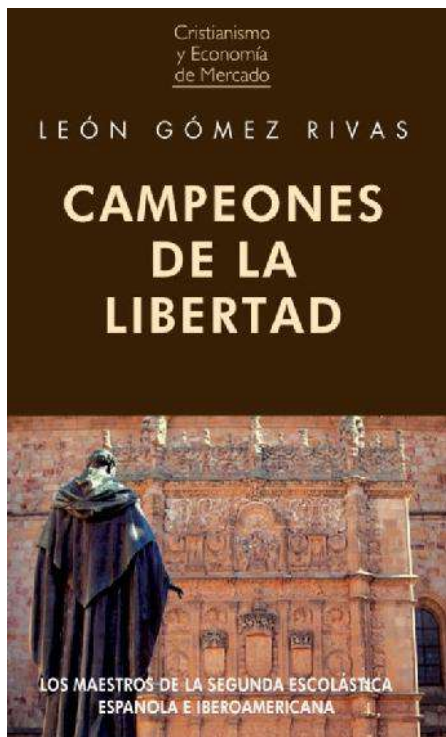


Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

complemento en los colegios máximos de la Compañía, como el de San Pablo en esa misma ciudad peruana.

Junto a sus estudios de teología o filosofía, aquellos maestros escribieron algunas teorías sorprendentemente modernas en el campo de los derechos

humanos o las relaciones internacionales. A partir de las famosas *Relecciones* de Francisco de Vitoria, el derecho de gentes adquiere un gran protagonismo en la nueva construcción de la Europa reformada, como ya reconoció en su momento Hugo Grotius.



Pero es que, además de ese análisis pionero sobre el estatuto de los naturales, los derechos de la guerra y conquista de las Indias, etc., nuestros doctores también reflexionaron sobre importantes fenómenos que se dieron en la economía de aquel primer capitalismo. Desarrollando la después conocida como Teoría Cuantitativa del dinero y de los precios, o reflexionando sobre el valor subjetivo de los bienes.

Es por ello que, en relación con todos estos asuntos, el autor los considera “Campeones de la libertad”, en una atrevida comprensión de su doctrina jurídica, política o económica. Por ejemplo, en el epígrafe sobre Vitoria (págs. 30-33) habla de “una visión moderna (y liberal) de las relaciones económicas sobre la base de una confianza racional en el libre comercio”. También allí refiere una interesante aproximación a su pensamiento jurídico.

Pero es en la doctrina política donde más insiste el autor en esa defensa escolástica de la libertad individual: a lo largo de abundantes referencias a Juan de Mariana y Francisco Suárez aparecen las ideas de ‘limitación’ del poder político, o la necesidad de ‘contar con el consentimiento del pueblo’ para tomar decisiones (por ejemplo, en lo relativo a los impuestos).

Tal vez se lleve una sorpresa el lector que esperaba encontrar un análisis ‘ordenado’ sobre el pensamiento de aquellos doctores. La estructura del libro es más bien todo lo contrario, como por otra parte anuncia su autor en la Introducción: se trata de un extenso número de pequeños artículos que fueron

publicados en la página web del Instituto Juan de Mariana, ofreciendo “un amplio elenco de publicaciones, congresos y noticias sobre el desarrollo de la libertad en la Historia y en nuestro mundo actual”. Para metodizar su lectura, se han estructurado en cinco capítulos sobre: (1) Noticias y congresos escolásticos; (2) Libros y autores de la Escuela de Salamanca; (3) Algunos homenajes y recuerdos de personas cercanas al Instituto y/o a las ideas que éste defiende; (4) Otros libros, autores y congresos: sobre la defensa de la libertad en nuestros días; (5) Un breve y peculiar acercamiento a la llamada ‘Doctrina Social de la Iglesia’ en diálogo con el pensamiento liberal.

Siguiendo el consejo del profesor Gómez Rivas, podría ser útil acceder al libro de manera más aleatoria, tal vez aprovechando el completo Índice de nombres que ofrece al final; lo que permite, por ejemplo, ir buscando las referencias específicas para cada uno de nuestros Doctores.

Como el autor también nos indica, la información de este libro sin duda será de interés “tanto para el lector curioso como para el investigador erudito”. Y añade: “van a sorprenderse por lo mucho (y muy bueno) que se ha escrito alrededor del pensamiento político, jurídico y económico de la Escuela de Salamanca. A veces nos quejamos del escaso eco que pareciera han despertado aquellos maestros en la cultura actual... Sin embargo, después de leer estas páginas comprobarán que hay mucho trabajo realizado: ¡les animo a conocerlo!”. Aquí termina esta cita más extensa, que subscribimos en su exhortación final.

Sociología de la identidad estadounidense: qué les ha unido y les divide hoy (*)

Sociology of the American identity: what has united them and divided them today

Antonio Sánchez-Bayón

Reseña bibliográfica a cargo de:

Carlos Fuente Lafuente

Director y Profesor de ISEMCO

cfuente@isemco.eu

SÁNCHEZ-BAYÓN, A.: *Sociología de la identidad estadounidense: qué les ha unido y les divide hoy*, Oporto: Ed. Síndéresis, 2019, p. 202

(ISBN: 978-84-16262-71-7).

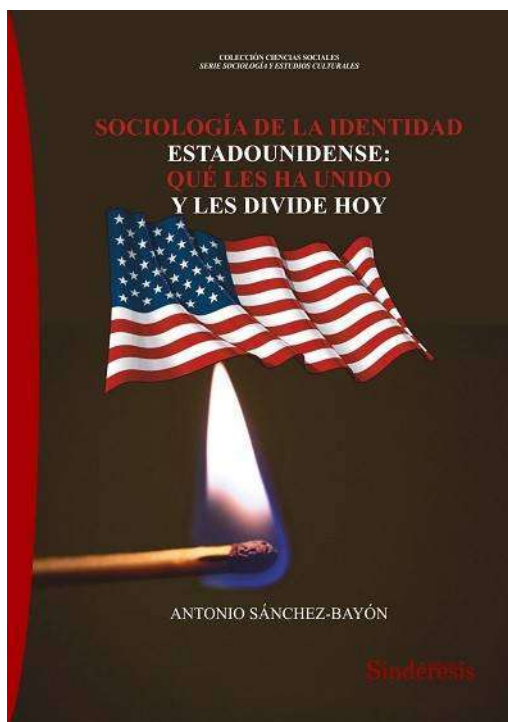
Esta obra plantea un problema de máxima actualidad, sobre el gran cambio social en ciernes. Resulta que EE.UU. ha sido un país pionero de la Modernidad y gran potencia de la Contemporaneidad; incluso, a comienzos de la globalización, parecía ser el gran referente mundial y, sin embargo, desde entonces se halla en crisis. En sus cuatrocientos años (desde las colonias estables de Nueva Inglaterra en 1620), EE.UU. ha sido capaz de recibir oleadas migratorias e integrar con éxito multitudes de comunidades en grandes áreas urbanas, de organización social compleja y gran movilidad, dando lugar a una

(*) Recibido: 17 junio 2019 | Aceptado: 18 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

ciudadanía efectiva y referente para otros pueblos. Así se socializaba a los niños en las escuelas, al recitar cada día su *pledge of allegiance* o saludo a la bandera, que también se halla ante los tribunales desde la década del 2000. Hoy en día, el modelo social de supuesto éxito y beneficio estadounidense (de integración social de influjos externos, pasados por su *Americaness* o estadounidenseización), resulta de lo más cuestionado: ¿qué ha pasado para que actualmente los estadounidenses tengan un problema de identidad y desconfíen de su legado



idiosincrásico? La identidad estadounidense ha sido objeto de interés y reformulación periódica por diversas escuelas de pensamiento (desde teólogos políticos coloniales, pasando por filósofos sociales nacionales hasta científicos sociales coetáneos); sin embargo, desde el periodo de entreguerras, con la fuga de cerebros (cómodamente asentados en universidades, medios de comunicación y *think-tanks*), se inició una deconstrucción estadounidense (*Americaless*), que ha conducido al problema identitario actual, agravado tras la globalización. En esta obra, se explica cómo tuvo lugar el proceso y quienes han sido sus principales protagonistas.

El autor, Antonio Sánchez-Bayón, posee una formación interdisciplinaria (Doctor y Lcdo. Derecho –premio extraord.- UCM, Doctor en Humanidades-Teología –mención internacional y premio extraord.- Univ. Murcia, Doctor en Hum.-RR.II. –mención internacional- UVA, Doctor y CAP en Filosofía –idem-UCM, Doctorando en Sociología-UNED, Master Finanzas IEB-UCM, Lcdo. CC. Políticas y Administración y Certificado en Seguridad y Defensa-UCM, et al.), con diversas acreditaciones (Prof. Titular en CC. Sociales y Jcas.-ANECA, sexenios-CNEAI, autoridad internacional-VIAF, etc.). Cuenta con una rica y premiada producción científico-académica en más de cinco idiomas (v.g. Limaclara-Argentina, Larrea-Ecuador): más de 50 libros y el doble de artículos en revistas científico-académicas indexadas. Sánchez-Bayón, ha sido docente e investigador en universidades de Europa (v.g. UCM, ICADE-UPCO, Católica e IPB-Portugal), EE.UU. (v.g. Harvard, DePaul, Baylor), Latinoamérica (v.g.

UBO-Chile, UCR-Costa Rica, UCA & UBA-Argentina); además de escuelas de negocios y profesionales (v.g. EAE Business School, IsPE, ISCE); actualmente es profesor y coordinador de investigación en ISEMCO. También resulta variada su experiencia profesional: Coord. Investigación (CEDEU-URJC, UCJC), consultor (v.g. GRIN), abogado ejerciente (ICAM).

El contenido de la obra se reparte de la siguiente manera: un prólogo, del Dr. Valero-Matas (Prof. Titular de Sociología – UVA), cinco capítulos (cap. 1.- Acerca de este estudio; cap. 2.- Identidad estadounidense según sus fundadores; cap. 3.- Una historia social del pensamiento identitario estadounidense : de teólogos a filósofos y científicos sociales; cap. 4.- ¿Qué ha unido a los estadounidenses y que les divide hoy ? cap. 5.- Retos y riesgos de la identidad estadounidense ante la posglobalización), y unas conclusiones sistemáticas.

De manera amena, el autor realiza una ágil presentación del problema identitario estadounidense. Se trata de una cuestión que no sólo afecta a dicho pueblo, sino también a los demás que mantemos relaciones con ellos. Igualmente, de manera clara y directa, el autor va retirando velos de confusión (extendidos para dificultar el entendimiento y gestión del problema y su realidad social subyacente): ¿se han preocupado alguna vez los estadounidenses de pensarse a sí mismos, o sólo se han limitado a constituir una gran empresa nacional orientada a la producción y consumo masivo? ¿Qué ha unido y dotado de sentido compartido a los estadounidenses? ¿Sigue habiendo una idiosincrasia estadounidense, con un modelo de vida propio y operativo al día de hoy? Buena parte de la confusión procede de la fuga de cerebros acaecida a raíz de las Guerras mundiales del s. XX, tras las cuales EE.UU. deseaba convertirse en potencia hegemónica, líder de Occidente; para ello, captó a los mejores científicos e intelectuales de la época, ofreciéndoles acomodadas posiciones en universidades, medios de comunicación y *think-tanks*. Al principio, la estrategia funcionó, pues aglutinó gran capital cultural, que además criticaba a Europa, pero posteriormente, se continuó contra EE.UU., generalizándose así el pensamiento posmoderno (tan deconstructor y emocional). De tal suerte, no sólo se acabó con el *American way of life* y su *American dream*, sino que además se promovieron políticas públicas contrarias al consenso ciudadano, estimulando en su lugar el hecho diferencial de comunidades anti-ilustradas. El Prof. Sánchez-Bayón, en su libro, aclara bien las genealogías del socialismo cultural en EE.UU., cuyo resultado ha sido la gran crisis que hoy se vive en este país.

Si se desea conocer los males que perturban a la que ha venido siendo la potencia líder occidental, y cómo su crisis puede afectarles a ellos y a todos los demás, cambiando el orden mundial conocido, entonces, se recomienda vivamente la lectura de esta obra.

<https://editorialsinderesis.com/producto/sociologia-de-la-identidad-estadounidense-que-les-ha-unido-y-les-divide-hoy>

La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento (*)

Nullity of the legal act and inconsistencies in its treatment

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Prólogo a la segunda edición a cargo de:

Aníbal Torres Vásquez

Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Decana de América

TANTALEÁN ODAR, R.M.: *La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento*, Lima: Ed. Instituto Pacífico - Actualidad Civil, Segunda edición, 2019.

Es una gran satisfacción presentar la obra de Reynaldo Mario TANTALEÁN ODAR, prestigioso abogado y docente universitario, titulada: *La nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento*. Se trata de una investigación llevada a cabo en un tiempo en el cual desordenadamente se suceden, tanto en Europa como en Latinoamérica, las tentativas de revisión del tradicional tema inquietante y controversial como es el de la nulidad del acto jurídico.

La obra está dividida en tres partes. La primera está dedicada a la descripción histórica y al análisis exegético de la invalidez y la nulidad negocial. La

(*) Recibido: 27 junio 2019 | Aceptado: 129 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

segunda parte, en mi opinión la más importante, el autor desarrolla con bastante profundidad el “tratamiento filosófico del acto jurídico”, en el que se abordan temas poco tratados por otros autores nacionales, como la aproximación ontológica, aproximación praxiológica, aproximación hermenéutica, aproximación epistémica propositiva, aproximación metodológica. En la tercera parte, el autor hace una recapitulación del tema, presenta ocho conclusiones y seis recomendaciones.



La pluralidad del método de investigación jurídica está determinada por el hecho de que las relaciones sociales reguladas por el derecho no son de causalidad (de “ser”) sino de imputación (de “deber ser”), por lo que toda norma jurídica reguladora de conducta humana social es un juicio hipotético, tanto en el supuesto normativo como en la consecuencia jurídica. En esta investigación, el autor utiliza con bastante dominio los métodos: dogmático, histórico, exegético, filosófico y comparado.

A través de toda la obra, TANTALEÁN ODAR confronta la legislación, la doctrina y la jurisprudencia más autorizadas, tanto nacionales como extranjeras, sobre cada uno de los temas que trata, para luego presentar su postura personal fundamentada. Así, luego de describir estos debates, muchos de los cuales duran ya por siglos, el autor sostiene, por ejemplo: i) que la nulidad es, a la vez, un estado situacional del acto jurídico mal conformado y una sanción aplicable a dicho estado. ii) Que la nulidad no opera de pleno derecho, sino que siempre requiere de una sentencia judicial que lo declare, aunque eventualmente las partes la pueden aplicar siempre que estén totalmente de acuerdo. iii) Que la invalidez y la nulidad son instituciones distintas; mientras la invalidez alude al estado del acto jurídico, la nulidad es una sanción aplicable a tal estado. iv) Que siendo la nulidad un estado del acto, no un derecho, y si no fuera precisa una declaración judicial de nulidad, debiera concluirse que la acción de nulidad debería ser imprescriptible; pero como la nulidad es una sanción, la prescripción de la acción es viable. v) Que la sentencia que se pronuncia por la nulidad de un acto jurídico, en vista de que está dirigida a destruir los actos materiales producidos el acto inválido o para evitar que los produzca, no es declarativa

sino constitutiva. vi) Que en nuestro derecho uno de los supuestos de la inexistencia del acto jurídico es la nulidad virtual; que la nulidad requiere de pronunciamiento judicial, mas no la inexistencia, dado que un negocio jurídico inexistente por quebrantar el orden público o la moral no necesita de declaración judicial alguna, por ser evidente su invalidez —v. gr., el matrimonio entre personas del mismo sexo—, y por tratarse de una invalidez socioética, no puede estar sujeta a plazos de prescripción.

El autor, en este libro, no examina únicamente la nulidad y su tratamiento incoherente, sino también aborda otros temas sobre la teoría general del acto jurídico, como su denominación, sus elementos y presupuestos, ciertos actos específicos como los actos de disposición de los bienes de la sociedad conyugal por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, la revocación del testamento, la venta de bien ajeno, entre otros, cuestionando el modelo teórico acogido por el legislador y las incoherencias de la jurisprudencia, especialmente de la casatoria, problemas álgidos que crean inseguridad jurídica y una justicia impredecible.

Como señala IHERING¹, “el valor práctico de una institución no está determinado por la circunstancia de que no presenta más que ventajas, sino por el balance entre las ventajas y las desventajas, y la preponderancia de las primeras. Este punto de vista debe ser decisivo, no solo para el legislador, sino también para el historiador y para el jurisconsulto filósofo”.

El derecho es una ciencia eminentemente práctica e interpretativa, un sistema abierto en el que el elemento normativo interactúa con elementos morales, sociales, económicos, culturales, históricos, religiosos, políticos; por tanto, todo es cuestionable. Hay puntos de vista, hipótesis, teorías verdades racionales, pero, sobre todo, razonables, sobre un mismo tema, prácticamente nada es absoluto, todo es relativo. Estas diversas apreciaciones sobre las materias que trata este libro son confrontadas por el autor, especialmente desde una perspectiva *ius* filosófica, para establecer un balance entre las ventajas y las desventajas que presentan cada una de ellas, y, con sus aportes personales, descubrir la preponderancia de las primeras.

Podemos estar en desacuerdo con algunos de estos criterios, pero ello en nada desmerece esta seria e importante investigación que, sin lugar a dudas, va a enriquecer el debate doctrinario que contribuirá a mejorar la legislación y jurisprudencia, superando los actuales problemas que presenta la nulidad del acto jurídico.

¹ IHERING, R. Von, “Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria”, versión española por Adolfo Posada, Madrid: Revista de Legislación, 1892, p. 67.

Los estudiantes de derecho deben aprovechar los conocimientos y la experiencia adquiridos por el catedrático universitario TANTALEÁN ODAR en sus años de docencia y ejercicio profesional. No pueden limitarse a tomar apuntes en clase, que siempre son incompletos e inentendibles, sino prepararse estudiando esta obra para poder participar activamente en el desarrollo de las clases del curso de acto jurídico.

Celebramos la publicación de la segunda edición de este libro, y me siento sumamente complacido y honrado de haber tenido la gratísima oportunidad de prologar esta obra reveladora de una gran inquietud del autor por la investigación jurídica, cuya lectura será de gran utilidad para los profesionales y estudiantes de derecho.

Lima - Perú

Editada en la ciudad de Lima, Perú
Publicada en línea el 1ro. de julio 2019