

# *Derecho y Cambio Social*



**OJS** OPEN  
JOURNAL  
SYSTEMS

N.º 59 enero - marzo 2020

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: *Piedra de los doce ángulos*, es un bloque de piedra de la cultura inca que forma parte de un palacio ubicado en la calle Hatun Rumiyoq, Cusco - Perú; de Carlos E. Carvajal (2016)

Edición enero-marzo 2020.

**Copyright © 2000 – 2020** Pedro Donaires Sánchez (Editor-fundador de DyCS)

## **Derecho y Cambio Social**

### **DIRECTOR:**

**Pedro Donaires Sánchez**

Círculo de Estudios Ius Filósoficos "UNIDAD", Lima - Perú.

### **CONSEJEROS:**

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

**Reynaldo Mario Tantaleán Odar**, Poder Judicial. Perú.

**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.

**Daury Cesar Fabríz**, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Brasil.

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

**Marcelo Fernando Quiroga Obregón**, Faculdades Integradas de Vitória (FDV). Brasil.

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

**Antonio Sánchez-Bayón**, Profesor de CC.SS. en ISEMCO y EAE Business School (España), Univ. Bernardo OHiggins (Chile).

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

**Jorge Isaac Torres Manrique**, Consultor jurídico (Perú). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia).

**Félix Fernández Castaño**, Universidad de Granada. España.

**Edwin Ricardo Corrales Melgarejo**, Poder Judicial. Perú

**Teófilo Idrogo Delgado**, UNT y Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Perú.

**Omar Toledo Toribio**, Poder Judicial. Perú.

**Juan Carlos García Huayama**, Ministerio Público. Perú.

**Sergio García Magariño**, Instituto para el Conocimiento, la Gobernanza y el Desarrollo Globales. España.

**Sandra Verónica Manrique Urteaga**, Universidad Nacional de Cajamarca – UNC. Perú.

**Reyler Yulfo Rodríguez Chávez**, Poder Judicial. Perú.

**Laura Guadalupe Zaragoza Contreras**, Poder Judicial del Estado de México.

### **COORDINADORA DE EDICIÓN:**

**Dunia Khadiyéh Donaires León**, OAP de la CBE, Madrid.

## CONTENIDO

<b>Editorial</b>	<b>Págs.</b>
Convulsión social y política. Destrucción y construcción	9-10
<b>FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	
Análisis filosófico de la crítica neoliberal a la teoría del valor de Marx y sus implicancias en el derecho <b>Ayrton A. Trelles Castro</b>	12-25
<b>DERECHOS HUMANOS</b>	
La construcción de la ciudadanía de los pueblos indígenas latinoamericanos a partir del principio de la autodeterminación <b>Raquel Coelho de Freitas</b> <b>Thaynara Andressa Frota Araripe</b> <b>Adrian Esteban Narváez Moncayo</b>	27-41
Contradicción histórica: la negativa de Italia a recibir a los refugiados <b>Amanda Zanon Vieira</b> <b>Marcelo Fernando Quiroga Obregon</b>	42-55
Los derechos humanos a nivel internacional y la amenaza brasileña de regresión a la protección instituida <b>Wellington Cacemiro</b>	56-71
La crisis de los refugiados venezolanos y haitianos en Brasil: un análisis sobre el origen y las consecuencias de la crisis en el territorio brasileño <b>Juliana Ramos do Nascimento</b> <b>Marcelo Fernando Quiroga Obregón</b>	72-95
<b>DERECHO AMBIENTAL</b>	
El derecho a un medio ambiente artificial sostenible y ecológicamente equilibrado: entre las perturbaciones, las lagunas y la responsabilidad por la degradación del medio ambiente <b>Anysia Carla Lamão Pessanha</b> <b>Lígia de Paula Louvem</b> <b>Tauã Lima Verdán Rangel</b>	97-114
<b>DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
Derecho de acceso a los cuidados paliativos: reflexiones bioéticas a la luz del escenario británico <b>Julia Cariello Brotas Corrêa</b> <b>Margareth Vetis Zaganelli</b>	116-129

El principio de la libertad religiosa a la luz de la Constitución: el sacrificio de animales como parte integral de una creencia 130-150  
**Mateus Bitencourt Battistin**  
**Alexandre Campaneli Aguiar Maia**

Acceso a la salud y al valor de la vida: colisión entre los Derechos Fundamentales y la Reserva de lo Posible 151-181  
**Magaly Bushatsky**  
**Luiz Henrique dos Santos Nascimento**  
**Evelyne Pessoa Soriano**  
**Adriana Conrado Almeida**  
**Marcus Vitor Diniz de Carvalho**  
**Reginaldo Inojosa Carneiro Campello**

## DERECHO PENAL

Apuntes sobre la intervención mínima, legalidad y culpabilidad como límites al ejercicio del Derecho Penal por el Estado en la Constitución de Cuba del 2019 183-197  
**Manuel Figueredo Beatón**

Pornografía de venganza: violencia de género en Internet y protección de la intimidad sexual - Un estudio comparativo (Italia y Brasil) 198-216  
**Kauane Fiorio**  
**Margareth Vetis Zaganelli**

## DERECHO ADMINISTRATIVO

La reincorporación de los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública (Estado de México) 218-247  
**Bernardo Miranda Garduño**  
**Lucio Ordoñez Huerta**

El contrato de explotación minera 248-329  
**Iván Manuel Haro Bocanegra**

*Digital influencer* y la responsabilidad del consumidor 330-344  
**Júlia Bagatini**  
**Diego Alan Schofer Albrecht**

La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas desde la perspectiva de la Ley contra la corrupción en Brasil 345-368  
**Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza**  
**Thiago Menezes Ramos**

## DERECHO PROCESAL CIVIL

Peritaje forense bajo la égida del nuevo proceso civil brasileiro 370-383  
**Vanessa Azevedo Maranhão Dias**

**Diogo Severino Ramos da Silva**

## **DERECHO PROCESAL PENAL**

Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano 385-425

**Alexander Robles Sevilla**

Perfiles genéticos a efectos de enjuiciamiento penal internacional 426-444

**Marcelo Fernando Quiroga Obregón**

**Bárbara Raasch Timm**

## **CRIMINOLOGÍA**

*Estudios criminológicos contemporáneos (VIII):* 446-500

El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología

**Sergio Cámara Arroyo**

Revisión teórica de herramientas metodológicas aplicadas en la investigación criminológica 501-511

**Rolando Granados Muñoz**

Conductas violentas y radicales en centros penitenciarios 512-537

**Montserrat López Melero**

**Joan Caballero Casas**

La empleabilidad del criminólogo/a: propuestas para el ámbito público y privado 538-547

**Adrián Giménez Pérez**

La influencia del pensamiento político-criminológico en los institutos de derecho internacional: análisis del proceso de hábeas corpus de Olga Benário en el *Supremo Tribunal Federal* 548-560

**Noêmia Amélia Silveira Fialho**

**Marcelo Fernando Quiroga Obregón**

## **VARIOS**

*Mani pulite*, 28 años más tarde: consideraciones sobre la operación anticorrupción que sacudió Italia 562-583

**Jordan Tomazelli Lemos**

**Margareth Vetis Zaganelli**

El *bitcoin* y el sistema legal brasileño: un análisis de la regulación japonesa y el PL 2.303/15 a la luz de la libertad y la privacidad 584-611

**Camilo Zupeli Santos**

## **Marcelo Fernando Quiroga Obregon**

Prueba genética predictiva: estudio de insuficiencia legislativa brasileña a la luz del Derecho Comparado 612-631

**Anna Karoliny Alexandre Fonseca**

**Margareth Vetis Zaganelli**

**Matheus Lopes Dezan**

"*Bendito seja o fruto*": la perspectiva ecofeminista sobre las formas de dominación de la naturaleza y de las mujeres de la serie de televisión "*The Handmaid's Tale*" 632-651

**Nariel Diotto**

**Angelita Woltmann**

**Tiago Anderson Brutti**

**Elizabeth Fontoura Dorneles**

*Brexit*: un análisis de la salida del Reino Unido de la Unión Europea 652-672

**Brenda Castiglioni Pedroza**

**Marcelo Fernando Quiroga Obregón**

## **RESEÑA BIBLIOGRÁFICA**

Memoria histórica. Derecho UNC. 25 años formando abogados 674-678

*De la autoría de Jorge Luis Salazar Soplapuco*

**Pedro Donaires Sánchez**

Derecho ambiental marítimo 679-682

*De la autoría de Marcelo F. Quiroga Obregón*

**Marcelo F. Quiroga Obregón**

La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: análisis y descripción metodológica – jurisprudencial 683-687

*De la autoría de Juan José Díaz Guevara*

*De la autoría de Juan José Díaz Guevara*

**Pedro Donaires Sánchez**



## **Editorial**

## Editorial (\*)

### Editorial

---

**Resumen:** Nota editorial de la revista jurídica *Derecho y Cambio Social* sobre la convulsión social y política que actualmente afecta a muchos países del mundo. Se expresa que este fenómeno es parte de los procesos paralelos que caracterizan el desenvolvimiento de la humanidad hacia una etapa de madurez colectiva.

**Palabras clave:** convulsión social, destrucción, construcción, orden social, paz universal.

---

## DESTRUCCIÓN Y CONSTRUCCIÓN

(Procesos paralelos)

En los cambios revolucionarios que se desarrollan en todas las esferas de la vida, puede percibirse la interacción de dos procesos fundamentales. Uno es destructivo por naturaleza, mientras que el otro es constructivo e integrador; ambos sirven para llevar a la humanidad, cada uno a su manera, a lo largo del camino que conduce hacia su plena madurez.

El desenvolvimiento del primero es evidente en todas partes: en las vicisitudes que aquejan a instituciones antaño consolidadas, en la impotencia de los líderes en todos los ámbitos para reparar las grietas que aparecen en

---

(\*) Recibido: 12 diciembre 2019 | Aceptado: 12 diciembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

las estructuras de la sociedad, en el desmantelamiento de las normas sociales que tiempo atrás contribuían al control social, y en el desaliento y la indiferencia que muestran no sólo los individuos sino también sociedades enteras que han perdido todo sentido de propósito.

Aunque devastadoras en sus efectos, las fuerzas de desintegración tienden a apartar los obstáculos que impiden el avance de la humanidad y abren espacio para que el proceso de integración reúna a grupos diversos y deleve nuevas oportunidades de cooperación y colaboración.

El principio de la unicidad de la humanidad es la brújula que orienta los pasos del proceso de construcción en su meta de lograr, progresivamente, unidad en los distintos ámbitos de la vida social, por ejemplo, «la unidad en el dominio político», «la unidad de pensamiento en proyectos mundiales», «la unidad en la libertad», «la unidad de las razas» y «la unidad de las naciones» con base en la justicia. A medida que éstas se vayan haciendo realidad, irán tomando forma paulatinamente las estructuras de un mundo políticamente unido, que respeta toda la diversidad cultural y proporciona canales para la expresión de la dignidad y el honor.

Los que aman la justicia, sin duda, se esfuerzan por alinearse individual y colectivamente con las fuerzas asociadas con el proceso de construcción e integración, con el convencimiento de que continuarán cobrando fuerza, no importa cuán sombrío parezca el horizonte inmediato. Los asuntos humanos serán reorganizados por completo, y se inaugurará una era de paz universal...

Lima, enero de 2020

*Derecho y Cambio Social*

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

#### **Referencia bibliográfica:**

ANELLO, Eloy; HERNÁNDEZ, Juanita. **Liderazgo Moral**. Santa Cruz: Universidad Nur, 1996. Recuperado de <http://www.bibliotecabahai.com/index.php/temas/otros-autores/3115-elloy-anello-juanita-hernandez-liderazgo-moral/file>

CASA UNIVERSAL DE JUSTICIA. **La Promesa de la Paz Mundial**. Haifa: 1985. Recuperado de <https://www.bahai.org/es/beliefs/universal-peace/promise-world-peace/opening>

# **FILOSOFÍA DEL DERECHO**

## **Análisis filosófico de la crítica neoliberal a la teoría del valor de Marx y sus implicancias en el derecho** (\*)

### **Philosophical analysis of the neo-liberal critique of Marx's theory of value and its implications in the law**

**Ayrton A. Trelles Castro**<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **1.** Crítica a la teoría del valor de Marx. **2.** Teoría del valor-trabajo de Marx. **3.** La reivindicación de la vida y la cultura. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

**Resumen:** El objetivo de este escrito es analizar la crítica neoliberal a la teoría del valor-trabajo de Carlos Marx. La hipótesis que se maneja es que tales objeciones son incorrectas; afirmación que se sostiene utilizando como metodología la lectura de las obras de pensadores destacados del siglo XXI en filosofía y economía; dando como resultado la crítica a la crítica neoliberal, la cual confunde valor con precio y economía con crematística por lo que, al criticar la teoría del valor de Marx, comete la falacia del hombre de paja. Se concluye enumerando algunos errores de la crítica neoliberal.

**Palabras clave:** teoría del valor, valor-trabajo, escuela neoclásica, Marx, neoliberalismo.

---

(\*) Recibido: 19 setiembre 2019 | Aceptado: 26 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Estudiante de filosofía, Universidad Nacional de San Agustín. Miembro del Centro de Estudios Disenso.  
[atcayrton@gmail.com](mailto:atcayrton@gmail.com)

**Abstract:** The objective of this paper is to analyze the neo-liberal critique of the labor-value theory of Carlos Marx. The hypothesis that is handled is that such objections are incorrect, a statement that is maintained using as a methodology the reading of the works of the most prominent thinkers of the 21st century in philosophy and economics, resulting in criticism of neo-liberal criticism, which confuses value with price and economics with crematism so, when criticizing Marx's theory of value, he commits the straw man fallacy. It concludes by listing some errors of neoliberal criticism.

**Keywords:** value theory, work-value, neoclassical school, Marx, neoliberalism.

---

## Introducción

En la historia de la economía hay muchas corrientes que se han enfrentado entre sí, apareciendo de cuando en cuando ideas brillantes realizadas por personajes que han dado mucho que hablar. Cada autor ha mostrado preocupación por la sociedad. Si nos fijamos en la historia de la antigua Grecia, por ejemplo, podemos hallar a Aristóteles que se ocupa de la política tanto como de la economía. Con respecto a la economía diferencia entre *oikonomía* y crematística, la primera tiene que ver con la reproducción de la vida mediante el trabajo y la producción, la segunda con el arte de enriquecerse.

Más adelante, cuando el capitalismo ya se había desarrollado lo suficiente como para identificar sus características, la economía política adquiere matices nuevos, que tratan de describirlo y de descubrir por qué y cómo funciona. A este periodo se le designa con el nombre de escuela clásica de economía, que ya se preveía antes de la aparición de Adam Smith, como bien lo explica Eric Roll (1994: 128) en su famoso libro sobre la historia de las doctrinas económicas.

En este punto, época en la cual la economía ya ha madurado, se abre un nuevo debate que versa sobre lo que es el *valor*, ese es el tema objeto de reflexión en el presente artículo. En 1844 Marx se ocupa del estudio del corpus de la economía política vigente de su tiempo. Por esos años era un joven pensador influenciado por el sistema hegeliano. El resultado del estudio que emprendió fue unos borradores de su pensamiento a los que se

les conoce como *Manuscritos: economía y filosofía* (1970), en los que efectuaría sus primeras críticas a la economía política de su tiempo.

Posteriormente, la tarea de revisión crítica al pensamiento burgués, hallará la luz en 1867, año en que fue editada su obra *El capital*, la cual es en sí la cuarta redacción del libro, pues Marx se pasó alrededor de quince años aumentando y corrigiendo su escrito.

En el libro referido, Marx describe la teoría del valor-trabajo, desde su perspectiva y con sus propios conceptos ya pulidos. Después de él, otros pensadores también desarrollaron sus propias interpretaciones del valor; por ejemplo, William Stanley Jevons, Carl Menger y León Walras (Roll: 1994: 341), trinidad conocida con el nombre de: teóricos de la utilidad marginal.

Actualmente, académicos tales como Juan Ramón Ralló, Jesús Huera de Soto o Martín Krause, fundamentan la crítica a Marx, y de paso al marxismo, en la teoría marginal del valor. En ese sentido, ¿es correcta la crítica a la teoría del valor-trabajo marxiana?

Pensamos que tal crítica es incorrecta. La teoría del valor-trabajo de Marx, como el mismo autor dice, es difícil de comprender, sumado a esto, pareciera que para muchos académicos más pesa el prejuicio que la investigación, si bien el primer capítulo de *El capital* es complicado de entender, no es imposible si se desea ser puntuales o, en el mejor de los casos, rigurosos.

En la primera parte se describirá la interpretación y la crítica neoliberal a la teoría del valor de Marx, en la segunda parte se abordará la teoría del valor-trabajo en *El capital*, en la tercera parte reflexionaremos sobre los alcances de la teoría del valor de Marx y por qué es necesario tomarla en cuenta, finalmente se enumerarán las conclusiones.

## **1. Crítica a la teoría del valor de Marx**

Carlos Marx (1818-1883) fue un filósofo alemán de copiosa producción, su libro más conocido es *El capital*. En este texto expuso la teoría del valor-trabajo, cuya forma embrionaria se encuentra en su libro *Contribución a la crítica de la economía política* y las reflexiones-borrador llamadas *Grundrisse*.

La teoría del valor no es propia del pensador de Tréveris, los economistas de la escuela clásica, como Adam Smith y David Ricardo ya la habían elaborado. Posteriormente a Marx, pensadores como Carl Menger, William Stanley Jevons, León Walras y Alfred Marshal postularon sus propias teorías del valor, que pasarán a conocerse como las del valor subjetivo.

La nueva forma de entender el valor nace como respuesta a los problemas que planteaba la primera teoría, sobre todo en referencia al precio, que ya no era posible explicarse solamente a partir de la oferta y la demanda (Roll, 2010: 339), introduciéndose así el concepto de utilidad marginal (336), que fue posible elaborarse gracias a la contribución puesta poco a poco por los autores ya mencionados y que tiene como pionero a Herann Heinrich Gossen. En ese sentido “[las] escuelas de la utilidad pretenden la validez universal por una razón diferente: porque sostienen que formulan una teoría del valor independiente de todo orden social específico” (340) e, inclusive, de la historia.

Quien continúa la labor de Gossen es Carl Menger (1840-1921) en su libro *Principios de economía política*, donde expone la teoría marginalista de economía, terminando de modelar lo explicado por su predecesor. En esa obra desarrolla que el valor de una cosa deja de ser medido por el tiempo de trabajo que lleva incorporado, entonces, es necesario considerarse otras maneras de medir el valor, la primera sería de forma subjetiva, pues los individuos son los llamados a realizar esa medición; la segunda forma sería por su utilidad marginal, porque los precios no nacen por la cantidad de trabajo invertido en un objeto, sino por la escasez de su existencia.

La teoría marginalista, que se la considera como superadora de las concepciones económicas de Marx, tiene eco en autores como el liberal Benedetto Croce (1942), que la conoce con el nombre de hedonista, y algunos exponentes famosos de esta teoría, como los inolvidables Wieser y Böhm-Bawerk, por un lado y a Misses, Hayek y Friedman, secundando por otro lado. La divulgación en Iberoamérica de la utilidad marginal va de la mano de personajes como Jesús Huerta de Soto, Martín Krause y Juan Ramon Rallo, que hoy por hoy difunden el pensamiento de sus maestros a través de sus escritos en internet o por vídeos en YouTube. En ese sentido, el papel de la teoría marginalista es el de ser liquidacionista de la obra de Marx y el marxismo, según lo hacen ver; esa crítica comienza por la teoría del valor-trabajo y finaliza por la teoría de la explotación.

Jesús Huerta de Soto en un escrito titulado “La corriente Marxista y la reacción Neo-Ricardiana” (2019), considerando la crítica de Böhm-Bawerk y Misses, nos explica que Marx se equivoca pues a) los bienes económicos no siempre son producto del trabajo, b) los bienes con la misma cantidad de trabajo incorporado pueden tener valores distintos, el valor de los bienes es algo subjetivo, c) la teoría del valor de Marx no explica de dónde sale el valor pues utiliza un razonamiento circular que impide ver el origen de éste y d) la



teoría marxiana desconoce la categoría lógica del valor temporal, por la cual los bienes presentes tiene más valor que los bienes futuros.

En su libro *Socialismo. Cálculo económico y función empresarial* (2005), publicado cuando la Unión Soviética estaba desmembrada, menciona que el análisis de Marx “es ante todo una teoría del desequilibrio” (182), aunque el autor de *El capital* acepta que el mercado es algo espontáneo e *indeterminado* –punto con el que concuerda Huerta de Soto– es un error criticarlo, sí, como Marx, se parte de algo que no existe, en este caso el socialismo, modelo que es *determinado*, de tipo centralizado y coactivo (183). Sumado a esto:

[...] su teoría del valor trabajo no es sino la consecuencia de considerar que la información o conocimiento es algo objetivo e inequívocamente discernible desde el punto de vista de un observador exterior. Nosotros, por el contrario, sabemos que el valor no es sino una idea o información de tipo subjetivo, disperso e inarticulable, es decir, una apreciación o proyección de la mente humana sobre las cosas o medios económicos, psicológicamente tanto más intensa conforme el actor crea subjetivamente más útil le serán dichos medios para alcanzar los fines perseguidos (184).

Martin Krause también desarrolla sus argumentos en contra de la teoría del valor-trabajo en: “Böhm-Bawerk critica a Marx y la teoría del valor-trabajo, y discute la idea de que los costos determinan los precios” (2014). Según la crítica realizada por Krause, el pensador alemán, en su teoría, expone que un objeto no tiene valor por sí mismo, es decir, que el valor de una mercancía se mide por el tiempo de trabajo necesario para su producción; para refutar esa teoría, Krause toma como ejemplo a una mina de petróleo, la cual tiene valor por ser tal, nos explica, y no por el tiempo que se invirtió en trabajarla.

Conocemos que el petróleo es una mercancía muy necesaria e indispensable para las industrias y personas, por ese motivo Krause quiere hacer notar que el valor de la mina – supóngase que cueste billones de dólares– corresponde a que vale así por ser una mina, en primer lugar y en segundo lugar porque la utilidad del petróleo es alta y al mismo tiempo, este *commodity* es difícil de obtener, entonces por la dificultad de tenerlo más lo difícil de hallarlo, es que tiene utilidad marginal, por lo tanto cuesta mucho.

Finalmente, Juan Ramon Rallo en su esfuerzo de homenajear a Marx en la celebración del bicentenario de su nacimiento (1818-2018), contribuye a la crítica en su escrito “Los 10 errores básicos de la teoría económica de Marx (I)” y II (2018). Los errores de Marx son creer que una mercancía tiene el mismo valor de cambio (precio) que la otra porque comparten semejantes horas de trabajo incorporadas en ellas (trabajo socialmente necesario) y, también, pensar que el trabajo y la naturaleza son los únicos factores que crean valor.

El economista español advierte que no se puede medir el precio de las mercancías por el tiempo que se empleó en producirlas, porque, de esta manera, no estaríamos considerando los grados de utilidad que poseen los objetos (las mercancías), pues el tiempo de trabajo de una cosa útil no es comparable con el tiempo de trabajo de algo menos útil.

Para el intelectual en mención, en la sociedad la utilidad marginal es la que manda sobre el tiempo de trabajo, el cual es insuficiente para explicar por qué las innovaciones tecnológicas que crean riquezas no generan valor, es decir, Rallo piensa que, para Marx, la tecnología no es capaz de incorporar valor a un bien.

En ese sentido, las ideas del filósofo alemán, sólo tratarían de hacernos pensar que el capitalismo es injusto. Para Rallo la teoría del valor-trabajo, piedra angular del pensamiento marxista, tiene problemas internos que bajo un análisis basado en la realidad no se sostienen, por lo que cualquier lucha política que se desprenda de las ideas de Marx, ya nace defectuosa. Esta conclusión es compartida por los críticos que se han enumerado.

En suma, Marx comete el error de creer que el tiempo de trabajo da valor a las cosas, porque 1) como dice Huerta de Soto, los valores son subjetivos; b) como señala Krause, las cosas valen por sí mismas y c) de acuerdo con Rallo, la utilidad marginal, es decir, la escasez de algo, hace que el precio sea regulado. Cosas que el filósofo alemán, muy influenciado por Ricardo, no considera, y como se señalaba, la escuela neoclásica, la del valor subjetivo, hedonista –como la llamaba Benedetto Croce–, la cual señala que los precios son regulados por la espontaneidad que el mercado ha podido superar.

## 2. Teoría del valor-trabajo de Marx

El libro *El capital* ha sido muchas veces editado, corregido y aumentado para mejor entendimiento o didáctica de los lectores a quienes iba dirigida la traducción, este es el caso de la edición francesa<sup>2</sup>. Es importante señalar que hacer un resumen de la densa explicación de Marx sobre el valor-trabajo implica el riesgo de vulgariza lo que el autor deseaba que se sepa sobre el tema, quitándose así la riqueza verbal y la abstracción a la que llega el “barbado profeta alemán”. Sin embargo, no se puede pensar sin asumir los riesgos que ello supone: pensar es arriesgar.

---

<sup>2</sup> En realidad, hubo varias publicaciones de la obra tanto en vida de Marx como póstumamente, según como nos explica Pedro Scaron (2010: X). El estudio realizado en este trabajo toma dos ediciones, la edición de la editorial Cartago (1973) que es la traducción de la traducción francesa y la edición estudiada de la editorial Siglo XXI (2010); cuyo prólogo señala las inconsistencias de algunas ediciones anteriores.

En el primer capítulo Marx habla sobre la mercancía y el valor, expone el proceso de su transformación hasta convertirse en precio, quedando mencionado lo que el filósofo deseaba dejar en claro respecto al tema, por supuesto, más allá de lo divulgado por la crítica neoliberal.

La dificultad para entender el primer capítulo, es conocida, como lo expresan las palabras de su autor “[a] parte de lo que concierne a la *forma-valor*, la lectura de este libro no ofrecerá dificultades” (Marx, 1973: 22), pues “es más fácil estudiar el organismo desarrollado que las *células* que lo componen”<sup>3</sup> (Marx, 2010: 6), puesto que la sociedad capitalista se presenta “como un enorme cúmulo de mercancías” (43), entonces la mercancía es su “*forma celular económica*” (6), a la que se debe de estudiar minuciosamente por más que parezca una sutileza, porque la abstracción es el equivalente a utilizar microscopios y reactivos a la ciencia.

Marx explica que el proceso de transformación del valor hasta el precio reviste muchas formas, comenzando por tomar en cuenta que una mercancía tiene dos tipos de valor, el de uso (*worht*) y el de cambio (*value*). El primero se mide cualitativamente y representa la utilidad de una cosa que se realiza en el uso y el consumo, el segundo se mide por la magnitud, es decir cuantitativamente (Marx, 1976: 56). Enrique Dussel, de forma un poco más didáctica nos indica la importancia de las dos formas en la economía:

El ser humano, como todo ser vivo, debe satisfacer sus necesidades (comer, beber, vestirse, habitar...). Si los satisfactores los ha producido la naturaleza misma no tiene sino que recolectarlos (los vegetales) o cazarlos (los animales). Cuando se tornan escasos debe producirlos el mismo ser humano. A esta actividad la llamamos trabajo. Como Aristóteles y Karl Marx lo anotaban, las cosas útiles tienen valor de uso (en referencia a las necesidades: utilidad), pero las cosas producidas tienen otro tipo de valor que cuando se relacionan con otros productos en el intercambio; aparece así el valor de cambio (sirven, además de satisfactor, para ser intercambiados por otros bienes producidos por otros trabajos diferentes de otros seres humanos). Sólo en este caso accedemos al nivel económico (2015: 342).

El valor de cambio se utiliza para contrastar los valores de las cosas en la sociedad, por este motivo Marx indica que las mercancías son mercancías al encontrarse en la producción social (1976: 68), lo que significa que el valor

---

<sup>3</sup> Bob Jessop, en una conferencia subida a YouTube, titulada “Capitalist State and States in Capitalist Societies”, explica que Marx sabe combinar la biología con su trabajo filosófico. Actualmente en las ciencias sociales se ve como necesidad emular a la biología porque es en sí una ciencia de la vida, pues antes el paradigma era parecerse a ciencias como la física, cuestión que se pone ahora en tela de juicio dado los acontecimientos que hoy se viven en nuestro planeta, como el caso de ecocidio, etc.

es quien las relaciona entre sí por algo común a todas ellas: el trabajo humano (57).

Las mercancías necesitan tiempo de trabajo (horas, días, semanas, etc.) socialmente necesario para poder ser producidas. El valor de las mercancías va conforme al tiempo de trabajo invertido en ellas, siempre y cuando sea un trabajo útil, no perezoso, por consiguiente “sólo la cantidad de trabajo, o el tiempo de trabajo necesario, en una sociedad dada, para la producción de un artículo, determina la cantidad de su valor” (58).

La fuerza productiva del trabajo también determina el valor de la mercancía, si la fuerza de trabajo es mayor, es menor el trabajo cristalizado en la producción, aunque sea mayor la cantidad de mercancías (59), porque, como se explicaba, la magnitud del valor es medida por el tiempo empleado en la producción.

Es necesario aclarar un par de puntos más, una cosa puede tener valor de uso sin necesidad de poseer tiempo de trabajo incorporado en ella, en este sentido Marx nos dice que la naturaleza es madre y el trabajo es padre de las riquezas materiales (62), entonces el trabajo es el intermediario entre la naturaleza y la humanidad. Lo que hace el ser humano es modificar la materia. Podemos entender, entonces, que la sustancia del valor es el valor de uso y la magnitud<sup>4</sup> del valor es la cantidad de trabajo socialmente necesario. Conocido este punto el pensador alemán comienza a exponer la *forma del valor* (65).

Aquí el asunto se vuelve más abstracto porque el autor mezcla las dos cosas aprendidas sobre la mercancía, además de otros conceptos y categorías pertinentes para entender el proceso de la forma-valor<sup>5</sup> a forma-dinero (66), o de la forma-valor a forma-precio (78), que seguramente genera confusión.

La mercancía, siguiendo su proceso, pasa a tener una forma relativa y una forma equivalente, la primera y la segunda pueden ser cualquier mercancía que se desee, por ejemplo, un sastre utiliza la tela (forma relativa) para construir un traje (forma equivalente de la forma relativa) (67); estas dos están unidas, pero al mismo tiempo contrapuestas. Si atendemos a la lógica de unión y lucha de contrarios, seguramente a partir de lo mencionado entenderemos que saldrá algo nuevo de esta contradicción, pues el valor de

---

<sup>4</sup> El razonamiento expuesto también se puede encontrar en la primera edición de *El capital*, la de 1867, que ya no está en la edición traducida del francés: “[...] Equivalente, en este caso, significa simplemente igual en magnitud, una vez que ambas cosas han sido previamente reducidas en nuestras cabezas, de un modo tácito, a la abstracción del valor” (1966: 195).

<sup>5</sup> El primer autor en identificar la forma-valor fue Aristóteles, nos comenta Marx (1973a: 75).

ambas mercancías, tanto el de uso como el de cambio, se hacen notorios en la transformación de una cosa en otra, de la tela en traje.

En este punto la crítica hace hincapié, como anteriormente hemos expuesto, ¿si una cosa demanda menos tiempo de producción que la otra, por qué las dos pueden cambiarse sin ningún reparo? ¿Qué explicación al respecto nos da un pensador cuyo libro ya cumplió 150 años? Él responde así:

Como valores todas las mercancías son expresiones iguales de la misma unidad, el trabajo humano, reemplazables unas por otras. Una mercancía, por consiguiente, es cambiable por otra en cuanto posee una forma que la hace aparecer como valor (72).

La crítica apunta a este razonamiento y se indigna. Cualquiera diría “¿cómo es posible que algo con menos tiempo de trabajo pueda intercambiarse por otra cosa con más tiempo de trabajo incorporado o viceversa? ¿Marx verdaderamente fue tan poco profundo para no darse cuenta?” Veamos, por un lado, cabe recordar que una mercancía es tal porque está dentro de la producción social, es decir, en un sistema de producción (68).

Retomando el ejemplo sencillo del sastre, la mercancía X (tela) puede ser intercambiada por la mercancía Y (traje) “en cuanto posee una forma que la hace aparecer como valor”. Explicábamos que para Marx el valor está en relación con el trabajo humano, la mercancía lo posee cuando en ella está invertido en la figura de trabajo concreto, que luego pasa a ser trabajo abstracto porque su valor cambió a una forma equivalente en otra mercancía, que en este caso es el traje.

Sucede pues que la forma equivalente evoluciona a la forma dinero. Este proceso de cambio lleva dentro de él muchas características. Hemos hablado de la forma simple del valor, que es un paso A, hallándose ahí la primera forma equivalente, el paso B lo integra la forma total o desarrollada, donde la mercancía, como forma relativa, refleja su valor en otras y la forma particular equivalente es el reflejo de los valores relativos, en el paso C: “[la] forma general del valor relativo, que abarca el mundo de las mercancías, imprime a la mercancía equivalente excluida de él el carácter de equivalente general (82)”; en el paso D se consuma el proceso entero, porque se llega al dinero, ahí la mercancía privilegiada ha adquirido la forma más acabada para ser el reflejo de los valores de todas las demás.

### **3. La reivindicación de la vida y la cultura**

Hemos revisado, hasta ahora, lo referente a la crítica de la teoría del valor de Marx junto con lo que él postulaba. Sería bueno enfocarnos también en los alcances de ésta, para poder comprender la trascendencia de lo analizado por Marx. En ese sentido, tenemos que mostrar por un lado lo polémico de la

posición neoliberal frente al filósofo, pues mediante su propaganda muestran a un pensador poco original y, también, tildándolo de impostor (Kaiser: 2018).

Para esta labor tomaremos de base a un disciplinado estudioso de la producción teórica de Marx, me refiero a Enrique Dussel. En su obra *16 tesis de economía política* (2013) didácticamente dice lo siguiente: 1) “[I]a constitución fenomenológica de la cosa *como satisfactor* de una necesidad es lo que se denomina desde Aristóteles *valor de uso* (29), y su esencia es útil en tanto sirve para reproducir la vida (30), este valor se puede encontrar en la naturaleza o realizado por el ser humano (*valor de uso producido*) (31)

A continuación analiza 2) el valor, que surge cuando el objeto posee trabajo humano, para ser didáctico y profundizar la idea, Dussel crea el neologismo de *productualidad* para identificarlo mejor (40); entendido este punto aborda 3) el valor de cambio, que ya no sólo es la cosa producida para el consumo (o sea con valor de uso y valor) sino que se produce para el intercambio, entonces adquiere “su *sentido* de objeto económico: el *okonómata*” (50).

Finalmente nos dice qué es 4) el dinero, el cual vendría a ser, como lo hemos visto, un equivalente general de las mercancías. Para comprensión didáctica, Dussel invierte el razonamiento de la siguiente manera “el precio es el valor de cambio de la mercancía expresada en *dinero*” (56).

El recuento era necesario en caso no hubiera quedado claro el tema del valor pensado por Marx, ahora bien, cabe contextualizar su pensamiento, es decir, utilizar sus categorías en la realidad, en aras de cumplir esa enseñanza que reza: “pasar de lo abstracto a lo concreto”; pues en nuestra sociedad capitalista el trabajo que crea valor comienza a desconocerse de nuevo, es decir se invierten las cosas de tal manera que la economía deja de ser para la reproducción de la vida, como ya se señaló, para pasar a servir al aumento de la tasa de ganancia, o como lo señala Marx, se fetichiza la mercancía – recordemos que la sociedad capitalista se presenta como un enorme cúmulo de mercancías–, y como escribió en los *Grundrisse*<sup>6</sup> “la producción no solamente produce un objeto para el sujeto, sino también un sujeto para el objeto” (1976: 12-13), es decir que en el sistema de producción donde nos encontramos, al momento se subjetiva el trabajo objetivado, convierte en sujetos para el objeto a los consumidores, quienes con su consumo alargan la vida del sistema. Hinkelammert Franz (2017) llama a este fenómeno como

---

<sup>6</sup> En el análisis de aquellos manuscritos realizado por Enrique Dussel, se aprecia claramente cómo Marx utiliza aquellas reflexiones como laboratorio y fase preparatoria para ponerlos pulidamente en su obra cumbre después (Dussel, 2010).

el fetichismo del capital, donde el mercado deja de servir al ser humano para que el ser humano sirva al totalitarismo del mercado.

Actualmente la mercancía no cumple solamente con ser satisfactoria de necesidades, sino que, vista desde la teoría neoliberal, el sujeto es para el objeto, los objetos no satisfacen necesidades, sino “propensiones a consumir, inclinaciones psicológicas que originan sus demandas. Se desenvuelven en una naturaleza que no es más que un objeto de cálculo. No tiene tampoco ninguna necesidad de ella, sino solamente inclinaciones psicológicas hacia ellas” (Hinkelammert, 1998: 261-262).

De esta manera con la negación del valor como objetivación del trabajo humano, con la inversión de la realidad que producen ciertas teorías, es necesario ir al fundamento que funda nuestro vivir, por más que nos parezca labor abstracta, pues de ella depende la creación de los conceptos pertinentes con el fin de comprender mejor la realidad donde desenvolvemos nuestras vidas, porque el trabajo humano no solamente crea productos para la satisfacción de sus necesidades, sino que al hacerlo transforma la naturaleza en *cultura* (Dussel, 2013: 40). Entonces, a partir de los conceptos vertidos en *El capital*, los cuales nacen con el fin de criticar a los conceptos de la economía política burguesa, se puede decir que su obra en ese sentido es una ética (Dussel E. citado por Bautista J.J. 2012: 34). Ética que pone en la palestra, lo oculto –en este caso la fuerza de trabajo que se coagula en *valor*, en un objeto dado–, para que pase a visibilizarse, en ese sentido practicamos la *Aleteia*, que para los griegos era literalmente lo no-oculto.

Como se mencionaba, reincorporar la crítica que parte del concepto del valor de Marx en la sociedad actual nos lleva a cuestionarnos lo económico, lo cultural y también lo jurídico; porque en la filosofía jurídica se da la batalla por llegar al fundamento de la sociedad, es decir lo que la hace posible. Araujo Frías (2018) en ese sentido, nos muestra que hay la sospecha de un crimen, pero que no nos aparece como tal porque se ha legalizado, y como para el derecho vigente el cumplimiento de la ley es tomado como sinónimo de justicia, terminamos viendo en el victimario a la víctima y en la víctima al victimario, así el crimen parece perfecto, pero no lo es, porque hemos empezado a sospechar que las injusticias no son el resultado de la inaplicación de la ley, sino de su propio cumplimiento (66). Es entonces cuando se demuestra que el ordenamiento jurídico está diseñado para desproteger a los pobres que se les condena a no tener nada y proteger a los ricos, a los que se les beneficia en todo. Lo nombrado es el fenómeno, debemos entender que el fundamento no ha crecido como los hongos silvestres, sino que ha sido preparado partiendo de conceptos que invisibilizan cosas tan necesarias como entender el valor como condición

para que haya producción y reproducción de la vida; la teoría del valor-trabajo de Marx visibiliza precisamente que el trabajo humano es lo que ha erigido la sociedad, sin humanos no hay sociedad, sin trabajo no hay vida. Si el trabajo es negado porque el ordenamiento jurídico, ya sea por su acto comisivo u omisivo, elimina el derecho a la reproducción de la vida, no hay trabajo posible, en el peor de los casos, y si el trabajo es sinónimo de explotación, su valor objetivado en un objeto deja de considerarse.

## Conclusiones

1. Los neoliberales sustentan su crítica en grandes científicos económicos, sin embargo, al querer contrastar la teoría de la utilidad marginal y subjetiva del valor con la del valor-trabajo, olvidan asimismo que Marx no llega a hablar de precio en el primer capítulo de *El capital*, si hubiera sido el caso nada le hubiese costaba analizar los precios de las mercancías en el mercado, citándolos en la primera parte de su obra, donde se centra la crítica.
2. Al criticar la teoría del valor de Marx, los neoliberales pretenden hacer ver que la utilidad marginal explica mejor qué es valor a diferencia de la del filósofo, con el objetivo de dar por obsoleto el pensamiento marxiano, aunque al analizarse la teoría del pensador alemán vemos que es necesaria tomarla en cuenta para aprender algo sobre el dinero, o mejor dicho sobre la forma-dinero que encierra la mercancía como forma-equivalente en nuestra sociedad.
3. La teoría del valor-trabajo de Marx no pretende demostrar que una mercancía con un valor mayor o menor a otra tenga el mismo precio, sino que los valores, correspondientes entre sí pueden reflejarse en alguna otra mercancía que haya logrado pasar de la forma embrionaria (forma-valor) a la forma equivalente general. En ese sentido la crítica neoliberal cae en la falacia conocida como Hombre de paja; porque en su crítica considera cosas que Marx no dijo ni pensó.
4. Se demostró que la crítica neoliberal al centrarse en lo crematístico relega la reflexión antropológica, política y jurídica que son parte de la economía. Entonces conocer y comprender la teoría del valor-trabajo de Marx es importante para pensar la realidad con las categorías que reivindica la producción humana como acto que reproduce la vida y la cultura.

## Referencias bibliográficas



- Araujo Frias, Jaime (2018). “Tras la sospecha de un crimen”. Ariel, (21), pp. 66-67. Recuperado de [https://apps.webofknowledge.com/full\\_record.do?product=WOS&search\\_mode=GeneralSearch&qid=2&SID=8F7AEOY6jlzyBIREo4G%0page=1&doc=1#](https://apps.webofknowledge.com/full_record.do?product=WOS&search_mode=GeneralSearch&qid=2&SID=8F7AEOY6jlzyBIREo4G%0page=1&doc=1#)
- Bautista, Juan José (2014). *¿Qué significa pensar desde Latinoamérica?* Madrid: Akal.
- Dussel, Enrique (2010). *La producción teórica de Marx*. Caracas: El perro y la rana.
- Dussel, Enrique (2015). “Economía y rito” pp. 341-345. *Filosofías del sur: Descolonización y transmodernidad*. México D.F.: Akal.
- Engels, Federico y Marx, Carlos (1966). “Teoría del valor”. Escritos económicos varios. México D.F.: Grijalbo.
- Hinkelammert, Franz (1998). *El grito del sujeto*. Costa Rica: DEI.
- Hinkelammert, Franz (2017). *La vida o el capital: el grito del sujeto frente a la ley del mercado*. Buenos Aires: CLACSO.
- Huerta de Soto, Jesús (2019). “La corriente Marxista y la reacción Neo-Ricardiana”. Recuperado de: <http://www.jesushuertadesoto.com/articulos/articulos-en-espanol/proyecto-docente/1-la-corriente-marxista-y-la-reaccion-neo-ricardiana-143/>
- Huerta de Soto, Jesús (ed. 5) (2005). *Socialismo. Cálculo económico y función empresarial* (ed. 5). Madrid: Unión editorial.
- Jessop, Bob [epk eh] (2018, mayo 9) “Capitalist State and States in Capitalist Societies”. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=h5ygJQQDa-l&t=1398s>
- Kaiser, Alex (2018). “Marx, el impostor”. Fundación para el progreso. Recuperado de: <http://fppchile.org/es/marx-el-impostor/>. Consultado un 10 de diciembre de 2018.
- Krause, Martín (2018). “Böhm-Bawerk critica a Marx y la teoría del valor-trabajo, y discute la idea de que los costos determinan los precios”. El foro y el bazar. Recuperado de: <http://bazar.ufm.edu/bohm-bawerk-critica-marx-la-teoria-del-valor-trabajo-discute-la-idea-los-costos-determinan-los-precios/>. Consultado un 20 de junio de 2019.
- Marx, Carlos (1970). *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid: Alianza editorial.

- Marx, Carlos (1973). *El capital: Crítica de la economía política*. Tl. Buenos Aires: Cartago.
- Marx, Carlos (1976). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858* (ed. 8). Tl. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Marx, Carlos (2010). *El capital: Crítica de la economía política*. Libro primero el proceso de producción del capital I. Madrid: siglo XXI.
- Rallo, Juan Ramón (2018) “Los 10 errores básicos de la teoría económica de Marx (I) y (II)”. *El confidencial*. Recuperado de: [https://blogs.elconfidencial.com/economia/laissez-faire/2018-05-11/errores-basicos-teoria-economica-marx-plusvalia-capitalismo\\_1560947/](https://blogs.elconfidencial.com/economia/laissez-faire/2018-05-11/errores-basicos-teoria-economica-marx-plusvalia-capitalismo_1560947/). Consultado un 20 de junio de 2019.
- Roll, Eric (1994). *Historia de las doctrinas económicas* (3ra ed.). México D.F.: Fondo de cultura económica.

## **DERECHOS HUMANOS**

**A construção da cidadania dos povos indígenas latino americanos a partir do princípio da autodeterminação**  
(\*)

**The construction of the citizenship of the latin american indigenous peoples from the principle of self-determination**

**La construcción de la ciudadanía de los pueblos indígenas latinoamericanos a partir del principio de la autodeterminación**

**Raquel Coelho de Freitas<sup>1</sup>**  
**Thaynara Andressa Frota Araripe<sup>2</sup>**  
**Adrian Esteban Narváez Moncayo<sup>3</sup>**

---

(\*) Recibido: 16 octubre 2019 | Aceptado: 12 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

- <sup>1</sup> Professora Associada da Universidade Federal do Ceará, Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Harvard Law School; Especialista em Violência Urbana pela Universidade Federal de Pernambuco. [rlcesar@gmail.com](mailto:rlcesar@gmail.com)
- <sup>2</sup> Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Advogada. [thayararipe@gmail.com](mailto:thayararipe@gmail.com)
- <sup>3</sup> Maestrendo en la Orden Jurídica Constitucional de la Universidad Federal de Ceará. Abogado de la Universidad Mariana de Pasto- Colombia. [adriancho1616@hotmail.com](mailto:adriancho1616@hotmail.com)

**Sumário:** Introdução; 1. Autodeterminação: um projeto político de cunho internacional; 2. A construção da cidadania indígena na América Latina; 3. A Autodeterminação como fundamento jurídico da prática de cidadania indígena. – Considerações finais. – Referências bibliográficas.

**Resumo:** Com a inclusão de instrumentos jurídicos de reconhecimento da diversidade cultural nas constituições de alguns países Latino-americanos, investiga-se o princípio da autodeterminação como fundamento para a construção de uma cidadania para os povos indígenas que os compreendam como sujeitos políticos atuantes e diversos. Para isso, utiliza-se a revisão bibliográfica juntamente com a análise legislativa para observar a estruturação conceitual histórica internacional do princípio da autodeterminação, além da compreensão do que seria um cidadão indígena plenamente capaz, ou seja, um cidadão que tenha suas especificidades culturais respeitadas e que tais diferenças não o dificulte ou o impeça de ser reconhecido na sociedade como sujeito político ativo. Conclui-se, portanto, que a mera garantia formal do princípio da autodeterminação, apesar do seu simbolismo, é insuficiente para a ingerência de um conceito de cidadania que seja capaz de transformar realidades que historicamente foram marginalizadas.

**Palavras-chave:** princípio da autodeterminação, cidadania indígena, diversidade cultural.

**Abstract:** With the inclusion of legal instruments for the recognition of cultural diversity in the constitutions of some Latin American countries, the principle of self-determination is investigated as the basis for the construction of a citizenship for the indigenous peoples who understand them as active and diverse political subjects. For this, the bibliographical revision is used together with the legislative analysis to observe the international historical conceptual structuring of the principle of self-determination, besides the understanding of what would be a fully capable indigenous citizen, that is, a citizen who has his cultural specificities respected and that such differences do not hinder or prevent him from being recognized in society as an active political subject. It follows, therefore, that the mere formal guarantee of the principle of self-determination, despite its symbolism, is insufficient to interfere with a concept of citizenship that is capable of transforming realities that have historically been marginalized.

**Keywords:** principle of self-determination, indigenous citizenship, cultural diversity.

**Resumen:** Con la inclusión de instrumentos jurídicos de reconocimiento a la diversidad cultural en las constituciones de algunos países latinoamericanos, se investiga el principio de la autodeterminación como fundamento para la construcción de una ciudadanía para los pueblos indígenas donde se los comprenda como sujetos políticos actuales y diversos. Para eso, se utiliza una revisión bibliográfica juntamente con un análisis legislativo para observar la estructuración conceptual histórica internacional del principio de autodeterminación, además de la comprensión de lo que sería un ciudadano indígena plenamente capaz. O sea, un ciudadano que tenga sus especificidades culturales respetadas y que tales diferencias no dificulten o impidan su reconocimiento en la sociedad como sujeto político activo. Se concluye, por tanto, que la mera garantía formal del principio de autodeterminación, a pesar de su simbolismo, es insuficiente para la injerencia de un concepto de ciudadanía que sea capaz de transformar realidades que históricamente fueron marginalizadas.

**Palabras clave:** principio de autodeterminación, ciudadanía indígena, diversidad cultural.

---

## INTRODUÇÃO

Diante da conjuntura de redemocratização dos países em contexto de ditadura militar, da ampliação da participação política e do recrudescimento das condições socioeconômicas, sujeitos sociais historicamente marginalizados reivindicaram voz para suas demandas, ganhando destaque os povos indígenas.

Dessa maneira, alguns países latino-americanos incluíram, a partir da década de 80, em suas constituições, instrumentos jurídicos de reconhecimento da diversidade cultural, destacando-se o protagonismo indígena na luta por seus direitos com base em princípios como o da autodeterminação.

Este artigo é dividido em três momentos: em um primeiro, revisa-se o conteúdo histórico e conceitual do princípio da autodeterminação como um projeto político de origem internacional, no qual se entende a identidade cultural como um elemento determinante para os processos políticos que emergem do movimento indígena contemporâneo.

A construção do princípio da autodeterminação é proposta a partir dos estudos formulados pela Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os instrumentos normativos que estas têm desenvolvido ao longo da história, assim como pelas reflexões debatidas por James Anaya.

Em seguida, o conceito de cidadania será problematizado a partir do movimento constitucional latino-americano, no qual cidadanias adormecidas ao longo da história ganharam voz. Investiga-se o que seria um cidadão indígena plenamente capaz, ou seja, um cidadão que tenha suas especificidades culturais respeitadas e que tais diferenças não o dificulte ou o impeça de ser reconhecido na sociedade como sujeito político ativo.

Por fim, observa-se o ponto de intersecção dos conceitos até aqui construídos - princípio da autodeterminação e cidadania - em uma esfera prática, ao questionar a eficácia de uma cidadania apenas formalmente garantida e que não reflita o direito à diferença fundamentado no princípio da autodeterminação.

Para a construção desses argumentos, utiliza-se a pesquisa bibliográfica com o auxílio da análise legislativa para observar a estruturação conceitual histórica internacional do princípio da autodeterminação, além da compreensão do que seria um cidadão indígena plenamente capaz.

## **1 Autodeterminação: um projeto político de cunho internacional**

O constitucionalismo latino-americano tem sido um movimento que reivindica a heterogeneidade e a reinvenção das propostas e das lutas dos povos latinos. Nesse contexto, o conceito de autodeterminação que se deseja resgatar é o formulado pelo professor James Anaya, relator especial para a situação dos direitos e liberdades fundamentais dos povos indígenas das Nações Unidas desde 2008, que determina tal conceito como um princípio fundamental dos direitos coletivos na esfera do movimento indígena internacional.

Conjunto de normas de direitos humanos dito genericamente pelos povos, incluídos os povos indígenas, e baseado na ideia de que todos os setores da humanidade tem o mesmo direito a decidir seu próprio destino. A autodeterminação dá lugar a formas de reparação que rompem com os legados do imperialismo, a discriminação, a superação da participação democrática e a subjugação cultural. (ANAYA, 2005, p. 137). (Tradução nossa).

Assim, este princípio constitui uma ferramenta mediante a qual os povos, de maneira voluntária, determinam sua condição política e governam suas vidas na relação com as instituições vigentes, ou seja, o princípio preceitua que tais instituições até podem exercer poder sobre os seus territórios, desde que em

condições de igualdade e prevalecendo a liberdade sob as concepções próprias dos mesmos.

Para a compreensão da autodeterminação no cenário Latino-americano, é relevante considerar que, só a partir do ano de 1960, em resposta à ruptura da hegemonia da luta de classe, surge uma geração de indígenas decidida a lutar pelos seus direitos com o objetivo de ganhar ingerência na esfera do direito internacional. Para a consecução de tal fim, os indígenas consolidaram processos organizativos que iam surgindo de maneira progressiva, ou seja, primeiro no âmbito local e, posteriormente, fundamentariam a mobilização indígena ao âmbito internacional (BENAVIDEZ VENEGAS, 2001, p. 123-175).

Esse novo cenário, caracterizou-se pela auto-representação indígena nas diferentes searas da conversação local e global. Convertendo-se, os indígenas em participantes e atores desse diálogo.

Segundo Anaya (2005, p. 93), esse fato deu lugar a criação de uma nova identidade indígena que reivindicou as agendas políticas locais nas instâncias internacionais.

Dessa maneira, em meados da década de setenta, se convocaram novas conferências internacionais<sup>4</sup>, a partir das quais os povos indígenas indicaram as falências do modelo integracionista estabelecido nos anos anteriores e deram continuidade às conversações em prol de mudanças.

Convém mencionar a importância do Convênio 169 de 1989 da OIT, que em seu artigo 7 estabelece a capacidade dos Povos Indígenas de assumir o controle das suas próprias instituições e formas de vidas, assim como o seu desenvolvimento econômico, e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões dentro do Estado em que moram.

A Convenção 169 da OIT dispõe:

Artigo 7º

---

<sup>4</sup> O Sistema das nações Unidas convocou: A Conferência Internacional de Organizações não governamentais sobre a Discriminação das Populações Indígenas na América de 1997, o Conselho Mundial de Povos Indígenas de 1980 e, o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas de 1982. Desses espaços surgiram alguns projetos de Declarações sobre direitos dos Povos Indígenas (tradução nossa) (ANAYA, James S. Por qué no debería existir una declaración sobre derechos de los pueblos indígenas. In: ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia; OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel; ZUÑIGA GARCÍA-FALCES, Nieves (eds). **Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible**. Madrid: Catarata, 2009, p. 43).



1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.
2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.
3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.
4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

O teor do Convênio tornou-se um forte catalisador para que, em 2007, a Assembleia Geral aprovasse a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI). Tal Declaração apesar de não contar com caráter vinculante pros Estados, é produto de duas décadas de acordos e diálogos interculturais entre o Estado e os povos indígenas enquanto interlocutores políticos.

A novidade do DNUDPI frente ao Convênio 169 foi estabelecimento do direito à livre determinação propriamente dito dos povos indígenas e além disso, constitui o eixo dos outros direitos coletivos ali reconhecidos. Não obstante, com o objeto de salvaguardar a proteção à soberania e fronteiras dos Estados, no art. 41.1, estabeleceu-se que:

Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes. (ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS, 2008, p.3).

Então, o que se pode compreender como uma restrição ao direito à livre determinação é, de fato, a abertura para um direito especial para os povos indígenas, o qual deveria ser interpretado conforme à normatividade internacional sobre os direitos humanos.

O maior êxito desse diálogo intercultural foi mediado pelo respeito às diferenças epistemológicas do Estado e dos povos indígenas. Dessa maneira, descarta-se o modelo integracionista e o substitui por um modelo multicultural. A partir deste se reconhece os indígenas como povo e sujeitos coletivos.

Portanto, deve-se compreender que, a partir dessas movimentações, as demandas do movimento indígena se fortalecem diante da esfera do direito internacional, vez que a autodeterminação dos povos indígenas constitui a base para os seus direitos coletivos. Evidencia-se, nessa esfera de direitos, a Declaração como um avanço significativo no combate à discriminação histórica. Em face disso, Aparicio Wilhelmi (2009, p.19) afirma que, somente com a garantia formal, não se consegue atingir o núcleo da realidade social que se tenta afrontar, uma realidade ampla e heterogênea que precisa de respostas inclusivas e irrestritas, conforme observaremos nos demais tópicos.

## **2 A construção da cidadania indígena na América Latina**

Aqui debateremos sobre a construção da cidadania indígena na América Latina a partir das movimentações constitucionais da década de 80, que, até hoje, é baseada nas demandas dos sujeitos sociais historicamente marginalizados, destacando-se o protagonismo indígena.

O conceito de cidadania já passou por diversas reformulações ao longo da história, desde a Grécia Antiga até a modernidade quando recebe uma roupagem que, em sua maioria, permanece até os dias atuais. Nesse caminho histórico, passou a funcionar como um dos principais vetores do universalismo. Teoricamente, esse delineamento conceitual ficou conhecido através dos estudos do sociólogo Thomas Humphrey Marshall que estudou a cidadania da sociedade inglesa entre o século XIX e XX. Apesar da sua obra “Cidadania, Classe Social e Status” ser referência sobre a temática, o próprio autor explica que se trata de uma análise específica do processo histórico e social inglês, portanto, impassível de ser transplantado para outras realidades.

A partir da década de 80, os debates sobre o conceito em questão avançaram pelo mundo. Já não era suficiente a concepção marshalliana de perfil democrática-liberal que se limitava a perceber o cidadão como um sujeito

individual limitado a pleitear direitos perante o Estado. O desafio é, portanto, compreender os saberes que foram ocultados e marginalizados no processo de colonização e vislumbrar possíveis alternativas ao paradigma hegemônico da modernidade na Europa, com o objetivo de intervir na realidade social.

O avanço da luta dos movimentos indígenas, assim como a instrumentalização de tratados internacionais de direitos humanos, conforme anteriormente explicitado, tais como a Convenção 169/OIT (1989) e Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (2007) colaboraram em questionar o silêncio colonialista de algumas constituições frente à histórica exclusão do direito à diferença no conceito de cidadania. Na América Latina, os processos constituintes se apresentaram como espaços férteis para a incorporação de eixos epistemológicos provenientes dos saberes ancestrais, para a refundação de instituições tradicionais oriundas da colonização e para a criação de canais de participação popular nas estruturas do Estado.

Para a construção do conceito de cidadania, especificamente na seara do direito internacional, o fator de consciência indígena assume especial relevância no cenário da autodeterminação e da participação política com base no que é próprio e apropriado. Fortalece tal argumento a Convenção 169 da OIT, quando em seu artigo primeiro, inciso segundo, estabeleceu que a consciência da identidade indígena ou tribal é critério fundamental para a aplicação das disposições indigenistas. Portanto, compreende-se que esse reconhecimento do direito próprio dos povos indígenas acha sua gênese, inicialmente, nas disposições de caráter internacional.

Vale salientar, no entanto, que falar de cidadania indígena requer um certo zelo, vez que cada povo indígena latinoamericano é possuidor de características próprias que impedem a compreensão da cidadania indígena sob um olhar generalista.

Os povos indígenas possuem a capacidade de autodeterminar-se através de filosofias jurídicas próprias, ordens privativas próprias, instituições e juízes próprios e apropriados, competentes, independentes e autônomos em seus procedimentos e decisões. Um sistema com características próprias é um sistema que reconhece sua cultura, sua trajetória histórica, sua formação jurídica e política, além da sua espiritualidade e luta (ARIZA SANTAMARÍA, 2010, p.75).

Nesse sentido, entende-se como cultura própria a capacidade de resposta autônoma dos povos indígenas diante das agressões e dominações que sofreram, mas também como uma resposta de esperança, vez que

demonstram que são possuidores de algo próprio que parte é sua cultura genuína e que precisa ser preservado.

Assim, o próprio e o apropriado estende possibilidades para que os povos indígenas determinem seus valores, a partir de suas especificidades próprias que os proporcionam o respeito pelas suas cosmovisões, desenvolvendo igualdade de direitos com as sociedades paralelas.

Com o fundamento jurídico na Convenção 169/89, os povos indígenas com a consciência de sua identidade podem desejar assumir o controle de suas próprias instituições e modos de vida e de seu desenvolvimento econômico e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos estados em que vivem; o que permite considerar um exercício de cidadania levando em consideração suas particularidades como povo.

Foi com a afirmação do pluralismo jurídico, da autodeterminação, da autonomia e da sustentabilidade que se encontrou na ideia de “cidadania multicultural” (SANTOS, 2003, p. 23) um espaço de disputa pelo fortalecimento do reconhecimento e da redistribuição; de crítica ao caráter etnocêntrico da cidadania liberal e soberania política estatal; de superação formal do princípio da tutela pela instrumentalização local, nacional e internacional da categoria “indígena” como identidade política simbólica, ajudando na construção do conceito de cidadania (LUCIANO, 2006, p. 31).

[...] os novos direitos de cidadania: novamente, exceto o Brasil, todos os demais países adotaram sistemas de direitos representados pelo pluralismo jurídico, consagrando direitos específicos para determinadas etnias e permitindo, inclusive, a criação e o reconhecimento de instâncias e instituições próprias desses segmentos, como a justiça indígena. Quanto aos tipos de direitos, observa-se a formação de dois grupos: o primeiro contém direitos concebidos a partir do aprimoramento ou da adequação de noções como liberdade e solidariedade, originárias do constitucionalismo europeu: o direito à autonomia étnica e o direito à diversidade cultural; o segundo é composto de direitos reconhecidos a partir da cultura dos países latino-americanos e expressam elementos das suas tradições históricas e culturais: o direito geral ao “bem-viver” (suma qamaña na Bolívia e sumak kawsay no Equador), que envolve interesses ligados aos recursos naturais e energéticos, e os direitos da natureza, considerada como sujeito de direito no Equador. Em relação aos mecanismos de efetivação dos direitos de cidadania destacam-se: os canais de participação direta da sociedade civil e a criação de instâncias oficiais como conselhos cidadãos e tribunais de justiça indígena (BELLO, 2012, p. 121).

Dessa forma, pelo menos teoricamente na esfera internacional, a cidadania plena dos povos indígenas estaria resguardada pela reunião de garantias constitucionais de proteção e pela promoção da diversidade cultural, da

autonomia política e do pluralismo jurídico. Essa linha de raciocínio é acompanhada por Boaventura (1988, p.75) quando trata o pluralismo como resultante de um processo de revolução social que gera ou produz um choque no direito tradicional.

A cidadania tem se convertido em um termo que atravessa a dimensão política, vez que é neste campo que a cidadania se concretiza. A cidadania é mais que somente o reconhecimento de direitos, é a construção de cenários permanentes nos quais convivem os diferentes, segundo Delgado (2007, p. 57), esta deve ser a redefinição do sentido de cidadania.

Na linha dos direitos já garantidos, o conceito de cidadania se expande e alcança modelos de participação democrática própria, em correspondência às práticas tradicionais dos povos indígenas. Assim, a noção de cidadania deve se aproximar da noção de minorias na América Latina. Dessa maneira, Raquel Coelho de Freitas preceitua:

Desse modo é que a cidadania pode ser compreendida de duas maneiras: primeiro, como a condição político-institucional de toda pessoa, nacional ou não, a qual, uma vez abrigada por um Estado, possui legitimidade constitucional para demandar a efetivação de todos os direitos. Segundo, como a condição político-institucional que atribui a essa mesma pessoa a legitimidade de ter voz e direito de participar na organização democrática desse Estado (FREITAS, 2017, p.23)

Com o movimento constitucional latinoamericano, portanto, cidadanias adormecidas ao longo da história ganharam espaço. Para isso, os Estados Latinoamericanos precisaram assumir um papel político diferenciado, em que as minorias devem ser incluídas e respeitadas em seus modos de vida.

Assim, o embate entre as definições de cidadania, ainda, produz conflitos político-ideológicas entre os direitos individuais e direitos coletivos, a soberania da política estatal e a autonomia dos povos indígenas que, até hoje, continuam na luta por seu reconhecimento enquanto cidadão capaz de se autodeterminar.

O modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano fomenta a cidadania ativa e o reconhecimento de direitos relativos às tradições ancestrais enquanto elementos constitutivos do cidadão. Dessa maneira, avança em relação aos parâmetros impostos pelo paradigma do universalismo, mas para transformar é preciso avançar, em termos de resistência e enfrentamento e luta perante as estruturas capitalistas que persistem intocadas.

### **3 A Autodeterminação como fundamento jurídico da prática de cidadania indígena**

O movimento constitucional na América Latina teve o potencial de fortalecer os direitos de autodeterminação e participação política dos povos indígenas, ratificando-os, dessa maneira, como sujeitos políticos atuantes na esfera pública. O desafio desse sistema de direito é garantir que o processo discursivo não seja distorcido por subjetividades de dominação e relações de poder, mas que promova práticas de autoformação dos sujeitos.

Nesse sentido, a autodeterminação tem o potencial jurídico para institucionalizar a prática da cidadania plena na esfera pública. Por isso, o sistema de direito indígena é fundamentado no princípio da autodeterminação como um instrumento de valor ético e político que permite aos sujeitos práticas de liberdade. No procedimento legislativo intercultural, portanto, este deve ser a base da instância de objetivos ético políticos.

Os povos indígenas participam da esfera pública sob diferentes perspectivas, de um lado como sujeitos políticos que buscam relação com o Estado e, de outro, como *contrapúblicos subalternos* que tem logrado êxito em estremecer o marco liberal do qual se construía, a priori, seus direitos como povo (SANTOS, 2010, p.108).

Os sujeitos políticos, ao entrar na esfera pública, tem um maior respaldo sobre o direito de autodeterminação, vez que possuem ferramentas para se esquivar de relações de poder e estados de dominação, assim como o de promover deliberações com um maior grau de legitimidade democrática.

Ainda segundo Boaventura de Sousa Santos (2009, p.52), a capacidade de cada transição de transformar a emancipação em regulação determinará a dialética que se espera entre as experiências e as expectativas sociais. Tal fenômeno é dinâmico e criativo, uma vez que não há um momento de conclusão definitivo e não repousa em sua natureza moderna.

Na prática da autodeterminação e do exercício pleno da cidadania contrastado com os sistemas estatais hegemônicos há uma dificuldade em definir a relação entre sociedade e cultura no desenvolvimento dos processos que ocorrem quando grupos com culturas diferentes e identidades diversas estão vinculadas por relações assimétricas de dominação e subordinação.

Na atualidade, as transformações políticas e institucionais da América Latina colocam em pauta a emergência de um novo estudo sobre o pluralismo jurídico no contexto do constitucionalismo latinoamericano, que, Boaventura denominou de novíssimo pluralismo jurídico.

O novíssimo pluralismo jurídico é dinamizado no âmbito do que denominei constitucionalismo transformador. A vontade constituinte das classes populares nas últimas décadas no continente latino-americano tem-se manifestado numa vasta mobilização social e política que configura um constitucionalismo a partir de baixo, protagonizado pelos excluídos e seus aliados, com o objetivo de expandir o campo do político para além do horizontal liberal, através de uma nova institucionalidade (plurinacionalidade), uma nova territorialidade (autonomias assimétricas), uma nova legalidade (pluralismo jurídico), e um novo regime político (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos, nacionalidades) (SANTOS, 2011, p.116).

Apesar da inclusão desses novos conceitos, percebe-se que o mero caráter formal dos mesmos não é suficiente para a eficácia plena da cidadania indígena. Segundo Raquel Coelho de Freitas (2017, p. 27) “pode-se dizer, que esse fortalecimento cidadão das minorias avançou até o momento em que a vontade constitucional correspondeu a ação governamental”. Nesse sentido, observa-se como o direito dos povos indígenas - que eram e ainda são um grupo minoritário na América Latina, ficou vulnerável e dependente de instituições políticas estatais, embora tais garantias já estivessem formalizadas.

É por isso que se argumenta que a relação entre cidadania e política está intimamente interligada, tanto na teoria quanto na prática, já que são elas que possibilitam a organização social e a defesa dos valores mais importantes dos grupos humanos com o fim de conversar uma ordem social. Assim, Rojas (2008, p.35) aduz que a cidadania é produto de uma construção social e, portanto, sujeita a mudanças na medida que depende da variação dos significados e imaginários locais e globais das comunidades.

Dentro do processo de construção de cidadãos e sujeitos políticos, a autodeterminação cumpre uma função essencial. O desafio é, portanto, além da garantia formal, a efetivação de uma cidadania que inclua o direito à diferença de uma forma que garanta ao povo indígena ser cidadão pleno sem deixar de ser parte de suas respectivas comunidades. Segundo Lévi-Strauss (1989, p.17) há uma tendência a subvalorização da cultura dos chamados “povos primitivos”, vez que atribuem a eles, exclusivamente, as necessidades orgânicas ou econômicas como força motriz de existência, desconsiderando suas necessidades espirituais e culturais.

Assim, uma cidadania apenas formalmente garantida e que não reflita o direito à diferença vai de encontro ao princípio da autodeterminação, vez que se viola sua existência plena, desconhecendo, portanto, sua cidadania.

## **Considerações finais**

Com o movimento constitucional na América Latina, cidadanias marginalizadas ao longo da história ganharam vez e voz. Para isso, o Estado precisou assumir um papel político e social diferenciado. Contudo, nem sempre a noção de cidadania assumida incluiu o reconhecimento do direito à diferença como legítima garantia de igualdade de condições pela equivalência, o que se mostrou ser um obstáculo na constituição de conjunturas sociais e políticas que permitam aos povos indígenas ser cidadãos plenos sem invisibilizar suas individualidades.

Observa-se, em um primeiro momento, que o princípio da autodeterminação é criação eminentemente do ramo do direito internacional e que este se constituiu como um mecanismo de reforço para os direitos dos povos indígenas que buscam na reconfiguração do Estado na Latinoamérica um marco dos para o exercício dos seus direitos próprios.

Assim, o reconhecimento da autodeterminação na seara internacional deve ser valorado como um ataque frontal ao modelo monista dos Estados que vulnerabilizam os direitos dos povos indígenas na sua dimensão individual e coletiva. Dessa maneira, o princípio da autodeterminação enquanto fenômeno jurídico internacional se consubstancia como uma forma de resistência na qual os povos indígenas acham espaço para a divulgação de seus discursos e que, em concomitância, fundamenta o desenvolvimento dos seus planos de vida, instituições, sistemas e leis próprias.

A luta dos movimentos indígenas, assim como a instrumentalização de tratados internacionais de direitos humanos, tais como a Convenção 169/OIT (1989) e Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (2007) colaboraram com a garantia da cidadania aos povos indígenas. Não se pode, portanto, desprezar o potencial dos instrumentos jurídicos pós-coloniais ligados à afirmação da cidadania dos povos indígenas, vez que carregam força normativa para introduzir novos aportes às relações sociais multiculturais e institucionais, apesar do caráter liberal.

O modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano, fomentado pelo princípio da autodeterminação, dá base a uma cidadania ativa e ao reconhecimento de direitos relativos às tradições ancestrais enquanto elementos constitutivos do cidadão. Portanto, avança em relação aos parâmetros eurocêtricos liberais baseados na individualidade e na homogeneização das singularidades. No entanto, a mera formalidade de tais instrumentos não é suficiente para a concretização de uma cidadania plena, socialmente e culturalmente referenciada. Admiti-se o simbolismo de tais



instrumentos, mas os povos indígenas precisam de mais na luta por existir e resistir.

### **Referências bibliográficas**

ANAYA, James S. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Trotta. 2005.

ANAYA, James S. Porqué no debería existir una declaración sobre derechos de los pueblos indígenas. In: ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia; OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel; ZUÑIGA GARCÍA-FALCES, Nieves (eds). **Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible**. Madrid: Catarata, 2009.

APARICIO WILHELMI, Mauricio. Los pueblos indígenas y el derecho: los límites del reconocimiento jurídico de la multiculturalidad en América Latina. In: ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia; OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel; ZUÑIGA GARCÍA-FALCES, Nieves (eds). **Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible**. Madrid, Catarata, 2009.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. **Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2010. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=fe52ffee-62d2-b65f-0952-20d52f23e4dd&groupId=271408](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=fe52ffee-62d2-b65f-0952-20d52f23e4dd&groupId=271408). Acesso em: 25 de abril de 2019.

BELLO, ENZO. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul, EDUCS, 143 p, 2012.

BENAVIDES VANEGAS, Farid. Movimientos Indígenas y Estado Plurinacional en América Latina. In: **Pensamiento Jurídico. Sobre lo público y lo privado en el derecho**. No. 29 (septiembre – diciembre 2010). Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Socio Jurídicas Gerardo Molina, UNIJUS.

DELGADO, Ricardo. **Los marcos de acción colectiva y sus implicaciones culturales en la construcción de ciudadanía**. Universitas Humanística. 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. (13 de setembro de 2017). Sessão plenária. Nova York, ONU, 2007. Disponível em:

<[https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>.  
Acesso em: 28 de maio de 2019.

- ROJAS, Cristina. **La construcción de la ciudadanía en Colombia durante el gran siglo diecinueve 1810-1929**. Paradigmas (29). 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica**. Para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá: ILSA, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado de América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010. p. 108
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolucao Democrática de Justicia**. Sao Paulo: Cortez, 2011.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. Tradução de Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989.
- LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília, MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional. 2006.
- FREITAS, Raquel Coelho de. Minorias e Fortalecimento de Cidadanias na América Latina. In: SILVEIRA, B.; ARAÚJO, L.; ANDRADE, P. (Orgs.). **Direito das Minorias no Novo Ciclo de Resistencias na América Latina**. Curitiba: CRV, 2017, p.11-30.

## Contradição histórica: a recusa da Itália em receber os refugiados (\*)

### Historical contradiction: Italy's refusal to receive refugees

### Contradicción histórica: la negativa de Italia a recibir a los refugiados

Amanda Zanon Vieira<sup>1</sup>

Marcelo Fernando Quiroga Obregon<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1. Dos refugiados e de seus direitos. 2. Da imigração italiana. 3. Da recusa da Itália em receber os refugiados. – Considerações finais. – Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo analisar a contradição histórica existente na recusa da Itália em receber refugiados. Primeiramente, o estudo trata dos refugiados e de seus direitos. Neste ponto, o objetivo foi realizar a diferenciação dos

---

(\*) Recibido: 10 setiembre 2018 | Aceptado: 30 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. [amandazannon@yahoo.com.br](mailto:amandazannon@yahoo.com.br)

<sup>2</sup> 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](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

refugiados dos asilados e imigrantes, destacando, ainda, os instrumentos nacionais e internacionais que garantem seus direitos. Em seguida, realiza um apanhado histórico da imigração italiana ao redor do mundo, especialmente nas Américas, a fim de demonstrar que a Itália é um país que teve grande fluxo migratório para outros. Por fim, aborda a questão da recusa da Itália em receber refugiados, com o propósito de examinar de forma crítica os motivos para tal recusa, suas consequências e trazer uma proposta de mudança da visão italiana para com os refugiados. Para a produção do trabalho foram realizadas pesquisas em sites, legislação e bibliografia que trata de Direitos Humanos da autora Flávia Piovesan.

**Palavras-chaves:** refugiados, crise dos refugiados na Europa, direitos dos refugiados, recusa da Itália, contradição histórica.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the historical contradiction in Italy's refusal to receive refugees. First, the study deals with refugees and their rights. At this point, the objective was to differentiate refugees from asylum and immigrants, and also highlight the national and international instruments that guarantee their rights. It then carries out a historical survey of Italian immigration around the world, especially in the Americas, in order to demonstrate that Italy is a country that has had a great migratory flow to others. Finally, it addresses the question of Italy's refusal to receive refugees, in order to critically examine the reasons for such refusal, its consequences and bring forward a proposal to change the Italian view of refugees. For the production of the work were carried out researches in websites, legislation and bibliography that deals with Human Rights of the author Flávia Piovesan.

**Keywords:** refugees, crisis of refugees in Europe, rights of refugees, refusal of Italy, historical contradiction.

**Resumen:** El presente artículo tiene como objetivo analizar la contradicción histórica existente en la negativa de Italia a recibir refugiados. En primer lugar, el estudio trata de los refugiados y de sus derechos. En este punto, el objetivo fue hacer la diferenciación de los refugiados de los asilados e inmigrantes, destacando, además, los instrumentos nacionales e internacionales que garantizan sus derechos. A continuación, se realiza un recuento histórico de la emigración italiana alrededor del mundo, especialmente en las Américas, para demostrar que Italia es un país que ha tenido un gran flujo migratorio para otros. Por último, aborda la cuestión de la negativa de Italia a recibir refugiados, con el propósito de examinar de forma crítica los motivos de tal rechazo, sus consecuencias y traer una propuesta

de cambio de la visión italiana hacia los refugiados. Para la producción del trabajo se realizaron investigaciones en sitios web, en legislación pertinente y en la bibliografía especializada en Derechos Humanos de la autora Flávia Piovesan.

**Palabras clave:** refugiados, crisis de los refugiados en Europa, derechos de los refugiados, rechazo de Italia, contradicción histórica.

---

## Introdução

Na história da humanidade ondas emigratórias sempre ocorreram, ou seja, um povo saía de seu local de origem, pelos mais diversos motivos, e se dirigia para outro, a fim de ali fixar moradia. Porém, no século XIX e no início do Século XX tais ondas se intensificaram no continente europeu, o qual viu sua população emigrar para as Américas.

No contexto atual, vive-se a maior crise de refugiados já vista, desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Assim, pessoas se deslocam de seu país de origem, buscando melhores condições de vida em outros, os quais, em determinadas ocasiões se recusam a recebê-los, como é o caso da Itália frente à crise de refugiados na Europa.

Deste modo, embora os países não sejam obrigados a receber refugiados, esses indivíduos têm direitos garantidos por tratados, leis e convenções – Convenção de 1951, Convenção Europeia de Direitos Humanos, Lei de Migração –, tanto internacionais como regionais e nacionais. Todos esses direitos devem ser respeitados, tendo a Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) o dever de auxiliar na garantia deles.

Dentre os direitos dos refugiados, destacam-se o direito à não expulsão ou rechaço, direito à vida e a vedação à tortura, os quais não foram levados em consideração pela Itália, no momento em que o país se recusou a deixar atracar em seus portos dois navios com refugiados. Diante disso, o presente trabalho busca analisar a contradição histórica que paira sobre a referida atitude italiana, vez que eles são um povo que, historicamente, emigrou bastante para outros países nos momentos de dificuldades internas.

Deste modo, trata-se o presente estudo de um trabalho de pesquisa bibliográfica, juntamente com pesquisa em legislações e sites. Haverá uma

divisão em três tópicos, sendo que o estudo será iniciado com a conceituação do que são refugiados, vez que há uma confusão entre eles e os imigrantes e os asilados. Além disso, será abordado o contexto histórico em que se instaurou a crise de refugiados na Europa, bem como serão elencados os principais instrumentos garantidores e os direitos dos refugiados.

No segundo tópico, por sua vez, haverá um apanhado histórico da imigração italiana ao redor do mundo, a fim de demonstrar como e para onde os italianos mais imigraram. Por fim, no terceiro tópico, o foco estará em tratar da recusa italiana em receber refugiados em seu país, destacando o posicionamento do governo e buscando uma possível solução para que o país passe a ver os refugiados de forma diversa da que vê atualmente.

## **1. Dos refugiados e de seus direitos**

### **1.1. Conceito**

De modo geral, refugiados são pessoas obrigadas a saírem de seus países de origem, pelos mais variados motivos definidos na Convenção de 1951 e no art. 1º, I da Lei 9.474/97, se dirigindo para outros Estados. Assim, nos termos do referido artigo:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.<sup>3</sup>

Para a melhor compreensão do tema em questão, é importante diferenciar os refugiados dos asilados e dos imigrantes. Apesar de tais grupos terem alguma semelhança, ou seja, todos não podem ou não querem viver em seu país de origem, há também diferenças entre eles, que são as razões pelas quais decidiram se deslocar ou pedir asilo e refúgio.

Assim, imigrantes são pessoas que se deslocam, em geral, voluntariamente de seu país, recebendo esse nome quando em outro país ingressarem, a fim de se estabelecerem. A razão de tal descolamento é, em especial, por motivos econômicos. Já os asilados são pessoas que estão sofrendo perseguições em seu território nacional e pedem abrigo – proteção – a outros países.

### **1.2. Contexto histórico**

---

<sup>3</sup> Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados – Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Lei 9.474/97. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)> Acesso em: 18 ago. 2018.

O mundo vive, atualmente, a mais grave crise de refugiados desde o fim da Segunda Grande Guerra, há 73 anos atrás. Milhões de pessoas foram obrigadas a deixar seus lares. Destaca-se que a maioria delas saíram da África e do Oriente Médio, sendo a Guerra da Síria a maior responsável por esse deslocamento em massa. Depois dos sírios, os maiores grupos de refugiados, por nacionalidade, são formados por afegãos, sudaneses do sul e somalis.<sup>4</sup>

De acordo com a Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), nos dias de hoje, se tem o maior número de deslocamentos já registrados, veja:

Cerca de 65,6 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a sair de casa. Entre elas estão quase 22,5 milhões de refugiados, mais de metade dos quais são menores de 18 anos. Há também 10 milhões de pessoas apátridas às quais foram negadas a nacionalidade e o acesso a direitos básicos como educação, saúde, emprego e liberdade de circulação.<sup>5</sup>

Nesse contexto, a Europa foi o continente que mais recebeu refugiados, sendo a Grécia e a Itália as duas principais portas de entradas, respectivamente.<sup>6</sup> Em busca de uma vida mais digna, os refugiados se sujeitam a situações precárias, correndo perigo de vida em embarcações insalubres e superlotadas. Tal fato faz com que milhares morram ou desapareçam durante as travessias.

Não obstante o sofrimento em sua terra de origem e as más condições que vivem nas travessias, os refugiados, ao tentarem desembarcar em outros países, são recebidos, não raro, de forma xenofóbica e racista. A população de tais países tem receio quanto a superlotação do mercado de trabalho, a extensão de serviços públicos aos refugiados e que sistemas de benefícios do país se aplique também a eles.

Ocorre que, embora alguns governos aceitem receber essas pessoas em situação de vulnerabilidade, como Alemanha e Portugal, outros, como a Itália, não permitem que os refugiados adentrem em seu país. Diante disso, gera-se uma situação bastante delicada para tais indivíduos, vez que ou ficam

---

<sup>4</sup> SASAKI, Fabio. **O que você precisa saber sobre a crise dos refugiados**. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/aumento-de-refugiados-provoca-grave-criese-humanitaria-entenda/>> Acesso em 18 ago. 2018.

<sup>5</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Dados sobre refúgio**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>> Acesso em 18 ago. 2018.

<sup>6</sup> SASAKI, Fabio. **O que você precisa saber sobre a crise dos refugiados**. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/aumento-de-refugiados-provoca-grave-criese-humanitaria-entenda/>> Acesso em 18 ago. 2018.

a deriva no mar ou retornam a seus países de origem, de onde saíram por não terem condições básicas de vida.

### 1.3. Dos instrumentos garantidores e dos direitos dos refugiados

Em se tratando do âmbito internacional, nenhum complexo de direitos tem mais relevância e alcance que os Direitos Humanos. A concepção contemporânea desses direitos foi introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Tal concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, movimento recente, que surgiu no Pós-Guerra.<sup>7</sup>

Deste modo, a partir da Declaração de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver. Isso se deu pela adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção ao ser humano. Dentre tais instrumentos encontram-se a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, ambos tratando dos direitos dos refugiados.

Além dos instrumentos internacionais, surgem também os regionais, em especial na África, América e Europa, os quais buscam internacionalizar os direitos humanos nos âmbitos regionais. Deste modo, os instrumentos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), e os regionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos passam a conviver, se complementando e agindo em prol da proteção aos seres humanos.<sup>8</sup>

Nesse contexto, após o fim da Segunda Grande Guerra, foi criado em 1950, por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, o escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a fim de ajudar milhões de europeus que fugiram ou perderam suas casas. O ACNUR atua ao lado de dois instrumentos internacionais, quais sejam, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.<sup>9</sup>

No que tange à Convenção de 1951 – Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados – tem-se que tal documento foi atualizado em 1967 por um Protocolo Adicional. Esse Protocolo ampliou a incidência dos requisitos para garantia do refúgio e passou a garantir a uma maior parcela de pessoas os direitos dispostos na Convenção.

---

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano** / Flávia Piovesan. – 2. ed. rev. amp. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

<sup>8</sup> Idem. p. 41.

<sup>9</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Dados sobre refúgio**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/historico/>> Acesso em 18 ago. 2018.



De acordo com a ACNUR os refugiados têm direito de buscar refúgio em um local seguro. Ademais, devem usufruir, pelo menos, dos mesmos direitos e da mesma assistência básica que recebe um estrangeiro vivendo naquele país. Destaca-se que estes devem gozar dos direitos fundamentais inerentes a todos os indivíduos, como os direitos civis básicos, os econômicos e os sociais. Os refugiados adultos têm direito a trabalhar e as crianças o direito de frequentar a escola.<sup>10</sup>

Dentre os direitos dos refugiados, um ganha ainda mais relevância no contexto atual, em virtude da crise dos refugiados na Europa, em que determinados países, como a Itália, estão se recusando a receber refugiados. Trata-se do artigo que faz alusão à proibição de expulsão ou rechaço, veja:

Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.<sup>11</sup>

Assim, na ausência de recursos disponíveis nos países de acolhida, o ACNUR dará a assistência necessária aos refugiados, a fim de que possam satisfazer suas necessidades básicas. Tal assistência pode ser dada sob a forma de donativos financeiros, alimentos, materiais diversos ou por meio de programas de criação de escolas ou centros de saúde para quem vive em campos ou outras comunidades.<sup>12</sup>

Em se tratando da legislação brasileira de proteção ao refugiado, tem-se que esta é considerada moderna, vez que a Lei 9.474/97 adota um conceito ampliado para o reconhecimento de refugiados, indo além do conceito previsto na Convenção de 1951. Deste modo, verifica-se que uma maior quantidade de pessoas passou a ter garantidos os direitos previstos na Convenção.

---

<sup>10</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Quais são os direitos de um refugiado?**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/perguntas-e-respostas/#direitos>> Acesso em 18 ago. 2018.

<sup>11</sup> Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)> Acesso em 18 ago. 2018.

<sup>12</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Quais são os direitos de um refugiado?**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/perguntas-e-respostas/#direitos>> Acesso em 18 ago. 2018.

Ademais, a Lei 13.445/17 – Lei de Migração – é considerada um importante marco para a garantia dos direitos dos migrantes. Isso porque trata o movimento migratório como um direito humano, garantindo ao migrante os mesmos direitos reservados aos nacionais.

Por fim, é importante ressaltar que a Lei de Migração instituiu o visto temporário para acolhida humanitária, que é concedido ao apátrida ou ao nacional de país que, entre outras possibilidades, se encontre em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, possibilitando que ele seja reconhecido como refugiado, conforme a Lei 9.474/1997.<sup>13</sup>

## 2. Da imigração italiana

O século XIX e o início do século XX foram marcados por grandes ondas emigratórias na Europa. No Final do século XIX, após diversas guerras em prol da Unificação Italiana, o país se encontrava com a economia debilitada e a pobreza era extrema, fatores que foram decisivos para a emigração, a qual se tornou um fenômeno social na Itália.<sup>14</sup>

Foi, nesse contexto, que milhões de italianos deixaram seu país em busca de melhores condições de vida, principalmente nas Américas. Assim, destaca-se que os motivos da saída em massa desse povo, foram, em especial, econômicos e socioculturais.

Deste modo, ao verem na América do Norte um local em que conseguiriam emprego em melhores condições que na América do Sul, optaram, em sua maioria, por desembarcar nos Estados Unidos. Neste país, conseguiram se fixar e trabalhar. Entretanto, após certo tempo, os Estados Unidos começaram a dificultar suas entradas, motivo pelo qual os imigrantes passaram a se dirigir para o Brasil e a Argentina, conforme o seguinte trecho:

Foi um momento no qual a pobreza era um drama no país [Itália]. O Brasil e a Argentina eram vistos como novos mundos, com grande capacidade e potencial do ponto de vista econômico.<sup>15</sup>

Na Argentina, ingressaram mais de dois milhões de italianos, número que representava a metade ou dois terços do total dos imigrantes no país. A maior parte dos que chegavam eram camponeses, os quais juntamente com os

---

<sup>13</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Legislação**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/legislacao/>> Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>14</sup> Barros & Vallada. **Emigração Italiana**. Disponível em: <<http://duplacidania.com.br/italiana/duvidas-frequentes/emigracao-italiana/>> Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>15</sup> Guilherme Fadanelli. **Italianos lembram dificuldades de migrantes que viajaram ao Brasil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/05/italianos-lembram>>. Acesso em 19 ago. 2018.

agricultores, as diaristas e os trabalhadores braçais formavam a categoria mais numerosa de imigrantes.<sup>16</sup>

Já no Brasil, os primeiros imigrantes italianos chegaram há 142 anos. Em decorrência da abolição da escravatura, faltava mão de obra, então, o governo brasileiro, necessitando de trabalhadores, incentivava a vinda desses imigrantes e financiava os custos da viagem.

Ao chegarem aqui, se fixaram, primeiramente, na região sul. Porém, foi no Sudeste que a maioria dos italianos passou a residir, vez que nessa região ocorria a expansão das fazendas de café, especialmente, no estado de São Paulo. Nos demais estados da região, o destino permanecia sendo o campo e o trabalho agrícola.<sup>17</sup>

Ademais, os outros países próximos que também receberam os imigrantes italianos foram o Chile, o Uruguai e o Peru. Em terras chilenas, os italianos se instalaram em áreas urbanas, principalmente em Santiago e Valparaíso, atuando, principalmente, nos setores de comércio, indústria e como profissionais liberais.<sup>18</sup>

Já no Uruguai, os italianos participaram de um momento importante do país, a luta pela independência, dentre os quais se destacou Giuseppe Garibaldi. Posteriormente, já nos Pós-Guerra, o fluxo migratório aumentou, emigrando para o país primeiro os antifascistas e depois os fascistas.<sup>19</sup>

Por fim, no Peru, os imigrantes chegaram em menor quantidade que nos demais países. Contudo, tinham uma característica especial, a cadeia migratória foi se consolidando ao longo do tempo. Assim, apesar de receberem imigrantes em menor quantidade, estes eram mais “seletos”, visto que as atividades às quais se dedicavam estavam associadas, em sua maioria, ao setor comercial-empresarial e a determinadas funções políticas.<sup>20</sup>

Deste modo, no contexto dos Pós-Guerra, o povo italiano foi um dos que mais saíram de sua terra natal, sendo recebidos por diversos países, além dos aqui citados. De certo, não se pode afirmar que tais imigrantes sempre foram bem recebidos e conseguiram, seja no Brasil ou nos demais países, conquistar inúmeras riquezas.

---

<sup>16</sup> BUENO, Renata. **História da imigração italiana na América do Sul**. Disponível em: <<http://www.renatabueno.com.br/pt/portal-italia/comunidade-italiana/historia-da-imigracao-italiana-na-america-do-sul>> Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Idem.

Todavia, é importante deixar claro que apenas o fato de poderem ingressar em outro país, saindo da situação de miséria e desamparo em que se encontravam, por si só, já pode ser considerado uma conquista. Sendo assim, pode-se dizer que o povo italiano, historicamente, sem deixar de lado as dificuldades enfrentadas nos países em que imigraram, foi um povo que teve a oportunidade de tentar ter uma vida mais digna nesses locais.

Diante disso, o que esperar de um povo que, num momento de extrema necessidade, foi acolhido por diversos países? Que esse povo, vendo a necessidade de indivíduos que passam por situações semelhantes, ou até piores, saiba acolher aqueles que buscarem entrar em seu país. Contudo, não é o que se observa na postura da Itália frente à crise de refugiados na Europa, como se demonstrará a seguir.

### **3. Da recusa da Itália em receber os refugiados**

Como já foi dito anteriormente, hoje, o mundo vive a mais grave crise de refugiados desde o fim da Segunda Guerra Mundial, sendo os países da Europa, um dos principais locais em que os refugiados buscam se instalar. Assim, a chamada “Crise de Refugiados na Europa” ganhou destaque internacional, tanto pela quantidade de pessoas que entraram no continente, como pelo posicionamento de determinados países quanto à permissão ou não do ingresso de refugiados em seu território.

Um dos países que está sendo alvo de polêmicas envolvendo os refugiados é a Itália, vez que ela se recusou a receber o barco Aquarius com 629 migrantes a bordo, sendo 123 menores de idade. Deste modo, o navio com os refugiados não poderia atracar em nenhum porto italiano, devendo essas pessoas serem encaminhadas para outro país. Nesse caso, a embarcação administrada pelas ONGs Médicos Sem Fronteiras e SOS Mediterranee viajou até a Espanha, onde os refugiados foram acolhidos.

Além do navio Aquarius, a Itália também se recusou a receber outro navio, o qual era operado pela ONG alemã Lifeline, que havia resgatado 234 refugiados. E, por fim, da mesma forma, se recusou por quatro dias a permitir que o cargueiro dinamarquês Alexander Maersk, com 113 pessoas resgatadas, pudesse atracar em um de seus portos.<sup>21</sup>

De fato, o governo italiano não é obrigado a receber refugiados, podendo negar o desembarque dessas pessoas. Contudo, levando em consideração que não é um navio qualquer, mas sim um que acabara de socorrer pessoas, as

---

<sup>21</sup> WILLIAMS, Megan. **Itália endurece na questão dos refugiados e pressiona UE.**

Disponível em: < <https://www.dw.com/pt-br/italia-endurece-na-questao-dos-refugiados-e-pressiona-ue/a-44446241> > Acesso em: 28 ago. 2018.

quais se encontravam em situação de perigo, nota-se uma violação ao que dispõe a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seus artigos 2º, 3º e 4º:

Art. 2º - Direito à vida

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

Art. 3º - Proibição da tortura

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Art. 4º - Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros

São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros.<sup>22</sup>

Assim, mesmo diante do fato de que a recusa em receber o navio com os refugiados, viola os direitos básicos desses indivíduos, a postura do novo Ministro do Interior Matteo Salvini é bastante radical. De acordo com ele “a Itália não será mais o campo de refugiados da Europa”, o qual prometeu, ainda, ações duras para reduzir a chegada de imigrantes e enviar de volta os que no país já chegaram.<sup>23</sup>

É importante ressaltar que, não só os governantes italianos são contrários à entrada dos refugiados, vez que a própria população – que sabe que seus antepassados tiveram que sair do país em busca de melhores condições de vida –, em grande parte, também não concorda com o ingresso dos refugiados no país. Percebe-se essa situação, pois a Liga, partido do qual faz parte Matteo Salvini, que tem na contenção da imigração seu carro chefe, teve um aumento rápido em sua popularidade.

De acordo com a Liga, a maioria dos imigrantes não têm direito ao status de refugiados. Afirmam, ainda, que a Itália não pode se dar o luxo de ajudá-los, até porque aceitando salários baixos eles pioram as condições de trabalho dos italianos. Diante disso, o partido exigiu que os demais países da Europa assumam mais responsabilidades no que tange ao recebimento de refugiados.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> **Convenção Europeia de Direitos Humanos.** Disponível em: < [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> Acesso em: 28 ago. 2018.

<sup>23</sup> JONES, Gavin. **Itália não será mais "campo de refugiado", diz novo governo.** Disponível em: < <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/italia-nao-sera-mais-campo-de-refugiados-da-europa-diz-novo-governo,67a6969f58a09b1aa730e0a2a6b0e3e87419i26t.html>> Acesso em: 28 ago. 2018.

<sup>24</sup> Idem.

Uma das propostas do referido Ministro para solucionar o problema da entrada de refugiados em seu país, além de barrá-los ainda no mar, é acabar com a Convenção de Dublin. Hoje, pelas regras dessa convenção, pessoas que chegarem à Europa e solicitarem refúgio têm que permanecer no país em que apresentaram o pedido, sendo vetadas solicitações simultâneas em outros Estados-membros.<sup>25</sup>

Interessante destacar, que a recusa da Itália interfere não só na vida dos refugiados, como também interfere na relação da Itália com os países vizinhos, tendo em vista que a atitude italiana a colocou em situação de crise com a França. O presidente francês Emmanuel Macron chamou o governo italiano de irresponsável, além de afirmar que não deseja que a atitude da Itália crie um precedente para outros países agirem da mesma forma, passando a responsabilidade de receber os refugiados para outros.<sup>26</sup>

Por todo o exposto, impossível não enxergar a contradição histórica em que caíram os italianos ao negarem refúgio a quem tentou entrar em seu país. Isso porque a Itália, como já dito, foi um dos países que mais teve emigrantes, tendo seu povo, fixado morada em diversos locais do mundo. Hoje, se há colônias italianas espalhadas ao redor do globo, é graças aos países que aceitaram receber os italianos que precisaram deixar seu país.

Assim, o povo italiano, que no passado, era quem procurava abrigo em um país melhor, é o mesmo povo, que hoje, nega abrigo aos refugiados que tentam entrar na Itália. Dessa forma, a questão dos refugiados deveria ser vista pelos italianos sob uma ótica diversa, vez que um povo que historicamente foi acolhido por outros, deveria tentar agir da mesma forma e não o contrário.

Diante disso, nota-se que a recusa da Itália em receber os refugiados levou em consideração apenas questões econômicas e políticas. É, pois, essencial que a situação dos refugiados seja analisada também do ponto de vista sociológico e histórico. Isso porque, só assim, os refugiados terão mais chances de serem acolhidos. Deste modo, a partir do momento em que os italianos olharem para sua história e enxergarem que seu povo passou por situações semelhantes à dos refugiados, fica mais fácil compreender a necessidades destes.

## Considerações finais

---

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> **Recusa da Itália em receber barco de imigrantes gera crise com a França.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/recusa-da-italia-em-receber-barco-de-imigrantes-gera-crise-com-a-franca.shtml>> Acesso em: 28 ago. 2018.

Pelo exposto, ficou claro que não é uma peculiaridade do mundo de hoje o fato de pessoas precisarem sair de seus países de origem para ingressarem em outros, objetivando ter uma vida mais digna. Contudo, o que chamou atenção na atual crise de refugiados da Europa não foi apenas o grande contingente de refugiados, mas também a postura de alguns países em se recusar a recebê-los, como a Itália.

Nesse contexto, apesar de os refugiados terem direitos garantidos por tratados e convenções, como o direito à não expulsão e a vedação à tortura, verificou-se que estes não foram levados em consideração pelo referido país. Isso porque os que não puderam adentrar em território italiano ficaram em situação de vulnerabilidade até o momento em que puderam ser recebidos por outros países.

Assim, embora os italianos tenham sido um dos povos que precisou migrar para outros países, tendo grandes colônias em alguns deles até hoje, isso não foi motivo suficiente para o país aceitar receber refugiados. Diante disso, restou evidente a contradição histórica em que caiu o povo italiano, vez que não tiveram a sensibilidade e a capacidade de enxergar os refugiados com os olhos de quem também já passou pela mesma situação.

## Referências

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Dados sobre refúgio**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>> Acesso em 18 ago. 2018.

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Legislação**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/legislacao/>> Acesso em: 22 ago. 2018.

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Quais são os direitos de um refugiado?**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/perguntas-e-respostas/#direitos>> Acesso em 18 ago. 2018.

Barros & Vallada. **Emigração Italiana**. Disponível em: <<http://duplacidania.com.br/italiana/duvidas-frequentes/emigracao-italiana/>>

BUENO, Renata. **História da imigração italiana na América do Sul**. Disponível em: <<http://www.renatabueno.com.br/pt/portal-italia/comunidade-italiana/historia-da-imigracao-italiana-na-america-do-sul>> Acesso em: 20 ago. 2018.

- Convenção Europeia de Direitos Humanos.** Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> Acesso em: 28 ago. 2018.
- Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados – Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. **Lei 9.474/97.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)> Acesso em: 18 ago. 2018.
- FADANELLI, Guilherme. **Italianos lembram dificuldades de migrantes que viajaram ao Brasil.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/05/italianos-lembram>>. Acesso em 19 ago. 2018.
- JONES, Gavin. **Itália não será mais "campo de refugiado", diz novo governo.** Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/mundo/italia-nao-sera-mais-campo-de-refugiados-da-europa-diz-novo-governo,67a6969f58a09b1aa730e0a2a6b0e3e87419i26t.html>> Acesso em: 28 ago. 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano** / Flávia Piovesan. – 2. ed. rev. amp. atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36 e 41.
- Recusa da Itália em receber barco de imigrantes gera crise com a França.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/recusa-da-italia-em-receber-barco-de-imigrantes-gera-crise-com-a-franca.shtml>> Acesso em: 28 ago. 2018.
- SASAKI, Fabio. O que você precisa saber sobre a crise dos refugiados. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/aumento-de-refugiados-provoca-grave-crise-humanitaria-entenda/>> Acesso em 18 ago. 2018.
- WILLIAMS, Megan. **Itália endurece na questão dos refugiados e pressiona UE.** Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/italia-endurece-na-questão-dos-refugiados-e-pressiona-ue/a-44446241>> Acesso em: 28 ago. 2018.



## Os direitos humanos no âmbito internacional e a ameaça brasileira de regressão à proteção instituída (\*)

### Human rights at the international level and the brazilian threat of regression to the protection instituted

### Los derechos humanos a nivel internacional y la amenaza brasileña de regresión a la protección instituida

Wellington Cacemiro<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Considerações iniciais. Metodologia. 1. Direitos universais da pessoa humana. 2. Possível controvérsia. 2.1. Violência em alta. 2.2. Prisões superlotadas. 3. Regras mínimas e entendimento jurisprudencial. – Considerações finais. – Referências.

**Resumo:** Fenômeno relativamente novo tem ganhado força no Brasil aparente tendência a se questionar e, não raro, desacreditar o papel dos Direitos Humanos como instrumento legítimo de garantias essenciais a uma vida digna para toda e qualquer pessoa. Impulsionada pela manifestação de personagens da vida pública nacional, registra-se, sobretudo em redes sociais, crescente e visível adesão à ideia de que o instituto, quando muito, destina-se a segmento da sociedade dedicado a vida criminosa. Tanto que se tornou notório o emprego da expressão “direitos dos manos”, bordão pejorativo

---

(\*) Recibido: 10 noviembre 2019 | Aceptado: 20 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim.  
[wellington.cacemiro@gmail.com](mailto:wellington.cacemiro@gmail.com)

que exprime evidente desprezo. Assentado sobre a tarefa de discutir tal controvérsia busca-se com o presente investigar suas implicações, bem como ratificar a necessidade de proteção à conquista representada pelo reconhecimento internacional dos direitos inerentes a todo ser humano.

**Palavras-chave:** Direito Internacional, Direitos Humanos, constitucionalização, tutela protetiva.

**Abstract:** Relatively new phenomenon has gained strength in Brazil apparent tendency to question itself and often discredit the role of Human Rights as a legitimate instrument of guarantees essential to a dignified life for everyone. Driven by the manifestation of characters of national public life, it is registered, especially in social networks, growing and visible adherence to the idea that the institute, at most, is intended for the segment of society dedicated to criminal life. So much so that the use of the expression “rights of the brothers” became notorious, a pejorative slogan that expresses evident contempt. Based on the task of discussing such controversy, the present study seeks to investigate its implications, as well as to ratify the need for protection against the conquest represented by the international recognition of the rights inherent to every human being.

**Keywords:** International law, Human rights, constitutionalisation, protective custody.

**Resumen:** Un fenómeno relativamente nuevo ha cobrado fuerza en Brasil, que aparentemente tiende a cuestionarse a sí mismo y, no pocas veces, a desacreditar el papel de los derechos humanos como instrumento legítimo de garantías esenciales para una vida digna para todas las personas. Impulsado por la manifestación de personajes de la vida pública nacional, se registra, especialmente en las redes sociales, una creciente y visible adhesión a la idea de que el instituto, a lo sumo, está dirigido al segmento de la sociedad dedicado a la vida criminal. Tanto es así que el uso de la expresión "derechos de los hermanos" se ha hecho notorio, un eslogan peyorativo que expresa un desprecio evidente. A partir de la tarea de discutir esta controversia, el presente estudio busca investigar sus implicaciones, así como ratificar la necesidad de proteger el logro que representa el reconocimiento internacional de los derechos inherentes a todo ser humano.

**Palabras clave:** Derecho Internacional, Derechos Humanos, constitucionalización, tutela protectora.

## Considerações iniciais

Repousa sobre os direitos humanos em solo pátrio crescente e indisfarçável sentimento de que estes se dedicam muito mais a proteger criminosos do que amparar, por assim dizer, a população “de bem”, ordeira, trabalhadora, e, portanto, credora da tutela protetiva do ordenamento jurídico brasileiro e internacional (GRAGNANI, 2018). Para além de outros evidentes e possíveis argumentos, surpreende neste discurso o fato de que não é incomum vê-lo proferido por familiares de vítimas da criminalidade que assola o país, mas também por pessoas públicas, muitas ocupando cargo ou posição de notabilidade em segmentos vitais, a exemplo da área de segurança (MANSO, 2014).

Questiona-se hipotético desvio de finalidade dos direitos humanos, como é possível apurar com rápida pesquisa a indexadores da internet (BISPO, 2018). Ilustra este argumento o epíteto “direitos dos manos”, frase comum na retórica de inúmeros opositores da proteção normativa aos direitos da pessoa humana, e, igualmente, clara referência depreciativa ao seu valor.

Para exemplificar basta citar que investigação restrita no Google revelou, em uma tarde quente do recente mês de novembro de 2019, aproximadamente 35.600 (trinta e cinco mil e seiscentos) resultados contabilizados pelo buscador com citações a aludida alcunha. Trata-se, a bem da verdade, de manifesta demonstração de desconhecimento e/ou desprezo pelo real significado do conjunto de direitos objeto do presente ensaio.

Direitos humanos são, na melhor definição, “direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição” (ONU). Incluem, como defende corretamente as Nações Unidas, “o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre muitos outros”, merecendo todas as pessoas tais direitos, sem discriminação.

Não sem motivo, portanto, justifica o professor de Direito Internacional Público, Paulo Henrique Gonçalves Portela (2017, p. 833), que configuram está “defesa contra os excessos de poder, tanto o estatal como aquele exercido por entes privados, sejam pessoas naturais ou jurídicas”. Consistem, como bem alude o nobre doutrinador, “em pauta voltada a orientar as políticas públicas e as ações privadas”.

Natural, por conseguinte, a necessidade de investigação criteriosa sobre os possíveis motivos que têm levado número significativo de brasileiros a professar descrédito, e mesmo repulsa, à defesa dos direitos humanos.

A princípio, no entanto, é possível intuir duas hipóteses complementares: crescente ampliação dos crimes de maior visibilidade, a exemplo de estupros; e, não menos grave, progressivo aumento da população carcerária brasileira, com conseqüente e paulatina intervenção de entidades de direitos humanos na defesa de condições mínimas de manutenção da qualidade de vida dos presos.

Não se trata, lógico, de afirmação fundamentada em simples observação empírica ou no senso comum, mas de suposição teórica amparada nos dados do recente 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019), no levantamento dos presos provisórios do país divulgado em 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2017, que apresentou os últimos dados oficiais divulgados pelo sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Segundo este último, a população carcerária brasileira quase dobrou em onze anos, passando de 401,2 mil para 726,35 mil, de 2006 a 2017 (MARTINS, 2018).

Feita tal observação, a título de comentário introdutório, cumpre-nos agora a tarefa de aprofundar a hipótese.

## **Metodología**

Dada a natureza da proposição teorizada, a metodologia adotada nesta produção científica obedeceu a certos passos considerados indispensáveis para consumir o objetivo da pesquisa exploratória. Além, por exemplo, do cogente levantamento bibliográfico, leitura e anotações preliminares, buscou-se consubstanciá-la com imperiosa análise de dados divulgados por organismos oficiais e não governamentais, bem como com a mais recente jurisprudência sobre o tema.

Destarte, durante duas semanas foram coletados documentos, estatísticas e outras informações que permitissem subsidiar o projeto. Pretende-se, ao final do texto, demonstrar tratar-se a hipótese não só de teoria plenamente factível, mas igualmente tecer considerações sobre suas eventuais conseqüências como ameaça aos direitos humanos.

### **1. Direitos universais da pessoa humana**

“Conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade” (RAMOS, 2018, p. 28) os

direitos humanos são, como bem ensina o professor André de Carvalho Ramos, direitos essenciais e imprescindíveis à vida digna.

São também “direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição” (MAZZUOLI, 2018, p. 30), consoante a precisa lição do jurista Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Sobre o tema, aliás, Portela (2017, p. 834) assevera que, na época presente, encontra-se também difundida a visão de que “os direitos humanos se fundam no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da espécie humana, entendidos como iguais em sua essência, não obstante qualquer peculiaridade física, mental ou intelectual ou qualquer outro aspecto de sua existência”.

A professora Flávia Piovesan, por sua vez, citando Thomas Buergenthal, defende que “o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada ‘Era dos Direitos’, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo” (PIOVESAN, 2019, p. 63).

Tais considerações tornam possível concluir da estreita relação existente entre os direitos humanos e o direito internacional público. Na verdade, como preleciona o advogado Ricardo Castilho (CASTILHO, 2018, p. 17) “a expressão direitos humanos corresponde à terminologia normalmente empregada para designar o conjunto dos direitos do homem já positivados no âmbito internacional (através dos inúmeros tratados e declarações)”.

Neste sentido adverte o autor ser forçoso reconhecer que a referência a “humanos” não é indicativa da titularidade do direito, mas, sim, do bem protegido. Ele ensina igualmente, como o faz boa parte da doutrina, haver necessária distinção entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.

Os primeiros, explica didaticamente Castilho, pertencentes ao ser humano por sua própria natureza, fazem parte do chamado direito natural (pré-positivo). Os humanos, como dito, são os já positivados no âmbito internacional. E, por fim, os direitos fundamentais correspondem a direitos positivados nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado, especialmente em sede constitucional (2018, p. 18).

Há que se fazer ainda breve e necessária referência à ascensão histórica dos direitos humanos no cenário internacional. Sobre esta “concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela

Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993” (PIOVESAN, 2019, p. 64), preleciona Piovesan que “a abrangente positivação dos direitos humanos no âmbito internacional é um processo de criação normativa que se inicia no pós-Segunda Guerra Mundial” (2019, p. 14).

A autora rememora que tal procedimento teve “como fonte material um engajamento moral e político que almejou ser uma resposta jurídica às atrocidades e horrores do totalitarismo no poder”.

Como se sabe, a Segunda Guerra Mundial foi determinante para a ampliação dos debates sobre como impedir que barbárie semelhante se repetisse. Para além das discussões que se sucederam tencionando regularizar a situação de refugiados e asilados, bem como assegurando atendimento humanitário às vítimas do conflito, emergiu também do período forte preocupação com a criação de mecanismos que garantissem a proteção da pessoa humana em uma dimensão ampla de direitos. Nasceu daí, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1948.

Vivencia-se atualmente, portanto, período de reconhecimento internacional ao fato de que toda e qualquer pessoa humana ou grupo de pessoas gozam de uma igualdade fundamental. Percepção está infelizmente frágil e relativamente recente, considerado o transcurso de apenas poucas décadas desde a internacionalização dos direitos universais da pessoa humana.

Cabe por fim explicar que, como ensina Mazzuoli (2018, p. 34), “os direitos humanos, diferentemente dos direitos fundamentais, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições”. Como argumenta corretamente o autor, basta ocorrer a violação de um direito reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontre o indivíduo.

Partindo, por conseguinte, de tal concatenamento de ideias pode-se ilustrar o aludido com base nos exemplos jurisprudenciais abaixo retratados:

ADMINISTRATIVO E INTERNACIONAL. ESTRANGEIRO. REUNIÃO FAMILIAR. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM POR CIDADÃO DO HAITI. INGRESSO DOS FILHOS MENORES NO TERRITÓRIO NACIONAL, POR VIA AÉREA, INDEPENDENTEMENTE DE VISTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONCESSÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA POR RAZÕES HUMANITÁRIAS POSTERIORMENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. A reunião familiar configura, além de princípio constitucional, uma medida humanitária para que os refugiados e migrantes tenham restituídas as condições mínimas de existência digna e de cidadania,

alcançando ao máximo a possibilidade de levar uma vida normal, de modo que, em casos peculiares, devem tais princípios prevalecerem inclusive ao primado da soberania. O pedido e a sentença estão fundamentados no direito à proteção familiar, assegurado pela Constituição Federal (art. 226) tanto aos nacionais quanto aos estrangeiros, o qual foi recentemente consagrado também pela nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017, art. 3º-VIII) como princípio norteador da política migratória brasileira. Trata-se, ainda, de assegurar a reunião familiar para proteger menores de idade, que gozam de proteção especial em face do que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente. É caso de autorizar, excepcionalmente, a vinda dos familiares para o Brasil neste caso, mesmo sem visto, para assegurar a proteção à família e aos filhos menores do estrangeiro com brevidade. Sentença mantida.

(TRF-4 - AC: 50193556020184047200 SC 5019355-60.2018.4.04.7200, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 25/09/2019, QUARTA TURMA)

DIREITO PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. MULTA. SOPESAMENTO DE DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA. FILHO MENOR BRASILEIRO. PERMANÊNCIA REGULAR NO MOMENTO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. 1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade, ou não, da anulação do Auto de Infração e Notificação nº 2401/2012, lavrado contra Karen Daniela Prieto Cubillos, nacional da República da Colômbia, para imposição de multa no valor de R\$ 827,75, com fundamento nos artigos 96 e 125, IV, da Lei 6.815/1980, por não apresentar documento comprobatório de estada legal no País (f. 20). 2. A autora narra que ingressou em território brasileiro em 26.05.2010, com dados de seu pedido de Refúgio feito pelo CONARE (f. 13), tendo dado à luz a filho brasileiro, nascido em 27.11.2011, em São Paulo/SP (f. 12), em uma casa-abrigo da Fundação Francisca Franco, que atende mulheres em situação de violência doméstica (f. 11). 3. Em 05.04.2012, compareceu à Superintendência da Polícia Federal para requerer a permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira, momento em que teve lavrado contra si o referido auto de infração, por infringência ao artigo 125, IV, da Lei nº 6.815/1980: "não apresentar documento comprobatório de estada regular no País". Mesmo com aplicação da multa, foi deferido o pedido de permanência definitiva foi deferido e publicado no Diário Oficial da União. 4. Na espécie, apesar de a União ter confirmado expressamente que a República da Colômbia teria aderido ao Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile, promulgado por meio do Decreto 6.975/2009, que prevê hipótese de isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas aos imigrantes dos países signatários no artigo 3º, a sentença afastou sua aplicação sob o fundamento de que não haveria qualquer anistia a multa já imposta validamente, uma vez que a

multa foi imposta à autora em 05.04.2012, antes, portanto, da adesão da República da Colômbia ao Acordo, em 29.06.2012. 5. A máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição Federal e costuma ser deduzida do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. Ainda, está expressamente posta no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal e preceitua que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. 6. A doutrina, por sua vez, opta muitas vezes por destrinchar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, viabilizando melhor exercício da ponderação de direitos fundamentais. Assim, surgem os vetores da adequação, que traduz a compatibilidade entre meios e fins; a necessidade enquanto exigência de utilizar-se o meio menos gravoso possível; e a proporcionalidade em sentido estrito que consiste no sopesamento entre o ônus imposto e o benefício trazido pelo ato administrativo. 7. Não se coaduna com essa postura a adoção de um formalismo jurídico simplista em detrimento da dignidade humana daqueles que o país se pretende a ajudar. Há muito no ordenamento jurídico brasileiro já é reconhecida a normatividade das normas constitucionais que não podem servir de letra morta frente a qualquer dispositivo de lei infraconstitucional. 8. Importa-se mencionar, portanto, que, na hipótese em comento, a teleologia da regra que rege a matéria em questão busca tutelar o controle e a ordem da situação dos estrangeiros em território nacional, de modo que não se pode considerar como intimidadora ou nociva a situação do autor que, além de demonstrar boa-fé na busca por sua regularização, obteve a concessão de permanência definitiva em território nacional com base em prole brasileira. 9. Nesse sentido, fica evidente que o prejuízo suportado pela apelante, que tem seu direito de permanência fortemente ameaçado ante sua falta de condições financeiras para arcar com a multa imputada, é infinitamente maior do que a perda estatal em promover uma regularização fora do prazo prescrito em lei. 10. Por fim, destaca-se que a multa aplicada no valor de R\$ 827,75 é maior do que o salário mínimo vigente à época de sua imputação, revelando-se totalmente desproporcional para uma pessoa com baixa renda, assistida da Defensoria Pública da União, sendo impossível quitá-la sem o sacrifício de seu sustento pessoal e de sua família. 11. Ademais, há uma particularidade no caso de fundamental importância para o deslinde da causa, qual seja, a autora aqui constituiu família e teve filho brasileiro, o que lhe garantiu a condição de estrangeiro regular no território nacional, nos termos do artigo 75, da Lei 6.815/1980. 12. Desta forma, no momento da lavratura do auto de infração (05.04.2012), a permanência da autora no país já estava assegurada pela existência do filho brasileiro, sob sua guarda e dependência econômica, eis que menor de idade. Assim, deve ser anulado o auto de infração lavrado. 13. Apelação da parte autora provida. Inversão do ônus da sucumbência.

(TRF-3 - ApCiv: 00189140920124036100 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de



Julgamento: 07/08/2019, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3  
Judicial 1 DATA:14/08/2019)

Em que pesem eventuais vozes dissonantes, nota-se, pelas ementas reproduzidas, que a jurisprudência pátria cuida por ratificar com zelo o comando emanado da Carta Constitucional, bem como dos tratados dos quais o país é signatário.

Dito isto, em sede de comentário final ao tópico, parece paradoxal que, em um país onde suspeita-se possa estar em franca ascendência movimento de oposição ao sentido de equidade emanado dos direitos humanos, residam bem estabelecidas, de igual modo, jurisprudência e robusta bibliografia tratando da temática. A literatura pátria, contudo, não é somente rica em livros que corroboram a posição brasileira de respeito aos direitos humanos, como também em artigos, ensaios, cursos e comentários de inegável relevância para a perfeita e imperiosa compreensão do assunto.

## **2. Possível controvérsia**

### **2.1. Violência em alta**

A hipótese de que a crescente ampliação dos crimes de maior visibilidade e o progressivo aumento da população carcerária brasileira têm contribuído, pelo menos em parte, com o significativo número de brasileiros que professam descrédito e mesmo aversão à defesa dos direitos humanos tem fundamento em um conjunto de dados divulgados por diferentes entidades nos últimos quatro anos.

O Brasil teve, por exemplo, 66.041 registros de violência sexual no ano passado, segundo informação publicada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019). No total foram computados 180 estupros por dia, representando crescimento de 4,1% em relação a 2017. Os números constam da citada 13ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgada no último dia 10 de setembro.

A alta da vitimização revela outro quadro aterrador. A cada hora quatro meninas com idade inferior a 13 anos são estupradas no país. Segundo o relatório, 81,8% das vítimas da violência sexual são do sexo feminino. Destas, 53,8% tinham até 13 anos.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública, conforme referências disponíveis no endereço eletrônico do próprio Fórum, baseia-se em informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelo Tesouro Nacional, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais da Segurança Pública.

A publicação é uma ferramenta importante para a promoção da transparência e da prestação de contas na área, contribuindo para a melhoria da qualidade dos dados. Além disso, produz conhecimento, incentiva a avaliação de políticas públicas e promove o debate de novos temas na agenda do setor. Trata-se do mais amplo retrato da segurança pública brasileira (FBSP, 2019)

Pelos dados contabilizados no relatório, em 2018 houve um registro de violência doméstica a cada dois minutos no Brasil, totalizando 263.067 casos de lesão corporal dolosa, uma alta de 0,8% em relação ao período anterior.

Além disso, o aumento atinge diversos crimes que provocam igual comoção popular. Os casos de feminicídio, outro registro relevante do documento, tiveram crescimento de 11,3% quando comparados ao ano de 2017. Foram 1.206 mulheres assassinadas. De acordo com a compilação em 88,8% das ocorrências o autor foi o companheiro ou ex-companheiro da vítima.

A estes números soma-se mais um, igualmente preocupante, que indica ter aumentado em 7,5% as ocorrências de porte e posse ilegal de arma de fogo, embora o total de mortes violentas intencionais registradas em todo o país tenha sofrido redução de 10,8% em 2018.

Tamanha violência, como é possível intuir, costuma fomentar desconfiança sobre a eficiência e capacidade de ressocialização do sistema penal brasileiro, e, não menos importante, estimula a revolta contra o que muitos acreditam ser excesso de tutela protetiva para presos e detentos, em detrimento da necessária proteção a população ordeira e cumpridora das obrigações cívicas, morais e sociais.

## **2.2. Prisões superlotadas**

Se a discussão relativa ao aumento da criminalidade tem potencial impacto negativo na percepção popular sobre os direitos humanos, igualmente é possível assumir que a crescente ampliação da população carcerária do país tenha, não raro, efeito similar. Senão, vejamos.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em junho de 2017 revelou que o número total de presos no Brasil era, naquele ano, da ordem de 726.354 encarcerados. O Infopen é o sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, de responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Com fulcro nos dados é possível afirmar, *verbi gratia*, que entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo país. De forma semelhante é admissível dizer que desde o ano 2000 o

Brasil teve, em média, uma taxa anual de crescimento do número total de presos da ordem de 7,14%.

Por outro lado, diagnóstico do sistema carcerário brasileiro divulgado no início de 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelava que o número total de presos provisórios no Brasil era, naquele momento, da ordem de 221.054. Para os dados do Infopen, contudo, o quantitativo de pessoas custodiadas provisoriamente, em junho do mesmo ano, representava 235.241 detentos.

Há que se destacar, além disso, que o conjunto de processos de competência dos vinte e cinco tribunais estaduais brasileiros que encaminharam ao CNJ os planos de trabalho com detalhamento de ações para dar celeridade no julgamento dos presos provisórios envolvendo crimes dolosos contra a vida somava, no citado ano, impressionantes 31.610 processos.

Além do inquestionável problema orçamentário representado por tamanha população carcerária é cogente admitir que as inevitáveis dificuldades em manter tantos presos se refletem, com certa frequência, em condições desumanas e degradantes. Só o regime fechado, segundo os dados estatísticos do Infopen, concentrava 307.880 pessoas custodiadas distribuídas em um total de 193.572 vagas, no ano de 2017. Em relação à taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, esta era no período de 171,62%.

Não é incorreto, portanto, afirmar que, por consequência da quase sempre dura realidade do cárcere, tem-se, muitas vezes, a intervenção de entidades defensoras dos direitos humanos manifestando-se em favor do tratamento minimamente digno aos custodiados; o quê, como é possível deduzir, estimula o aludido descontentamento popular. Como explicitado em momento anterior, questiona-se, dentre outras, tamanha atenção a presos comumente acusados de crimes violentos, em detrimento, por exemplo, ao natural direito de justiça (ou vingança) das vítimas ou seus familiares.

### **3. Regras mínimas e entendimento jurisprudencial**

A racionalização de debate que pretenda apreciar o controverso tema título do presente ensaio tende, naturalmente, a passar pelo crivo prático das decisões emanadas dos tribunais brasileiros. Neste sentido, impensável não dedicar rápida menção a exemplo que permita ilustrar o posicionamento jurisprudencial brasileiro sobre a matéria em comento.

Antes, no entanto, cabe lembrar que, como preleciona o jurista Valerio de Oliveira Mazzuoli (2018, p.35-36), à luz da Declaração Universal de 1948 pode-se dizer que os direitos humanos fundam-se em três princípios basilares, bem como em suas combinações e influências recíprocas, quais sejam: inviolabilidade, autonomia e dignidade da pessoa.

Imperioso citar, igualmente, que, no âmbito internacional, no que se refere ao tratamento dispensado às pessoas custodiadas pela justiça em razão de crimes cometidos, prevalece recomendação de observância a um conjunto de normas não vinculantes de Direito Internacional, intituladas “Regras Nelson Mandela”. Sobre estas discorre com maestria Ramos (2018, p. 234):

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos foram adotadas pelo I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes, que foi realizada em Genebra, em 31 de agosto de 1955. Foram posteriormente aprovadas pelo Conselho Econômico e Social, por meio das Resoluções n. 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Em maio de 2015, foram atualizadas pela Comissão das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, tendo tais atualizações sido aprovadas, à unanimidade, pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2015. Foi aprovada, pela Assembleia Geral da ONU, a denominação honorífica da Resolução como “Regras Nelson Mandela”, em homenagem a quem passou 27 anos de sua vida preso, na luta pelos direitos humanos, igualdade, democracia e promoção da cultura da paz (parte dos “considerandos” da Resolução). Um dos fatores a favor da atualização das regras foi a constatação da existência de mais de 10 milhões de pessoas encarceradas no mundo [...] (RAMOS, 2018, p. 234)

Como exposto anteriormente trata-se de conjunto de normas não vinculantes, que, entretanto, podem se transformar em vinculantes posteriormente, caso consigam a anuência dos Estados. O próprio autor, contudo, é enfático em reconhecer que “a realidade brasileira demonstra claramente que tais regras não são cumpridas no Brasil” (2018, p. 238). Para exemplificar cita como justificativa os graves problemas institucionais com a superlotação dos presídios, a reclusão do preso em cela não separada de outras categorias, as péssimas condições de higiene e salubridade, abusos físicos e sexuais das mais variadas formas, bem como o controle de fato do presídio por organizações criminosas.

Feita tal observação necessário enfatizar, como já aludido, posicionamento jurisprudencial brasileiro em matéria de observância aos direitos humanos e sua imprescritibilidade. Assim sendo, destaca-se:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte “a prescrição quinquenal disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, por serem imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões” (AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/6/2013). 2. Não há que se falar, na hipótese, em declaração de inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, tampouco afastamento deste, mas tão somente em interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – AgRg no REsp: 1291017 RJ 2011/0264621-0, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 10/06/2014, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: Dje 20/06/2014)

Constata-se pela ementa reproduzida do Superior Tribunal de Justiça, que a jurisprudência do “Tribunal da Cidadania” zela com rigor pela observância ao comando de proteção emanado originariamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O exemplo jurisprudencial permite também evidenciar que, muito mais do que “*direitos dos humanos*”, os direitos humanos, ao contrário do que possam argumentar críticos pouco afeitos ao tema, são necessariamente para toda pessoa humana.

### **Considerações finais**

Discorrer sobre tema tão controverso, capaz de suscitar sentimentos divergentes, exige indispensável cuidado para não contaminar a pesquisa com conceitos preestabelecidos, tampouco negligenciar as eventuais razões que motivam defensores de um ou outro ponto de vista. Neste sentido, cogente observar que tem-se hoje no Brasil por força do expresso no artigo 60, § 4º, IV, de nossa Carta Política, direitos e garantias individuais com força de cláusula pétrea constitucional e notoriamente inspirados nos tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos.

Trata-se, como demonstrado ao longo do texto, de conquista histórica, assim como o é, de igual modo, a universalização dos direitos da pessoa humana. Como ensina a melhor doutrina, os direitos humanos são obra ainda inacabada, cujo marco contemporâneo evidente constitui-se na Declaração Universal, de 1948.

A história ensina, entretanto, que nenhum instituto é perene o suficiente para que seja imutável. Rupturas são, infelizmente, riscos factuais. Daí,

lógico, o valor incomensurável de acompanhar com prudente atenção o progressivo debate que contesta a legitimidade dos direitos inerentes a todos os seres humanos.

Como explicitado, parcela significativa dos familiares de vítimas da violência reinante no país tende a hostilizar o comportamento dos representantes de entidades e organismos dedicados à defesa dos direitos humanos quando estes intervêm em favor de condições e tratamento humano para criminosos.

Por outro lado, são emblemáticos os casos de violência contra estes mesmos defensores dos direitos humanos, como a brutal morte da vereadora carioca Marielle Franco, em 2018, ou o assassinato de 58 patronos dos direitos humanos no Brasil em 2017, denunciado pela Anistia Internacional no ano seguinte.

A discussão situa-se, portanto, no mérito do problema. Trata-se de estabelecer, sobretudo nas redes sociais, novos mecanismos que permitam expandir o diálogo e a consequente compreensão sobre os valores essenciais representados por tais direitos.

## Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. *Marielle Franco: 600 dias é tempo demais para acumular perguntas, e não respostas*. Disponível em <<https://anistia.org.br/imprensa/press-release/marielle-franco-600-dias-e-tempo-demais-para-acumular-perguntas-e-nao-respostas/>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2017/2018 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Londres: Amnesty International Ltd. 2018. Disponível em <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS EM PARIS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BISPO, Fernando Holiday Silva. *Direitos dos manos ultimamente...* São Paulo (SP), 8 de junho de 2018. Facebook: Fernando Holiday. Disponível em: <<https://www.facebook.com/fernandoholiday.mbl/photos/direitos-dos-manos-ultimamente/2083402715231217/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça (MJ). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processo nº AgRg no REsp: 1291017 RJ 2011/0264621-0. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 10 de junho de 2014, T1 – Primeira Turma. Data de publicação: 20 de junho de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35893564&num\\_registro=201102646210&data=20140620&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35893564&num_registro=201102646210&data=20140620&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação civil. Processo nº 00189140920124036100 SP. Relator: Desembargador Federal Nelton dos Santos. Data de Julgamento: 7 de agosto de 2019. Terceira Turma. Data de publicação: 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7596392>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação civil. Processo nº 50193556020184047200 SC 5019355-60.2018.4.04.7200. Relator: Des. Sérgio Renato Tejada Garcia. Data de Julgamento: 25 de setembro de 2019. Quarta Turma. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763046950/apelacao-civil-ac-50193556020184047200-sc-5019355-6020184047200/inteiro-teor-763047556?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reunião especial de jurisdição*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>.  
Acesso em: 05 nov. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2019. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

GRAGNANI, Juliana. *O que são direitos humanos e por que há quem acredite que seu propósito é a defesa de 'bandidos'?*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43465988>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

MANSO, Bruno Paes. *Ex- professor de Direitos humanos da PM é atacado por oficiais em rede social*. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/blogs/sp-no-diva/ex-professor-de-direitos-humanos-da-pm-e-atacado-por-ex-alunos-na-rede-social/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

MARTINS, Helena. *População carcerária quase dobrou em dez anos*. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/populacao-carceraria-quase-dobrou-em-dez-anos>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *O que são direitos humanos?* Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



## **A crise dos refugiados venezuelanos e dos haitianos no Brasil: uma análise sobre a origem e as consequências da crise no território brasileiro <sup>(\*)</sup>**

**The crisis of venezuelan and haitian refugees in Brazil: an analysis of the origin and consequences of the crisis in the brazilian territory**

**La crisis de los refugiados venezolanos y haitianos en Brasil: un análisis sobre el origen y las consecuencias de la crisis en el territorio brasileño**

**Juliana Ramos do Nascimento<sup>1</sup>**

**Marcelo Fernando Quiroga Obregon<sup>2</sup>**

---

**Sumário:** Introdução. **1.** Os refugiados. **2.** O contexto de surgimento da crise dos refugiados no Brasil. **3** As condições do Brasil como país de destino dos venezuelanos e haitianos. – Considerações finais. – Referências.

---

(\*) Recibido: 19 setiembre 2018 | Aceptado: 20 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Estudante de graduação do Curso de Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. [julianaramos550@gmail.com](mailto:julianaramos550@gmail.com)

<sup>2</sup> 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](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

**Resumo:** O presente artigo possui como objetivo a análise das consequências da crise dos refugiados no Brasil. Durante o trabalho, será analisado o conceito de “refugiados”, bem como a problemática de se estender essa condição aos haitianos. Além disso, será analisado o contexto de surgimento da crise dos refugiados no Brasil, examinando os acontecimentos políticos, econômicos e sociais na Venezuela nos últimos anos. Por fim, serão apresentadas propostas de solução para a referida crise. O presente trabalho tem como base teórica principal o livro *Migrações e Refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade*, de Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e de Micheline Ramos de Oliveira. Desta forma, o método a ser utilizado será o dialético.

**Palavras-chave:** crise dos refugiados, haitianos e venezuelanos, Brasil.

**Abstract:** This article aims to analyze the consequences of the refugee crisis in Brazil. During the work, the concept of "refugees" will be analyzed, as well as the problematic of extending this condition to the Haitians. In addition, it will analyze the context of the emergence of the refugee crisis in Brazil, examining the political, economic and social events in Venezuela in recent years. Finally, proposals will be presented for solving the crisis. The present work has as main theoretical basis the book *Migrations and Refugees: a multidimensional look and the dilemmas of contemporaneity*, by Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza and Micheline Ramos de Oliveira. In this way, the method to be used will be the dialectic.

**Keywords:** refugee crisis, haitians, venezuelans, Brazil.

**Resumen:** El presente artículo tiene como objetivo el análisis de las consecuencias de la crisis de los refugiados en Brasil. Durante el trabajo, se analizará el concepto de "refugiados", así como la problemática de extender esa condición a los haitianos. Además, se analizará el contexto de surgimiento de la crisis de los refugiados en Brasil, examinando los acontecimientos políticos, económicos y sociales en Venezuela en los últimos años. Por último, se presentarán propuestas de solución a dicha crisis. El presente trabajo tiene como base teórica principal el libro *Migraciones y Refugiados: una mirada multidimensional y los dilemas de la contemporaneidad*, de María Cláudia da Silva Antunes de Souza y de Micheline Ramos de Oliveira. De esta forma, el método a ser utilizado será el dialéctico.

**Palabras clave:** crisis de los refugiados, haitianos, venezuelanos, Brasil.

## **Introdução**

Nos últimos anos, um número muito grande de estrangeiros têm entrado no Brasil fugindo das situações que vivem os seus países de origem e buscando por uma vida digna.

Este movimento se iniciou com os haitianos, que passaram a ingressar em território brasileiro a partir do ano de 2010, após um forte terremoto atingir e praticamente destruir o Haiti, deixando diversos mortos, feridos e desabrigados.

Posteriormente, a partir do ano de 2014, foi a vez dos venezuelanos iniciarem a sua diáspora para o Brasil, após uma grave crise econômica, social e política afetar a Venezuela e deixar milhares de cidadãos em situação degradante, além das respostas violentas do então presidente Nicolás Maduro frente às manifestações contrárias ao seu governo.

Contudo, as cidades brasileiras de fronteira por onde chegam esses estrangeiros têm ficado superlotadas, uma vez que não possuem infraestrutura para abrigar tantas pessoas quanto têm recebido, além da população local.

Desta forma, o objetivo deste trabalho é responder ao seguinte questionamento: quais as consequências econômicas e sociais da crise dos refugiados venezuelanos e dos haitianos no Brasil? Para tanto, utilizar-se-á do método dialético para a construção do conhecimento científico.

Ademais, a presente pesquisa utilizará como instrumentos doutrinas e construções científicas que tenham como alvo a problemática do tema apresentado, bem como reportagens midiáticas. A eleição desses recursos se deu levando em consideração a finalidade de fundamentar um argumento forte ao tratar da crise dos refugiados venezuelanos e dos haitianos no Brasil. Deste modo, a pesquisa a ser realizada será qualitativa, por trabalhar com dados pré-existentes.

No primeiro capítulo será apresentado o conceito de “refugiados”, evidenciando os requisitos para configuração desta condição, bem como abrir-se-á uma discussão acerca da possibilidade ou não de se reconhecer tal circunstância aos haitianos.

Em seguida, no segundo capítulo, apresentar-se-á a origem da crise dos refugiados venezuelanos, analisando os acontecimentos políticos, econômicos e sociais dos últimos anos na Venezuela e os motivos que

levaram essas pessoas a fugirem de seu país de origem e buscarem refúgio no Brasil.

Posteriormente, no terceiro capítulo, analisar-se-á as consequências da crise dos refugiados venezuelanos e dos haitianos no Brasil, bem como serão apresentadas sugestões de medidas a serem tomadas com o intuito de solucionar os problemas enfrentados.

## 1. Os refugiados

### 1.1. O conceito de “refugiados” à luz da norma interna e da norma internacional

As primeiras definições de “refugiados” foram trazidas pelos Ajustes de 12 de maio de 2016 e de 30 de junho de 1928. Posteriormente, o termo foi também definido pelas Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e pelo Protocolo de 14 de setembro de 1939, além da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.

Já em 1951, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 definiu no §2º da seção A de seu artigo 1º como “refugiados”, além das definições já estabelecidas pelos Acordos Internacionais acima mencionados, as pessoas que, temendo sofrerem perseguição em razão de raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opiniões públicas, não estavam dentro do território de seus países de origem e que se encontravam impedidas ou temiam de a ele regressar ou, ainda, as pessoas que não possuíam nacionalidade e se estavam fora do território do país no qual residiam habitualmente<sup>3</sup>.

Contudo, todas essas definições possuíam uma condição, ou seja, que todas elas fossem em decorrência dos fatos ocorridos anteriormente à data de 1º de janeiro de 1951.

Além disso, a Convenção previa também, em sua seção B.1 do artigo 1º, que os Estados partes poderiam optar pela abrangência da expressão “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, podendo ser aqueles ocorridos apenas na Europa ou aqueles ocorridos em outros lugares.

Posteriormente, em 1967 foi editado o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, promulgado no Brasil em 07 de agosto de 1972, através do Decreto nº 70.946, o qual trouxe uma mudança significativa na definição do termo “refugiados”, ao estabelecer que são assim consideradas todas em

---

<sup>3</sup> ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em: <[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

peças compreendidas pela definição do artigo 1º com a simples exclusão das expressões “[...] em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 [...]” e “[...] em consequência de tais acontecimentos [...]”<sup>4</sup>.

Foi só com a promulgação da Lei nº 9.474/1997 que o termo “refugiados” passou a ser definido no Brasil como hoje é conhecido, através do conceito estabelecido no artigo 1º da referida lei, o qual dispõe:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país<sup>5</sup>.

Neste viés, observa-se da leitura do artigo 1º que, além de garantir a aplicabilidade do termo “refugiados” às pessoas abrangidas pelo Protocolo de 1967, ou seja, os indivíduos perseguidos dentro do território de um determinado Estado por motivo de raça, religião, grupo social, nacionalidade ou opiniões políticas, o Brasil também expandiu esta proteção às pessoas que, em razão da ampla violação dos direitos humanos, se veem sem escolha alguma, a não ser a de buscarem abrigo em outro Estado, abandonando o seu país de origem.

Vale destacar que, de acordo com o artigo 2º da norma brasileira de 1997, as consequências da situação de refugiado se estendem ao cônjuge, aos descendentes e aos ascendentes, bem como aos demais membros da família que se encontrem em território nacional e que dependam economicamente do refugiado<sup>6</sup>.

Não obstante, o artigo 7º da Lei nº 9.474/1997 estabelece que, assim que chegar ao território brasileiro, o estrangeiro pode manifestar às autoridades migratórias fronteiriças o seu desejo de solicitar reconhecimento da

---

<sup>4</sup> ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>6</sup> Idem, ibidem.

condição de refugiado e, sob hipótese alguma, será deportado ao território onde sua liberdade ou sua própria vida esteja ameaçada<sup>7</sup>.

Por fim, ressaltamos que a norma brasileira é clara ao dispor no artigo 8º que “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes”<sup>8</sup>.

Diante disto, resta conceituado o termo “refugiados” e evidenciado que a lei considera como tais os indivíduos ameaçados ou de fato perseguidos em razão de raça, religião, opinião política, nacionalidade ou grupo social, além daqueles que, se encontrando fora do país de origem, por tais motivos não possam ou não queiram a ele regressar, e dos que fugiram do Estado de nacionalidade em decorrência da forte violação de humanos.

Assim, é necessário enfrentar um problema existente acerca de tal conceito, ou seja, a de considerar ou não a existência de refugiados ambientais. Para tanto, serão analisados como objeto de estudos os haitianos que passaram a adentrar em solo brasileiro com o objetivo de fugir de um terremoto que assolou o país.

## 1.2. Haitianos: os “refugiados ambientais” no Brasil

Como dito anteriormente, o problema a ser enfrentado no presente sub tópico gira em torno justamente do conceito do termo “refugiado”, no qual, segundo a norma brasileira vigente, os refugiados ambientais não parecem estar inseridos.

Assim, como seria possível conceder aos haitianos que passaram a ingressar em território brasileiro fugindo do pior terremoto que afligiu o Haiti a condição jurídica de refugiado? Antes de adentrar nesta discussão, são necessários alguns dados sobre a catástrofe natural ocorrida em 2010.

No dia 12 de janeiro de 2010 a cidade de Porto Príncipe, capital do Haiti, foi atingida por um terremoto de magnitude 7,0 na escala Richter. Segundo informações divulgadas pelo Jornal da Globo no mesmo dia 12, logo após o terremoto de magnitude 7,0, ocorreram outros dois abalos sísmicos, os quais atingiram 5,9 e 5,5 na escala Richter<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Idem, ibidem.

<sup>8</sup> BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>9</sup> TERREMOTO no Haiti (2010). **Memória Globo**. 12 jan. 2010. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/terremoto-no-haiti/videos.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

De acordo com notícia divulgada pelo site G1.globo.com em 12 de janeiro de 2011, um ano após a tragédia, o então Primeiro-Ministro haitiano, Jean-Max Bellerive, informou que o terremoto matou ao todo 316.000 (trezentas e dezesseis mil) pessoas, deixou 350.000 (trezentos e cinquenta mil) feridos e 1.500.000 (um milhão e meio) de pessoas desamparadas<sup>10</sup>.

Além dos tremores já descritos, o Haiti também foi vítima ao longo desses últimos anos de outras catástrofes naturais, como o Furacão Sandy em 2012, que deixou 09 (nove) mortos e mais de 10.000 (dez mil) pessoas desabrigadas<sup>11</sup>, e o Furacão Matthew em 2016, que segundo a Defesa Civil provocou pelo menos 271 (duzentas e setenta e uma) mortes<sup>12</sup>.

Por este motivo, em decorrência da série de tragédias naturais que acometeram o Haiti, muitos haitianos passaram a migrar do seu país de origem com destino aos Estados membros do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), sobretudo para o Brasil.

Segundo informações divulgadas pelo Instituto Migrações e Direitos Humanos, a entrada de haitianos no território brasileiro teve um aumento significativo entre os anos de 2015 e 2016, sendo que no primeiro o número era de 14.492 (quatorze mil, quatrocentos e noventa e dois) migrantes e no segundo esse cômputo subiu para 42.026 (quarenta e dois mil e vinte e seis) migrantes<sup>13</sup>.

Contudo, até os dias de hoje, o Brasil e suas organizações nacionais, bem como as organizações internacionais, não aceitam conceder a condição jurídica de refugiados aos haitianos que deixaram seu país de origem em razão das diversas catástrofes naturais que ocorreram após o ano de 2010.

De acordo com Norma Sueli Padilha e João Lucas Zanoni da Silva,

---

<sup>10</sup> TERREMOTO no Haiti matou 316 mil, afirma premier. **G1.globo.com**. 12 jan. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/01/terremoto-no-haiti-matou-316-mil-afirma-premier.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>11</sup> FURACÃO Sandy mata nove no Haiti. **G1.globo.com**. 25 out. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/10/furacao-sandy-mata-nove-no-haiti.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>12</sup> FRANCO, Marina. Por que centenas morreram no Haiti com passagem do furacão Matthew? **G1.globo.com**, São Paulo, 07 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/10/por-que-centenas-morreram-no-haiti-com-passagem-do-furacao-matthew.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>13</sup> MILESI, Irmã Rosita. Haitianos no Brasil: Dados estatísticos, informações e uma Recomendação. **Instituto de Migrações e Direitos Humanos**, 30 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/migracao-haitiana2/373-haitianos-no-brasil-dados-estatisticos-informacoes-e-uma-recomendacao>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

[...] as autoridades brasileiras não reconheceram aos imigrantes haitianos que vieram para o País, após janeiro de 2010, a qualificação jurídica de refugiados. E, a falta de consenso se reflete também em sede dos organismos nacionais, como o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que defende a necessidade da própria ONU promulgar um novo protocolo adicional à Convenção de Genebra de 1951, com o escopo de ampliar o reconhecimento de refugiados aos deslocados por causas ambientais<sup>14</sup>.

Isto ocorre porque o Brasil, os organismos nacionais e também os internacionais se prendem ao conceito ultrapassado de “refugiados” como sendo somente aquelas pessoas que deixaram, não quiseram ou não podem regressar ao seu país de origem em razão de perseguição de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

Para essas autoridades, a expressão “devido a grave violação de direitos humanos” trazida pelo inciso III do artigo 1º da Lei nº 9.474/97 parece estar intimamente ligada aos demais incisos, ou seja, não basta a violação de direitos humanos por si só, é necessário que esta violação decorra de um ato humano.

Assim também, como exemplos do que seria a violação de direitos humanos decorrente de um ato humano elencamos: uma ofensa a tais direitos que ocorra através de atos do governo do país em perseguição àqueles que possuam opiniões políticas contrárias a ele, ou até mesmo da omissão do governo frente aos problemas sociais, ou ainda um desrespeito aos direitos humanos advindo de uma perseguição de determinados grupos sociais, raças, religiões, nacionalidades, por outros que se consideram superiores.

Neste sentido, uma percepção mais abrangente que considerasse como “violação dos direitos humanos” os atos advindos não só de ações do próprio ser-humano, englobaria também os migrantes haitianos que vieram para o Brasil em razão das catástrofes naturais que acometeram o Haiti a partir do ano de 2010.

Isto é, apesar de não haver uma ação propriamente dita do ser-humano nas tragédias naturais, as consequências deles advindas devem ser combatidas pelo governo do país, e até mesmo pelos próprios cidadãos, na busca por ajudar aquelas pessoas que sofreram os impactos de tais eventos, o que não ocorreu no Haiti.

---

<sup>14</sup> PADILHA, Norma Sueli; SILVA, João Lucas Zanoni da. Os migrantes haitianos como refugiados ambientais e as diretrizes do instituto de políticas públicas em direitos humanos do MERCOSUL. p. 143-144. In: \_\_\_\_\_ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; OLIVEIRA, Micheline Ramos de. [Coords.]. **Migrações e Refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017. p. 127/166.



Ou melhor, não é que o governo não implantou medidas a fim de mitigar os efeitos das catástrofes, é que as consequências do terremoto, principalmente, atingiram uma proporção muito superior ao que ele e os próprios habitantes podiam suportar.

A saber, o Haiti é o país mais pobre do continente americano e, segundo a Revista Exame Abril, 5 (cinco) anos após o desastre natural, ocupava o 168º entre os 187 países no Índice de Desenvolvimento Humano<sup>15</sup>.

Como exposto anteriormente, o abalo sísmico de 2010 matou ao todo 316.000 (trezentas e dezesseis mil) pessoas, deixou 350.000 (trezentos e cinquenta mil) feridos e 1.500.000 (um milhão e meio) de pessoas desamparadas, demonstrando a proporção do impacto social alcançada pelo terremoto.

Diante da evidente situação de pobreza extrema enfrentada do Haiti, mostra-se categórica a incapacidade do país de se reerguer sozinho após a série de desastres naturais que o acometeram, motivo pelo qual a ajuda começou a chegar dos mais diversos lugares do mundo e, mesmo assim, até os dias de hoje, o Haiti ainda não conseguiu superar as consequências dos eventos naturais ocorridos a partir de 2010.

Neste sentido também adverte Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues, ao expor que

[...] a proteção dos refugiados e das pessoas deslocadas deve ser coordenada por mecanismos de direitos humanos, seja a nível regional e global, o que demonstra a dimensão internacional do problema, dado o Estado de emergência em que diversas coletividades humanas se encontram, bem como em decorrência de problemas econômicos, de deslocamentos regionais ou inclusive, advindos de problemas ambientais<sup>16</sup>.

Apesar de todo o exposto, como já demonstrado, existe ainda uma relutância em considerar como “refugiados” as pessoas que deixaram seus países em razão de catástrofes naturais.

Por este motivo, em 12 de janeiro de 2012, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) editou a Resolução Normativa nº 97 para conceder aos

---

<sup>15</sup> CONHEÇA melhor o Haiti, país mais pobre das Américas. **Revista Exame**; 23 out. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/conheca-melhor-o-haiti-pais-mais-pobres-das-americas/>>. Acesso em: 02 set. 2018.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Dulcilene Aparecida Mapelli. **Refugiados ambientais: necessária a tutela do direito internacional?** RIDB, 2013. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/13/2013\\_13\\_15651\\_15679.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/13/2013_13_15651_15679.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

haitianos vítimas do terremoto de 2010 o visto de permanência no território brasileiro, chamado de “visto humanitário”.

### 1.3. O “visto humanitário”

O “visto humanitário” criado pela já mencionada Resolução Normativa nº 97/2012 tem validade de 05 (cinco) anos, segundo a Resolução Normativa nº 97 de 2012, e os haitianos que entraram no território brasileiro em decorrência da catástrofe de 2010 ingressaram como migrantes e não como refugiados<sup>17</sup>.

Segundo PADILHA e SILVA,

A Resolução 97 também estabeleceu uma limitação quantitativa quanto à concessão destes “vistos humanitários” aos cidadãos haitianos, em um total de mil e duzentos por ano, correspondendo a uma média de cem concessões por mês, sem prejuízos da concessão das demais modalidades de vistos previstas nas disposições legais do país, evidenciando a violação ao princípio da não rejeição dos refugiados nas fronteiras dos Estados (princípio do *non-refoulement*) expresso na conclusão quinta, da seção III, da Declaração de Cartagena de 1994<sup>18</sup>.

Posteriormente, em 26 de abril de 2013, a Resolução 97 foi alterada pela Resolução Normativa nº 102, que revogou o parágrafo único do artigo 2º da primeira, retirando, assim, a limitação da quantidade de “vistos humanitários” disponíveis à concessão por ano, e também permitiu a obtenção de tais vistos através das repartições consulares do Brasil nos países do Equador, Bolívia, Peru e República Dominicana<sup>19</sup>.

Além disso, a Resolução Normativa nº 106 de 2013 prorrogou o prazo de vigência da Resolução 97 por 12 (doze) meses, ou seja, até janeiro de 2015. Posteriormente, este prazo foi novamente prorrogado através da Resolução Normativa nº 113 de 2014 até outubro de 2015. Em 12 de agosto de 2015 o prazo foi mais uma vez prolongado, desta vez até 30 de outubro de 2016, através da Resolução Normativa nº 117. Por fim, a última prorrogação do

---

<sup>17</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Resolução Normativa nº 97, 2012. **Ministério do Trabalho**. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/mais-informacoes/cni/2016-02-16-20-30-45/item/2719-resolucao-normativa-n-97-de-12-de-janeiro-de-2011>>. Acesso em 02 set. 2018.

<sup>18</sup> PADILHA, Norma Sueli; SILVA, João Lucas Zanoni da. Os migrantes haitianos como refugiados ambientais e as diretrizes do instituto de políticas públicas em direitos humanos do MERCOSUL. p. 144-145. In: \_\_\_\_\_ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; OLIVEIRA, Micheline Ramos de. [Coords.]. **Migrações e Refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017. p. 127/166.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*. p. 145.

prazo de vigência da Resolução 97 se deu em 2016, quando a Resolução Normativa nº 123 o prolongou até 30 de outubro de 2017.

Desde então, os chamados “vistos humanitários” não podem mais serem concedidos aos haitianos que ingressaram no Brasil em razão do terremoto de 2010.

A permanência de forma legal no território brasileiro garantida por estes vistos apenas aproveita àqueles que o adquiriram até a data de 30 de outubro de 2017, contudo, o prazo de validade continua sendo de 05 (cinco) anos, razão pela qual chegará um momento em que os haitianos que possuem o “visto humanitário” passarão a serem considerados como migrantes ilegais no Brasil.

## 2. O contexto de surgimento da crise dos refugiados no Brasil

No ano de 1998, Hugo Chávez foi eleito de forma democrática como Presidente da Venezuela, sendo promulgada em 1999 a nova Constituição e alterando o nome do país para República Bolivariana da Venezuela.

Como governante, Chávez defendida a revolução bolivariana e ideia de um socialismo distinto daquele que existiu na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), buscando que o novo modelo não cometesse os mesmos equívocos do primeiro, denominando-o de “Socialismo do Século XXI”.

De acordo com Carlos Cesar Almendra, o novo modelo de socialismo de Chávez era inspirado em três personagens históricos para o país,

1) *El Libertador*, ou seja, o próprio Simón Bolívar, que atuou nas lutas pela libertação da Venezuela e Colômbia (1819), do Equador (1822) e da Bolívia (1825); 2) Simón Rodríguez, professor de Bolívar, que na década de 1820 defendia uma educação de caráter igualitária, incluindo aí os filhos de negros e índios, num momento no qual se mantinha a escravidão. Defendia também que a América deveria desenhar sua própria identidade e não simplesmente imitar as grandes potências; 3) Ezequiel Zamorra, líder popular do século XIX, tinha um verdadeiro horror à oligarquia e defendia que os movimentos de camponeses e militares deveriam lutar pela reforma agrária e pela democracia direta.<sup>20</sup>

Segundo Michael A. Lebowitz, o “Socialismo do Século XXI”, também chamado de “chavismo”, é pautado nos “conselhos comunais” de áreas urbanas e rurais, os quais identificariam de forma democrática quais são as

---

<sup>20</sup> ALMENDRA, Carlos Cesar. **Hugo Chávez e a revolução bolivariana na Venezuela**. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT4/gt4m3c4.PDF>>. Acesso em: 06 set. 2018.

carências e prioridades de determinada coletividade, conduzindo aos consequentes desenvolvimentos econômico e humano<sup>21</sup>.

Além disso, o processo de tomada de decisão seria realizado através de assembleia-geral organizada pelos “conselhos comunais”, ao identificarem tais carências e prioridades das comunidades, destituindo o modelo de democracia representativa ao retirar a necessidade de representantes eleitos<sup>22</sup>.

Apesar de encontrar opositores internos, dentro do próprio território venezuelano, e também externos, como os Estados Unidos da América (EUA, o chavismo obteve sucesso em suas propostas, até 05 de março de 2013 com a morte do então presidente Hugo Chávez.

No dia 14 de abril de 2013, Nicolás Maduro assumiu a presidência da Venezuela, após ser eleito democraticamente com 50,75% dos votos. Durante sua campanha, Maduro utilizou a imagem de Chávez a fim de que a população o enxergasse como o legítimo sucessor do ex-presidente, alguém que daria continuidade às propostas políticas, sociais e econômicas iniciadas por este último<sup>23</sup>.

Durante o decorrer de seu governo, as políticas propostas pelo “Socialismo do Século XXI” pareciam não ter os mesmos efeitos que possuíam à época de Chávez. Desde que a morte de Hugo Chávez em 2013, o rendimento da empresa PDVSA (Petróleos de Venezuela) caiu consideravelmente e houve também uma grande diminuição do preço do petróleo, que é a base da economia venezuelana<sup>24</sup> e que corresponde a 96% das exportações do país<sup>25</sup>.

Além disso, o governo de Maduro estatizou os setores primordiais da economia, como alimentação, turismo e energia, o que somado à queda do petróleo gerou uma diminuição da produtividade do país<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> LEBOWITZ, Michael A. **As lutas na Venezuela pelo socialismo bolivariano**. 04 mar. 2008. Disponível em: <<https://www.alainet.org/pt/active/22554>>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>22</sup> LEBOWITZ, Michael A. **As lutas na Venezuela pelo socialismo bolivariano**. 04 mar. 2008. Disponível em: <<https://www.alainet.org/pt/active/22554>>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Aline de.; BARCELLOS, Bruna Leal. **A democracia no governo de Nicolás Maduro**. Revista Vernáculo. 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/vernaculo/article/download/37177/23162>>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>24</sup> MAGALHÃES, Beatriz. Como começou a crise na Venezuela? **Revista Veja**. 18 jul. 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/como-comecou-a-crise-na-venezuela/>>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>25</sup> SASAKI, Fabio. Entenda as razões econômicas da crise na Venezuela. **Guia do Estudante**, 04 mai. 2017. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-as-razoes-economicas-da-crise-na-venezuela/>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*.

Já no ano de 2014, Nicolás Maduro era alvo de muita crítica no país e a oposição o considerava como um ditador, motivo pelo qual se iniciaram as manifestações na Venezuela com o objetivo de destituí-lo do poder.

O primeiro protesto violento se deu em 12 de fevereiro daquele ano, onde tanto a apoiadores quanto opositores do governo foram às ruas. Os opositores criticavam o governo de Maduro e reivindicavam que universitários detidos durante protestos anteriores fossem libertos. Contudo, uma confusão se instaurou no local, deixando 03 (três) mortos e 23 (vinte e três) feridos<sup>27</sup>.

Posteriormente, no dia seguinte ao protesto, Amerigo Incalcaterra, representante regional para a América do Sul do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos (ACNUDH), lamentou o ocorrido e disse que “recorrer à violência não é um meio para reivindicar direitos”<sup>28</sup>.

Além disso, Incalcaterra também salientou que “o Estado deve garantir em todo momento o devido exercício do direito de reunião pacífica e do direito à liberdade de opinião e de expressão”<sup>29</sup>.

A partir de então, a Venezuela foi acometida por uma série de protestos violentos, que perduram até os dias de hoje e que, como já exposto, pretendem destituir o então presidente Nicolás Maduro do poder antes de 2019, ano em que seu mandato terminará e uma nova eleição deverá ser convocada.

Assim, observa-se no país um cenário de violência e perseguição contra os cidadãos em razão de opinião política, na medida em que o presidente Nicolás Maduro não admite manifestações contrárias ao seu governo pela oposição e responde a estas com hostilidade.

Outrossim, as situações de queda do preço do barril de petróleo e de instabilidade política na Venezuela desencadearam uma crise econômica na Venezuela com a desvalorização da moeda e, segundo o site G1.globo.com, a inflação no país chegou a 46.305% ao ano no mês de junho do corrente

---

<sup>27</sup> PROTESTO na Venezuela tem ao menos três mortos. **G1.globo.com**, São Paulo, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/02/manifestante-e-morto-em-protesto-na-venezuela-dizem-testemunhas.html>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

<sup>28</sup> ONU, Organização das Nações Unidas no Brasil. **Escritório de direitos humanos da ONU lamenta violência na Venezuela e pede diálogo**. 13 de fev. 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/escritorio-de-direitos-humanos-onu-lamenta-violencia-na-venezuela-e- pede-apoio-a-espacos-de-dialogo/>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

<sup>29</sup> ONU, Organização das Nações Unidas no Brasil. **Escritório de direitos humanos da ONU lamenta violência na Venezuela e pede diálogo**. 13 de fev. 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/escritorio-de-direitos-humanos-onu-lamenta-violencia-na-venezuela-e- pede-apoio-a-espacos-de-dialogo/>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

ano<sup>30</sup>, o que levou à conseqüente escassez de alimentos, remédios e produtos de higiene.

Neste sentido, faz-se categórico considerar os venezuelanos como refugiados considerando o conceito trazido pela Lei nº 9.474/97, tanto em decorrência das perseguições políticas, e desta forma protegidos pelo inciso I do artigo 1º, quanto em razão da evidente violação de direitos humanos que tem se instaurado no país, sendo abarcados pela proteção do inciso III do mesmo artigo.

Isto fica ainda mais evidente quando se analisa a reportagem publicada no site G1.globo.com no dia 23 de agosto de 2018 com imagens fornecidas pela Associated Press que mostram cidadãos em Malacaibo, segundo maior cidade da Venezuela, comprando carnes estragadas para saciarem a fome<sup>31</sup>.

Em decorrência do cenário de crise no país, os cidadãos venezuelanos passaram a fugir para os Estados vizinhos, dentre os quais está o Brasil, buscando alternativas para o problema e melhores condições de vida.

Ocorre que, nenhum dos países do MERCOSUL, nem mesmo o Brasil, estavam preparados para receber tantos refugiados quantos deixaram a Venezuela e o Haiti nos últimos anos.

Os estados brasileiros que fazem fronteira com a Venezuela, Roraima e Amazonas, são os principais pontos de chegada de refugiados, razão pela qual existe um grande risco de acumulação dessas pessoas nesses estados, elevando o número de habitantes a um grau que o estado não pode suportar, contexto no qual surge a crise dos refugiados.

Segundo a Casa Civil, através de reportagem divulgada pelo site G1.globo.com, o número de venezuelanos que solicitaram regularização junto à Polícia Federal no estado de Roraima entre 2015 e agosto de 2018 atingiu 75.500 (setenta e cinco mil e quinhentos). Os dados apontam também que de todas estas solicitações, 46.700 (quarenta e seis mil e setecentos) venezuelanos pediram por refúgio, sendo que 14.900 (quatorze mil e

---

<sup>30</sup> INFLAÇÃO da Venezuela chega a 46.305% ao ano em junho, diz Parlamento. **G1.globo.com**, 09 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/inflacao-da-venezuela-chega-a-46305-ao-ano-em-junho-diz-parlamento.ghtml>>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>31</sup> POPULAÇÃO na Venezuela come carne estragada por causa da crise. **G1.globo.com**, 23 ago. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/globo-news-em-pauta/videos/v/populacao-na-venezuela-come-carne-estragada-por-cao-da-cao-6968355/>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

novecentos) pediram por residência temporária e 13.800 (treze mil e oitocentos) são agendamentos para atendimentos futuros<sup>32</sup>.

A reportagem aponta também que entre 2017 e agosto de 2018, 154.000 (cento e cinquenta e quatro mil) venezuelanos cruzaram a fronteira e entraram em território brasileiro pela cidade de Pacaraima, Roraima. Deste número, 27.000 (vinte e sete mil) foi só nos últimos 02 (dois) meses do ano. A cidade de Pacaraima, fronteira com a Venezuela, representa 65% daquele número<sup>33</sup>.

### **3. As condições do Brasil como país de destino dos venezuelanos e haitianos**

#### **3.1. As consequências da crise dos refugiados no Brasil**

Conforme já exposto nos subitens 1.2 e 2.1, o Brasil se tornou um dos principais destinos dos cidadãos venezuelanos e haitianos que buscam por uma alternativa frente aos problemas enfrentados por seus países de origem.

Os haitianos fogem das catástrofes naturais que assolaram e destruíram o Haiti nos últimos anos, enquanto que os venezuelanos buscam escapar da crise econômica na Venezuela, motivo pelo qual uma grave situação de violação dos direitos humanos se formou e perdura no país.

Assim, a entrada de muitos estrangeiros nas cidades brasileiras que fazem fronteira com a Venezuela acarreta um aumento inesperado e exacerbado da população local, gerando o que hoje é chamado de “crise dos refugiados”, em razão da falta de infraestrutura dos municípios para comportar tantas pessoas.

Desde o ano de 2014, o Brasil já enfrenta uma crise econômica e, segundo o IBGE, através de reportagem do site G1.globo.com, no primeiro trimestre do ano de 2018 13,7 milhões de pessoas estavam desempregadas no país<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> COSTA, Emily. Mais de 75 mil venezuelanos pediram para a regularizar em Roraima entre 2015 e agosto de 2018, diz Casa Civil. **G1.globo.com**, Boa Vista, 06 set. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/09/06/mais-de-75-mil-venezuelanos-pediram-para-se-regularizar-em-rr-entre-2015-e-agosto-de-2018-diz-casa-civil.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

<sup>33</sup> COSTA, Emily. Mais de 75 mil venezuelanos pediram para a regularizar em Roraima entre 2015 e agosto de 2018, diz Casa Civil. **G1.globo.com**, Boa Vista, 06 set. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/09/06/mais-de-75-mil-venezuelanos-pediram-para-se-regularizar-em-rr-entre-2015-e-agosto-de-2018-diz-casa-civil.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

<sup>34</sup> SILVEIRA, Daniel; ALVARENGA, Darlan. Desemprego sobe a 13,1% em março e atinge 13,7 milhões de pessoas. **G1.globo.com**, Rio de Janeiro e São Paulo, 24 abr. 2018. Disponível em:

Uma das consequências mais evidentes da crise dos refugiados no país é a falta de emprego no Brasil para todas essas pessoas, principalmente nas pequenas cidades brasileiras que fazem fronteira com os outros países, sobretudo com a Venezuela.

Isto ocorre não só pela crise na economia brasileira, mas também pela falta de documentação dos refugiados, em razão da burocracia e do alto número de solicitações simultâneas, e também pela própria barreira da língua, uma vez que, diferentemente dos países vizinhos que falam espanhol, a língua oficial do Brasil é a portuguesa.

A pobreza que persegue os venezuelanos e os haitianos desde os seus países de origem, agravada pelo desemprego no Brasil, impede que eles tenham condições de comprar itens básicos como alimentos, remédios e produtos de higiene.

Além disso, o desemprego os obriga a permanecerem em abrigos improvisados nas ruas das fronteiras brasileiras e até mesmo em cidades maiores e mais desenvolvidas depois de se deslocarem dentro do território do país, não permitindo que eles tenham acesso a uma moradia digna.

De acordo com notícia divulgada pelo site G1.globo.com em 12 de janeiro de 2011, um ano após a tragédia, o então Primeiro-Ministro haitiano, Jean-Max Bellerive, informou que o terremoto matou ao todo 316.000 (trezentas e dezesseis mil) pessoas, deixou 350.000 (trezentos e cinquenta mil) feridos e 1.500.000 (um milhão e meio) de pessoas desamparadas .

De acordo com o site G1.globo.com, atualmente os venezuelanos vivem nas ruas de 10 das 15 cidades do estado de Roraima, sendo que a maior parte está localizada na capital Boa Vista, seguida pela cidade de Pacaraima<sup>35</sup>.

Por este motivo, as pessoas que deixaram o Haiti e a Venezuela em busca de condições melhores de vida têm passado pelos mesmos problemas que enfrentavam em seus países de origem, como fome e doenças, advindas das condições precárias de seus abrigos.

Não obstante, os hospitais das cidades onde se acumulam os refugiados têm ficado lotados, de modo que brasileiros e venezuelanos disputam por um lugar nos leitos, não havendo garantia de saúde aos nacionais e nem mesmo aos estrangeiros.

---

<<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/desemprego-fica-em-131-em-marco-e-atinge-137-milhoes-de-pessoas.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

<sup>35</sup> COSTA, Emily. Levantamento aponta que 10 das 15 cidades de Roraima têm venezuelanos em situação de rua. **G1.globo.com**, Boa Vista, 27 jun. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/levantamento-aponta-que-10-das-15-cidades-de-roraima-tem-venezuelanos-em-situacao-de-rua.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.



Ademais, uma reportagem do Fantástico relata que, no dia 17 de agosto de 2018, após um comerciante brasileiro quase ser morto a pancadas na cidade de Pacaraima/RR, a população do município se insurgiu contra os venezuelanos, colocando fogo no acampamento dos refugiados e expulsando-os do país<sup>36</sup>.

Após o ataque realizado como uma resposta aos venezuelanos que, supostamente, agrediram o comerciante brasileiro, os refugiados retornaram à Venezuela, buscando abrigo em um estacionamento de ônibus localizado na cidade de Santa Elena Uairen<sup>37</sup>.

Neste sentido, esse ataque aos venezuelanos pode ser entendido também como um efeito indireto da crise dos venezuelanos, na medida em que os brasileiros acabam desenvolvendo um preconceito contra os venezuelanos, em razão de acreditarem que estes podem tomar os seus lugares nas cidades, ou seja, que podem ficar sem empregos e sem assistência médica nos hospitais por causa dos refugiados.

Em razão do ataque aos venezuelanos, o governo brasileiro aumentou o número de militares no município e repassou aproximadamente R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) ao estado de Roraima na tentativa de tentar apaziguar a situação que ainda é de tensão<sup>38</sup>.

### 3.2. As propostas de solução para a crise dos refugiados no Brasil

Primeiramente, cabe esclarecer que o fechamento das fronteiras não é uma opção ao Brasil. Como exposto no primeiro capítulo, o país é signatário da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e do Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, além de possuir norma interna tratando sobre o assunto, a já mencionada Lei nº 9.474/97.

Assim, fechar as fronteiras brasileiras significaria uma evidente violação das normas jurídicas que protegem as pessoas que fogem de seus países de origem em razão de perseguição de raça, religião, grupo social,

---

<sup>36</sup> PACARAIMA (RR) vira barril de pólvora por causa de refugiados da Venezuela. **G1.globo.com**, 26 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/08/26/pacaraima-rr-vira-barril-de-polvora-por-cao-de-refugiados-da-venezuela.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

<sup>37</sup> Idem, ibidem.

<sup>38</sup> PACARAIMA (RR) vira barril de pólvora por causa de refugiados da Venezuela. **G1.globo.com**, 26 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/08/26/pacaraima-rr-vira-barril-de-polvora-por-cao-de-refugiados-da-venezuela.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

nacionalidade ou opiniões políticas e também por grave e generalizada violação de direitos humanos.

Deste modo, a primeira medida a ser tomada pelo governo brasileiro, visando a melhoria da situação atual enfrentada pelo Brasil, é promover a distribuição dessas pessoas aos demais estados do país, retirando da cidade de Pacaraima e do estado de Roraima o número exorbitante de refugiados.

Isto inclui a atuação do governo também nas próprias fronteiras, a fim de não permitir que ocorra o acúmulo de refugiados nessas cidades, mas que essas pessoas já sejam encaminhadas a outros locais desde a sua chegada no país.

Além disso, é necessário que o governo implemente medidas visando garantir que a burocracia inerente ao processo de solicitação da condição de refugiado não seja um obstáculo à proteção dos direitos humanos dos venezuelanos.

Assim, a falta de documentação comprovando a situação de refugiado, ou mesmo a de solicitação de tal condição, não seria empecilho para que os venezuelanos possam começar a laborar em território brasileiro, permitindo que tal documentação seja apresentada posteriormente.

Do mesmo modo, essa política deve ser estendida aos haitianos, os quais, apesar de não serem reconhecidos como refugiados, se encontram em território brasileiro em razão da violação de direitos humanos em seu país de origem, sendo que muitos deles não tiveram sequer a oportunidade de adquirirem os chamados “vistos humanitários”.

Não obstante, faz-se necessário a inaugurar por meio de projetos sociais aulas de língua portuguesa a essas pessoas, sobretudo aos adultos, para que elas possam ter maior possibilidade de acesso a empregos no território brasileiro, facilitando a comunicação entre elas e os empregadores.

Neste mesmo sentido, o governo brasileiro precisa também de investimento em infraestrutura, como a construção de hospitais, escolas e moradias populares, além de melhorias dos já existentes, com a finalidade de abarcar também os refugiados e migrante, bem como a construção de alojamentos onde essas pessoas se acomodar temporariamente até de fato conseguirem um local definitivo.

Além do mais, os governos federal, estaduais e municipais devem instituir políticas públicas nos mais diversos âmbitos da sociedade brasileira, a fim de erradicar o imaginário de que os haitianos e venezuelanos, que buscam abrigo no Brasil, trazem prejuízos à população nacional, e fortalecer a fraternidade ao evidenciar os problemas que essas pessoas enfrentaram antes de se instalarem no país.

Por fim, mostra-se imprescindível a ajuda da população da forma como puderem, principalmente com doações de alimentos, remédios, produtos de higiene, etc., garantindo aos refugiados e migrantes no Brasil a efetivação dos direitos humanos, como saúde, educação e moradia, e os apoiando para que consigam viver com dignidade.

Algumas dessas medidas já se iniciaram, como a distribuição dos venezuelanos que estavam acumulados no estado de Roraima aos demais estados brasileiros e o ensinamento da língua portuguesa a essas pessoas no Rio Grande do Sul.

### **Considerações finais**

O Brasil é signatário da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e do Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, além de possuir uma norma interna sobre o assunto, a Lei nº 9.474/97, e, atualmente, a Lei nº 13.455/2017 que trata sobre a migração.

Segundo o artigo 1º da Lei nº 9.474/97, a condição de refugiado é aplicável não só às pessoas abrangidas pelo Protocolo de 1967, os indivíduos perseguidos dentro do território de um determinado país em razão de raça, religião, grupo social, nacionalidade ou opiniões políticas, mas também às pessoas que deixaram seus países de origem em razão da ampla violação dos direitos humanos.

Neste sentido, surge o problema dos “refugiados ambientais”, expressão utilizada para se referir às pessoas que buscaram abrigo em outros países devido à violação de direitos humanos que assola seus países de nacionalidade, como os haitianos.

No ano de 2010 o Haiti foi atingido por um terremoto de 7,0 na Escala Richster que deixou diversas vítimas. Posteriormente, uma série de catástrofes assolaram o país. Até hoje, mesmo com a ajuda de outros países e da ONU, o Haiti não conseguiu se recuperar das consequências trazidas pelos desastres naturais.

Ainda assim, os haitianos que vieram para o Brasil fugidos dessas catástrofes não foram reconhecidos como refugiados. Na verdade, eles receberam o chamado “visto humanitário”, criado pela Resolução Normativa nº 97 de 2012, para permanecerem em território brasileiro.

Segundo tal Resolução, os haitianos ingressaram no território brasileiro como migrantes e não como refugiados. Neste sentido, é a Lei nº 13.445/2017 ao dispor que é considerada como imigrante “[...] pessoa

nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”<sup>39</sup>.

A vigência da Resolução foi prorrogada por diversas vezes, sendo a última até o dia 30 de outubro de 2017, sendo este o último dia em que os haitianos puderam adquirir estes vistos de permanência, tendo eles validade de 05 (cinco) anos.

Além dos haitianos, venezuelanos também começaram a adentrar no território brasileiro fugindo de uma crise política, econômica e social que se instalou na Venezuela durante o governo do atual presidente Nicolás Maduro.

A situação do país se agravou de tal forma que a população venezuelana começou a ingerir carnes estragadas para saciar a fome, ficando evidente a violação de direitos humanos dessas pessoas.

Ademais, diversas manifestações políticas têm ocorrido na Venezuela, sendo estas respondidas pelo presidente Nicolás Maduro com violência, deixando mortes e diversos feridos e evidenciando a perseguição em razão de opinião política.

Ocorre que, esses estrangeiros, ao adentrarem nem território brasileiro, estão se acumulando nas cidades fronteiriças, sobretudo nos municípios de Pacaraima e Boa Vista, ambos em Roraima.

Não obstante, os venezuelanos que fugiram de seus países em situação de pobreza não possuem dinheiro para alimentos, produtos de higiene, remédios e moradia, sendo obrigados a permanecerem em acampamentos improvisados nas ruas dos municípios e, com isso, ficando sujeitos às mais diversas doenças.

Além do mais, a superlotação das cidades fronteiriças têm sido um grande problema na medida em que estas não possuem infraestrutura para abrigar tantas pessoas e isto acaba gerando um efeito indireto da crise, que é o preconceito e a violência dos brasileiros contra os venezuelanos.

Por estes motivos, providências por parte do Poder Público se fazem necessárias, como a distribuição dos venezuelanos aos demais estados do Brasil, além de implantar medidas que busquem garantir os empregos aos estrangeiros venezuelanos e haitianos mesmo que estes não possuem a documentação reconhecendo as suas condições de refugiados ou os “vistos humanitários”.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

Acresce que, o governo brasileiro deve também ser implementar aulas de português a esses estrangeiros, que possuem muito dificuldade de socialização em razão da língua, bem como investir em infraestrutura construindo novos hospitais, escolas, moradias populares e abrigos e também ampliando os já existentes.

Por fim, é imprescindível que o Poder Público adote medidas no seio da sociedade com a finalidade de erradicar qualquer preconceito existente em relação a essas pessoas, demonstrando aos cidadãos brasileiros a importância de ajudarem como puderem, sobretudo com doações de alimentos, remédios e produtos de higiene.

## Referências

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).**

Disponível em:

<[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados.**

Disponível em:

<[http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

ALMENDRA, Carlos Cesar. **Hugo Chávez e a revolução bolivariana na Venezuela.** Disponível em:

<<http://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT4/gt4m3c4.PDF>>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Resolução Normativa nº 97, 2012. **Ministério do Trabalho.** Disponível em:

<<http://trabalho.gov.br/mais-informacoes/cni/2016-02-16-20-30-45/item/2719-resolucao-normativa-n-97-de-12-de-janeiro-de-2011>>. Acesso em 02 set. 2018.

CONHEÇA melhor o Haiti, país mais pobre das Américas. **Revista Exame**; 23 out. 2015. Disponível em:

<<https://exame.abril.com.br/mundo/conheca-melhor-o-haiti-pais-mais-pobre-das-americas/>>. Acesso em: 02 set. 2018.

COSTA, Emily. Mais de 75 mil venezuelanos pediram para a regularizar em Roraima entre 2015 e agosto de 2018, diz Casa Civil.

**G1.globo.com**, Boa Vista, 06 set. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/09/06/mais-de-75-mil-venezuelanos-pediram-para-se-regularizar-em-rr-entre-2015-e-agosto-de-2018-diz-casa-civil.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

COSTA, Emily. Levantamento aponta que 10 das 15 cidades de Roraima têm venezuelanos em situação de rua. **G1.globo.com**, Boa Vista, 27 jun. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/levantamento-aponta-que-10-das-15-cidades-de-roraima-tem-venezuelanos-em-situacao-de-rua.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

FRANCO, Marina. Por que centenas morreram no Haiti com passagem do furacão Matthew? **G1.globo.com**, São Paulo, 07 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/10/por-que-centenas-morreram-no-haiti-com-passagem-do-furacao-matthew.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

FURACÃO Sandy mata nove no Haiti. **G1.globo.com**. 25 out. 2012.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/10/furacao-sandy-mata-nove-no-haiti.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

MILESI, Irmã Rosita. Haitianos no Brasil: Dados estatísticos, informações e uma Recomendação. **Instituto de Migrações e Direitos Humanos**, 30 dez. 2016. Disponível em:

<<http://www.migrante.org.br/index.php/migracao-haitiana2/373-haitianos-no-brasil-dados-estatisticos-informacoes-e-uma-recomendacao>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

INFLAÇÃO da Venezuela chega a 46.305% ao ano em junho, diz

Parlamento. **G1.globo.com**, 09 jul. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/inflacao-da-venezuela-chega-a-46305-ao-ano-em-junho-diz-parlamento.ghtml>>. Acesso em: 07 set. 2018.

LEBOWITZ, Michael A. **As lutas na Venezuela pelo socialismo bolivariano**. 04 mar. 2008. Disponível em:

<<https://www.alainet.org/pt/active/22554>>. Acesso em: 07 set. 2018.

MAGALHÃES, Beatriz. Como começou a crise na Venezuela? **Revista Veja**. 18 jul. 2017. Disponível em:

<<https://veja.abril.com.br/mundo/como-comecou-a-crise-na-venezuela/>>. Acesso em: 07 set. 2018.

OLIVEIRA, Aline de. BARCELLOS, Bruna Leal. **A democracia no governo de Nicolás Maduro**. Revista Vernáculo. 2014. Disponível em:

<<https://revistas.ufpr.br/vernaculo/article/download/37177/23162>>. Acesso em: 07 set. 2018.

ONU, Organização das Nações Unidas no Brasil. **Escritório de direitos humanos da ONU lamenta violência na Venezuela e pede diálogo**. 13 de fev. 2014. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/escritorio-de-direitos-humanos-onu-lamenta-violencia-na-venezuela-e-pede-apoio-a-espacos-de-dialogo/>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

PACARAIMA (RR) vira barril de pólvora por causa de refugiados da Venezuela. **G1.globo.com**, 26 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/08/26/pacaraima-rr-vira-barril-de-polvora-por-causa-de-refugiados-da-venezuela.ghtml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

PADILHA, Norma Sueli; SILVA, João Lucas Zanoni da. Os migrantes haitianos como refugiados ambientais e as diretrizes do instituto de políticas públicas em direitos humanos do MERCOSUL. In: \_\_\_\_\_ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; OLIVEIRA, Micheline Ramos de. [Coords.]. **Migrações e Refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017. p. 127/166.

POPULAÇÃO na Venezuela come carne estragada por causa da crise. **G1.globo.com**, 23 ago. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/globo-news-em-pauta/videos/v/populacao-na-venezuela-come-carne-estragada-por-causa-da-crise/6968355/>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

PROTESTO na Venezuela tem ao menos três mortos. **G1.globo.com**, São Paulo, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/02/manifestante-e-morto-em-protesto-na-venezuela-dizem-testemunhas.html>>. Acesso em: 07 de set. 2018.

RODRIGUES, Dulcilene Aparecida Mapelli. **Refugiados ambientais: necessária a tutela do direito internacional?** RIDB, 2013. Disponível em:

<[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/13/2013\\_13\\_15651\\_15679.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/13/2013_13_15651_15679.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

SASAKI, Fabio. Entenda as razões econômicas da crise na Venezuela.

**Guia do Estudante**, 04 mai. 2017. Disponível em:

<<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-as-razoes-economicas-da-crise-na-venezuela/>>.

Acesso em: 07 de set. 2018.

SILVEIRA, Daniel; ALVARENGA, Darlan. Desemprego sobe a 13,1% em março e atinge 13,7 milhões de pessoas. **G1.globo.com**, Rio de Janeiro e São Paulo, 24 abr. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/desemprego-fica-em-131-em-marco-e-atinge-137-milhoes-de-pessoas.ghml>>. Acesso em: 08 set. 2018.

TERREMOTO no Haiti (2010). **Memória Globo**. 12 jan. 2010. Disponível em:

<<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/terremoto-no-haiti/videos.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

TERREMOTO no Haiti matou 316 mil, afirma premier. **G1.globo.com**. 12 jan. 2011. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/01/terremoto-no-haiti-matou-316-mil-afirma-premier.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.



## **DERECHO AMBIENTAL**

## **O direito ao meio ambiente artificial sustentável e ecologicamente equilibrado: entre disrupturas, hiatos e responsabilização pela degradação ambiental <sup>(\*)</sup>**

**The right to a sustainable and ecologically balanced artificial environment: between disruptions, gaps and accountability for environmental degradation**

**El derecho a un medio ambiente artificial sostenible y ecológicamente equilibrado: entre las perturbaciones, las lagunas y la responsabilidad por la degradación del medio ambiente**

**Anysia Carla Lamão Pessanha<sup>1</sup>**

**Lígia de Paula Louvem<sup>2</sup>**

**Tauã Lima Verdan Rangel<sup>3</sup>**

---

(\*) Recibido: 15 setiembre 2019 | Aceptado: 10 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

- <sup>1</sup> Universidade Cândido Mendes; Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos campus Bom Jesus do Itabapoana-RJ, Brasil.  
[pessanha.lamao@gmail.com](mailto:pessanha.lamao@gmail.com)
- <sup>2</sup> Faculdade Metropolitana São Carlos, unidade de Bom Jesus do Itabapoana – RJ; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI), Brasil.  
[lipalo1@hotmail.com](mailto:lipalo1@hotmail.com)
- <sup>3</sup> Pós-Doutorando (Bolsa FAPERJ) vinculado ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professor da Faculdade Metropolitana São Carlos.  
[taua\\_verdan2@hotmail.com](mailto:taua_verdan2@hotmail.com)

**Sumário:** Introdução. **1.** As multifacetadas do meio ambiente. **2.** Direito ao meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado e cidades sustentáveis. **3.** A responsabilidade ambiental no meio ambiente artificial no âmbito administrativo, civil e criminal. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** O conceito de meio ambiente é costumeiramente ligado aos recursos naturais, todavia existem demais faces do meio ambiente. Além do meio ambiente natural, que está intimamente ligado aos recursos naturais, tem-se o meio ambiente artificial, quer será definido adiante, meio ambiente cultural, que é composto por bens materiais e imateriais que definem a cultura de um povo, com relevante valor histórico, paisagístico, etc., e, por fim, o meio ambiente laboral, que se compreende pelo espaço em que as pessoas desenvolvem suas atividades laborais, ou seja, local em que as pessoas trabalham. Como cediço, dentre essas faces encontra-se o meio ambiente artificial que é o ambiente urbano construído ou modificado pelo homem, podendo ser classificado entre espaços abertos, a exemplo os lagos artificiais, e espaços fechados como shopping. Nessa perspectiva, o objetivo dessa pesquisa é analisar a responsabilidade ambiental, sucintamente, na esfera administrativa, civil e criminal, com foco no meio ambiente artificial. Sob a justificativa de que o meio ambiente artificial é tão importante quanto o meio ambiente natural, não possuindo importância inferior, tendo em vista que é a faceta do meio ambiente que mais se relaciona diretamente com o ser humano. A problemática gira em torno da grande expansão urbana e, conseqüentemente, do meio ambiente artificial, o que acarretou o aumento da degradação ambiental. Ocorre que a qualidade do aludido meio reflete diretamente na qualidade de vida do ser humano. Portanto, a responsabilização quanto ao ilícito cometido nessa esfera busca restabelecer o equilíbrio do meio ambiente artificial, ora tirado pela degradação ambiental. Como base teórica empregada na construção do presente, optou, dentre outros autores, por Paulo de Bessa Antunes (2014), Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005; 2011), Édis Milaré (2005; 2011); José Afonso da Silva (1998) e Luís Paulo Sirvinskis (2015).

**Palavras-chave:** meio ambiente artificial, responsabilidade ambiental, degradação ambiental.

**Abstract:** The concept of the environment is usually linked to natural resources, but there are other faces of the environment. In addition to the natural environment, which is closely linked to natural resources, we have the artificial environment, whether defined as a cultural environment, which is composed of material

and immaterial goods that define the culture of a people, with relevant value historical, landscape, etc., and finally, the working environment, which is understood by the space in which people develop their work activities, that is, where people work. As a beggar, among these faces is the artificial environment that is the urban environment built or modified by man, and can be classified among open spaces, for example artificial lakes, and enclosed spaces as mall. In this perspective, the objective of this research is to analyze the environmental responsibility, succinctly, in the administrative, civil and criminal sphere, focusing on the artificial environment. Under the justification that the artificial environment is as important as the natural environment, not having less importance, given that it is the facet of the environment that most directly relates to the human being. The problem revolves around the great urban expansion and, consequently, of the artificial environment, which has brought about the increase of the environmental degradation. It happens that the quality of the mentioned medium reflects directly on the quality of life of the human being. Therefore, responsibility for the illicit committed in this sphere seeks to restore the balance of the artificial environment, now taken away by environmental degradation. As the theoretical basis used in the construction of the present, he chose, among other authors, Paulo de Bessa Antunes (2014), Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005; 2011), Édís Milaré (2005; 2011); José Afonso da Silva (1998) and Luis Paulo Sirvinskas (2015).

**Keywords:** artificial environment, environmental responsibility, environmental degradation.

**Resumen:** El concepto de medio ambiente suele estar vinculado a los recursos naturales, pero hay otras caras del medio ambiente. Además del entorno natural, estrechamente vinculado a los recursos naturales, está el entorno artificial, que se definirá a continuación, el entorno cultural, compuesto por bienes materiales e inmateriales que definen la cultura de un pueblo, con un valor histórico relevante, el paisaje, etc., y, por último, el entorno de trabajo, que se entiende por el espacio en el que las personas desarrollan sus actividades laborales, es decir, el lugar donde trabajan. El entorno artificial, que es el entorno urbano construido o modificado por el hombre, es una de estas caras que puede clasificarse como espacios abiertos, como los lagos artificiales, y espacios cerrados, como los centros comerciales. En esta perspectiva, el objetivo de esta investigación es analizar brevemente la responsabilidad ambiental en el ámbito administrativo, civil y penal, centrándose en el medio ambiente artificial. Bajo la justificación de que el ambiente artificial es tan

importante como el ambiente natural, no teniendo una importancia inferior, considerando que es la faceta del ambiente que más se relaciona directamente con el ser humano. El problema gira en torno a la gran expansión urbana y, en consecuencia, al entorno artificial, que ha conducido a una mayor degradación del medio ambiente. Sucede que la calidad de dicho medio ambiente se refleja directamente en la calidad de vida del ser humano. Por lo tanto, la rendición de cuentas por los ilícitos cometidos en esta esfera busca restaurar el equilibrio del medio ambiente artificial, que ahora está siendo eliminado por la degradación del medio ambiente. Como base teórica utilizada en la construcción del presente artículo, se optó, entre otros autores, por Paulo de Bessa Antunes (2014), Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005; 2011), Édis Milaré (2005; 2011); José Afonso da Silva (1998) y Luís Paulo Sirvinskas (2015).

**Palabras clave:** ambiente artificial, responsabilidad ambiental, degradación ambiental.

---

## Introdução

Inicialmente, ao se analisar a atual concepção assumida pela locução “meio ambiente”, faz-se necessário reconhecer sua polissemia. Ora, o meio ambiente, por si só, não apresenta uma concepção delimitada ou hermética; ao reverso, desdobra-se em um conjunto intrincado de conceitos interdependentes. Tal fato decorre da proeminência assumida pela temática, sobremaneira a partir dos debates iniciados na segunda metade do século XX.

Assim, o meio ambiente passa a figurar como direito fundamental e, por via de consequência, como elemento constituinte do denominado mínimo existencial socioambiental. Desta maneira, o aludido paradigma jusfilosófico contemporâneo que estabelece premissas e direitos indissociáveis da própria dignidade da pessoa humana para que o indivíduo possa alcançar suas potencialidades.

A partir de tal perspectiva, o reconhecimento de uma dimensão artificial, urbana ou antrópica, do meio ambiente é impositivo e encontra relação direta e indissociável das habitações humanas contemporâneas, as cidades. Em tal contexto, os ambientes urbanos constituem elementos propulsores do desenvolvimento humano e inauguram, a partir de tal ótica, uma novel

realidade de direitos, em especial o primado do direito-meio à cidade sustentável e seus influxos na concreção de outros direitos que derivam daquele.

Reconhecido, portanto, que o acesso ao meio ambiente artificial configura, na contemporaneidade, direito igualmente indissociável do desenvolvimento humano, há que se estabelecer a denominada “responsabilidade”, nos âmbitos administrativo, civil e penal, sobretudo no que concerne à sua efetivação. Para tanto, a perspectiva estabelecida impende reconhecer que inexistem graduações entre as diversas manifestações do meio ambiente, mas sim todas são dotadas de relevo e importância no que concerne à promoção do indivíduo.

A partir de tal recorte, o escopo do presente é analisar a responsabilidade ambiental, sucintamente, na esfera administrativa, civil e criminal, com foco no meio ambiente artificial. Para tanto, como metodologia estabelecida, opta-se pelo método dedutivo. Como técnicas de pesquisa, estabeleceu-se a revisão de literatura, sob o formato sistemático, bem como a pesquisa bibliográfica e legislativa.

## **1 As multifacetadas do meio ambiente**

Preliminarmente, o meio ambiente é considerado o local em que os seres vivos habitam e interagem. Com isso, estabelece-se que é um aglomerado de circunstâncias necessárias para existência e desenvolvimento da vida em todas as suas formas (SIRVINSKAS, 2015). Doutrinariamente, a expressão é alvo de críticas quanto a existência de pleonasma, todavia essa discussão é superada dada a propagação e enraização do termo. É importante salientar que o termo “meio ambiente” é utilizado em legislações, doutrinas e, também, pela sociedade, pois está arraigada na consciência humana. Nesse sentido, Édis Milaré sustenta que

A expressão “Meio ambiente” foi utilizada originariamente, pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire, em seu livro *Études progressives d’un naturaliste*, de 1835, perfilhada, após, por Comte em seu livro “Curso de Filosofia Positiva” (MILARÉ, 2011, p. 62). (grifo do autor)

Verifica-se que a definição de meio ambiente se encontra comumente ligado aos recursos naturais, o que ocorre devido a conceituação que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. No artigo art. 3º, inciso I, dessa mencionada lei, tem-se que o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Dessa forma, verifica-se que a legislação se refere apenas ao meio ambiente natural.

Posteriormente à instituição da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981 adveio a Constituição Federal em 1988. Esse último diploma ampliou a perspectiva do meio ambiente, abrangendo-o em sua totalidade assim como arrazoa o art. 225. A Carta Magna é considerada a mais completa em assuntos ambientais, tendo em visto sua abrangência e a forma como foi exposta em diretrizes, mediante a utilização de leis infraconstitucionais para sua efetivação. A partir desse raciocínio, o meio ambiente passou a ser compreendido sob diversas perspectivas, quais sejam o meio ambiente natural, artificial, objeto da presente pesquisa, cultural e do trabalho (SIVINSKAS, 2015). No indigitado diploma possui, ainda, a definição do meio ambiente, o qual atribui-lhe o sentido de “bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988).

Sirvinskas (2015) continua a linha de raciocínio afirmando que o meio ambiente é um bem de uso comum dotado de titularidade difusa. Sendo assim, não é possível definir ou quantificar os titulares desse direito, vez que inexistem condicionantes para obter esse direito. Nessa perspectiva, José Afonso da Silva (1998, p. 02) traz a conceituação de meio ambiente sendo “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida e em todas as suas formas”. Esse conceito é o que mais se aproxima do que arrazoa a Constituição Federal, abrangendo o aspecto natural, artificial e cultural, só não abordou sobre o meio ambiente do trabalho.

Diante disso, verifica-se que o meio ambiente se subdivide em quatro aspectos, sendo eles: a) meio ambiente natural, composto pela atmosfera, água, mar territorial, solo, subsolo, entre outros elementos, que compõem a biosfera, fauna, flora, a biodiversidade, o patrimônio genético, a zona costeira e os estuários, assim como arrazoa o art. 225 da Constituição Federal; b) meio ambiente cultural, que é o conjunto de bens materiais e imateriais, os conjuntos urbanos e zonas rurais com relevante valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, o que encontra-se nos arts. 215 e 216 da Constituição Federal; c) meio ambiente artificial que são os espaços construídos, edificações comunitárias nos espaços urbanos, assim como bibliotecas, museus, instalação científica, de acordo com os arts. 21, XX, 182 e seguintes, como também o art. 225, todos da Constituição Federal; d) meio ambiente do trabalho, que é o local de desenvolvimento do trabalho e que visa a proteção do trabalhador nesse

meio, assim como prevê os arts. 7º, XXII e 200, VII e VIII, ambos da Constituição Federal (SIRVINSKAS, 2015).

Insta salientar que a classificação do meio ambiente é um fator que viabiliza a identificação do bem degradado, bem como da atividade degradante, assim defende Fiorillo (2011). Sendo assim, a degradação por sua vez é a alteração na característica do meio ambiente, assim como dispõe o art. 3º, inciso II da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981). O que abrange todas as facetas do meio ambiente, como serão explicados individualmente abaixo.

Como cedição, a primeira concepção de meio ambiente, bem como a forma exposta pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, está intimamente ligada a ideia de recursos naturais. É nesse contexto que se abriga o meio ambiente natural, tendo em vista que, segundo Rodolfo de Medeiros Araújo (2012), essa face do meio ambiente é a que precede todas as outras, pois é anterior à existência da humanidade. Assim como os seres bióticos e abióticos, os recursos naturais em geral, os quais são elementos que compõem o meio ambiente natural. Nesse sentido, pode-se afirmar que essa é a maneira primária de manifestação ambiental onde há o desenvolvimento das espécies vegetais e animais que estão em constante interação, não está ligado somente a evolução humana (FIORILLO, 2011).

Segundo aduz Araujo (2012), o meio ambiente natural está representado pela criação natural, original pela natureza, sem alteração em sua essência pela ação humana. Por outro lado, Brito (2011) defende que a ação humana isolada não possui potencial para descaracterizar substancialmente o meio ambiente, uma vez que é imprescindível a alteração substancial do meio ambiente natural por conta da interferência humana, ou seja, sem a modificação na substancialidade, inexistente a descaracterização do meio ambiente natural.

Desta forma, quando o meio ambiente natural é descaracterizado substancialmente pela ação do homem, emerge a face do meio ambiente artificial. Nesse sentido, Milaré (2005) aduz que o meio ambiente artificial nada mais é do que a conversão do meio ambiente natural em artificial, através da ocupação gradativa deste primeiro meio. Essa segunda vertente do meio ambiente diz respeito às edificações construídas pelo ser humano, podendo ser classificadas em abertos ou fechados, realizadas tanto em zona urbana, quanto rural. Sirvinskias (2015) elenca exemplos dessa classificação, considerando casas, edifícios e clubes como espaços fechados, e como espaço urbano aberto, as avenidas, praças, ruas, entre outros.

Não obstante, o meio ambiente artificial não é o único espaço construído pelo homem, nessa perspectiva, existe o meio ambiente cultural, que implica



na forma do ser humano expressar-se socialmente. Vale ressaltar a importância da cultura no seio da sociedade, tendo em vista que abriga sua identidade, assim como a forma que se comunicam, seus costumes, a maneira de se vestir, hábitos alimentares e religião, são exemplos de traços determinantes de uma sociedade, que compõem a identidade social. (SOUZA FILHO, 2006). Seguindo esse raciocínio, Sirvinskas (2015) alude que a proteção atribuída a esses bens é oriunda do valor cultural que possuem, o que reflete na construção da memória de um país, sobrepondo, assim, o interesse público sobre o particular.

O meio ambiente cultural engloba todo o patrimônio cultural brasileiro e de certa forma são **bens produzidos pelo homem ao longo dos tempos**. [...] o meio ambiente cultural é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, **difere do artificial (que também é cultural) pelo sentido de valor especial**. [...] Pode-se dizer então que o patrimônio cultural revela a história de um povo, a sua formação, cultura, bem como os elementos da sua cidadania, constituindo assim o princípio fundamental que norteia a República Federativa do Brasil (grifamos) (SILVA, 2015, p. 17).

A face cultural do meio ambiente possui disposição normativa nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal. A ideia de patrimônio cultural mundial em monumentos, edificações, sítios dotados de valor histórico, arqueológico, científico, etnológico, antropológico e estético é fundada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, s.d.). Assim, fica a cargo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) promover e coordenar o processo de preservação e valorização dos patrimônios culturais nacionais (BRASIL, 2009).

Diante disso, há outra face do meio ambiente dotado de proteção constitucional que é o meio ambiente do trabalho ou meio ambiente laboral que prima pela segurança do empregado no local que exerce sua atividade laboral (SIRVINSKAS, 2015). Muitas atividades expõem o trabalhador ao risco, como atividades insalubres e o contato direto com produtos nocivos à saúde humana. Diante disso, constata-se que o ambiente de trabalho deve ser um local adequado para que o bom desempenho das funções, sem colocar em risco a incolumidade individual do empregado, independente se há remuneração (ARAÚJO, 2012).

O meio ambiente do trabalho, considerado também uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente de trabalho, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos, a relação entre trabalhador e meio físico. O cerne desse conceito está baseado na promoção da salubridade e da incolumidade física e

psicológica do trabalhador, independente de atividade, do lugar ou da pessoa que a exerça (FARIAS, 2006, online).

Sendo assim, verificou-se essa fragmentação como a forma mais viável de identificação da atividade degradante e do bem jurídico imediatamente agredido (FIORILLO, 2005). O presente estudo terá como foco o meio ambiente artificial, pois muito se discute sobre o meio ambiente natural, a preservação de recursos naturais, todavia a devida atenção deve ser dada ao meio ambiente artificial, haja vista que é a face do meio ambiente que guarda relação direta com o ser humano quando comparada as demais (SILVA, 2007). Assim, visa atribuir efetividade ao principal objetivo do direito ambiental que é a tutela da vida saudável para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

## **2 Direito ao meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado e cidades sustentáveis**

A Constituição Federal de 1988 é considerada a mais completa no que concerne aos assuntos de natureza ambiental como já mencionado, ocorre que o indigitado diploma é incisivo quanto ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois traz expressamente em seu art. 225, *caput* que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]” (BRASIL, 1988). Nesse mesmo artigo, é atribuído a todos o dever de primar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto o poder público, quanto a sociedade de modo geral, tendo em vista que esse é o meio de progressão social (JESUS, 2018).

Assim, o meio ambiente é subdividido em quatro facetas que foram pormenorizadas no tópico anterior, o que permite analisar o desenvolvimento socioeconômico e avaliar a qualidade de vida, haja vista que é algo imprescindível à continuidade da evolução de cada ambiente. Nesse sentido, em análise aos quatro aspectos do meio ambiente, Antunes destaca “relação de inter-relação e dependência entre si, mas todos dependem, para a existência de uma equilibrada que promova a qualidade de vida, que seus elementos estejam em conformidade tanto na relação interna quanto em relação aos demais” (ANTUNES, 2014, p. 165).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado depende do equilíbrio entre todas as facetas do meio ambiente. Com isso, a qualidade de vida, dignidade e bem-estar dependem diretamente de como a sociedade, no patamar de sua evolução, cuidará e conservará dos aspectos que envolvem o meio ambiente viabilizando a progressão de maneira sustentável e segura (JESUS, 2018).

Antes mesmo de adentrar ao cerne da questão, vale trazer ao lume que o processo de urbanização ocorrera de forma desenfreada, especialmente, com o advento da Revolução Industrial. “Esse foi o início do processo de intensificação da urbanização que, desde então, vem se acentuando cada vez mais no mundo e demanda um planejamento eficaz a fim de se evitar o caos urbano” (COELHO; REZENDE, 2015, p. 37). Esses mesmos autores fazem um comparativo ao longo dos anos em relação a quantidade de pessoas que viviam nas cidades, detectando 31,2% em 1940, porcentagem essa que salta para 81,2% no ano de 2000 e em 2015 são 85% da população que vive em áreas urbanas.

Nesse passo, vale dizer que a sadia qualidade de vida promovida pelo surgimento das cidades, inicialmente, expõe ao risco tal qualidade, haja vista a degradação ambiental do meio ambiente artificial que cresce proporcionalmente ao processo de urbanização (COELHO; REZENDE, 2015, p. 38). Assim, verifica-se que o equilíbrio do meio ambiente artificial fica comprometido.

Equilíbrio do meio ambiente artificial é cristalizado pela entrega do *piso vital mínimo* aos seus habitantes, bem como respeito as regras capitalistas (trabalho, *comercio* e etc), bem como aspectos intrínsecos (intimidade, religião, lazer e etc).

Neste sentido, as regras constitucionais delimitadas ao campo de incidência *espacial* das cidades prescreverão condutas positivas e negativas impostas aos entes federativos, com intuito de proteger o meio ambiente *artificial* para glorificação do princípio da dignidade da pessoa humana (*sic*) (grifo original) (MACEDO, 2014, online).

Dessa forma, nacionalmente, a tutela normativa do meio ambiente artificial encontra-se na Constituição Federal, mais especificamente nos artigos 182, 183 e 225 do mencionado diploma. Diante disso, o legislador constitucional permite a instituição de leis infraconstitucionais para veicular o denominado Estatuto das Cidades. Assim, foi instituído em 2001, arraigado de valor jurídico social, como instrumento para refrear a degradação do meio em comento e, assim, instituir normas para dispor de forma adequada sobre a propriedade urbana primando o equilíbrio do meio ambiente artificial (MACEDO, 2014). Nesse sentido, Coelho e Rezende (2015) alegam que o equilíbrio sustentado na Carta Magna deve abranger o meio ambiente em todos os seus aspectos, dentre esses aspectos encontra-se o meio ambiente artificial, ou seja, construído pelo ser humano.

Coelho e Rezende (2015) continuam a explicação no sentido de que a qualidade de vida está exposta ao risco, uma vez que é afetada diretamente através da má qualidade do ar que respiramos, congestionamentos, violência

urbana ou pela poluição visual. Todavia, com o advento do Estatuto das Cidades, o espaço urbano passou a compor o meio ambiente artificial, logo, é um elemento ambiental. Nesse contexto, qual seja a emersão do mencionado Estatuto foi estabelecida a ideia de Cidade sustentável (MACEDO, 2014).

Nessa vereda, a cidade sustentável é uma importantíssima diretriz ambiental da política ambiental/urbana em âmbito nacional. Assim, essa ideia deverá garantir “os direitos básicos de brasileiros e estrangeiros residentes no País no que se refere à relação pessoa humana/lugar onde se vive” (MACEDO, 2014, online). A diretriz em comento tem como escopo garantir a qualidade de vida dos habitantes, bem como atribuir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. “Deste modo, a imposição de normas de direito público, disciplinando a ordenação do espaço urbano, visa a garantir o meio (sustentabilidade ambiental, econômica e social) pelo qual se atingirá o seu fim, que é o bem-estar coletivo” (HENSEL, s.d., p. 11).

Insta salientar que o pilar da cidade sustentável é o desenvolvimento pautado na preservação ambiental, não se restringindo ao meio ambiente natural, mas também se estendendo ao aspecto artificial de forma a proporcionar uma sadia qualidade de vida aos habitantes. Verifica-se que cidades mais silenciosas, menos poluídas, esteticamente ou visualmente mais agradáveis e que viabilizam a integração social, coopera para a qualidade de vida aclamada (COELHO; REZENDE, 2015).

[...] o direito à cidade é o direito à centralidade, onde deixem de existir a exclusão urbana decorrente de uma organização espacial discriminatória e desordenada.

O direito à cidade diz respeito a todos os habitantes enquanto sujeitos que se envolvem em relações sociais dentro do quadro urbano e afirmam a exigência de uma presença ativa e participativa. [...] o desenvolvimento [...] deve ir em direção de uma ecosocioeconomia para ser um garantidor de igualdades e preservação (HAMMARSTRÖN; CENCI, 2012, p. 452).

Dessa forma, deve decorrer do seio da sociedade os esforços convergentes a garantia das condições mínimas de sobrevivência, bem como de respeito aos direitos humanos das presentes gerações, bem como das vindouras. “[...] um desenvolvimento urbano sustentável visa garantir o direito à cidade mediante a (re)construção de uma unidade espaço-temporal, reconduzindo à unidade aquilo que foi fragmentado e pulverizado pela urbanização capitalista” (HAMMARSTRÖN; CENCI, 2012, p. 456).

### **3 A responsabilidade ambiental no meio ambiente artificial no âmbito administrativo, civil e criminal**

A responsabilização no âmbito ambiental encontra-se estabelecida na Constituição Federal de 1988, a qual prevê em seu art. 225, §3º a responsabilidade tríplice do poluidor, independente se é pessoa física ou jurídica. A aludida responsabilidade é tríplice, pois abarca a esfera penal onde ocorre a denominada responsabilidade penal ou criminal, a responsabilidade administrativa, a qual sanciona administrativamente e a responsabilidade chamada de civil, dada sua natureza de reparação do dano ambiental (FIORILLO, 2011). Nessa vereda, as responsabilidades administrativas e penais giram em torno da antijuridicidade, ou seja, possuem caráter repressivo enquanto a sanção civil é essencialmente reparatória (VERDE GHAIA, 2017). Nesse sentido, tem-se que “Inexiste uma distinção embrionária; todos os tipos estão relacionados como uma reação do ordenamento jurídico contra a antijuridicidade praticada” (FIORILLO, 2011, p. 129).

Para corrigir ou coibir eventuais ameaças ou lesões ao ambiente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, adota, entre seus princípios, “a defesa do meio ambiente” e prevê que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Ou seja, está prevista uma Responsabilidade Ambiental para todos que atentarem contra o meio ambiente (VERDE GHAIA, 2017, online).

Diante disso, percebe-se que esses três tipos de penalidades são distintos, pois abordam ou sancionam aspectos diferentes do meio ambiente. Importante destacar que cada um possui seus critérios identificadores da natureza do ilícito. Dentre esses, o objeto tutelado por cada um e o reconhecimento do órgão que sancionará o infrator. Dentro dos aspectos identificadores da sanção, tem-se que, na responsabilidade administrativa, o objeto atingido foi o interesse da administração. Bem como, difere das responsabilidades civis e penais no que tange ao regime jurídico adotado (FIORILLO, 2011).

Sendo assim, a sanção civil visa o cerceamento patrimonial com escopo de reparar o dano ambiental, já na esfera penal busca-se a limitação da liberdade, seja por meio de restrição ou privação, podendo implicar, também, em perda de bens ou multa, prestação social alternativa ou suspensão/interdição de direitos. Dessa forma, haverá um meio próprio para

apuração do ilícito em cada uma dessas esferas a fim de aplicar a sanção adequada. Nessa esteira, a Constituição Federal consagrou como regra a cumulação dessas responsabilidades aqui estudadas, bem como das respectivas sanções, pois é feita a proteção de objetos distintos e difere no regime jurídico adotado, logo não é possível vislumbrar a ocorrência de *bis in idem* ao aplicar essas sanções cumuladas (FIORILLO, 2011).

Insta salientar que a responsabilidade do dano causado ao meio ambiente é objetiva, pois a Carta Magna prevê a obrigação de reparar os danos causados, sem mencionar qualquer requisito de natureza subjetiva para configurar o dano ambiental. Nesse talvegue, prevê, ainda, a responsabilidade do dano ambiental causada por terceiros, além de atribuir um caráter solidário à responsabilização civil pelos danos ambientais (FIORILLO, 2011). Nesse passo, é necessário fazer uma ressalva, pois a responsabilidade objetiva descarta a necessidade de haver algum elemento subjetivo, todavia não isenta do nexos causal que deve estar presente, nem que seja minimamente, entre a conduta e o dano gerado, ainda que presumidamente (SILVA, 2007).

Nesse sentido, a responsabilidade objetiva consiste na criação do risco, ou seja, aquele que desempenha qualquer atividade é responsável pelos eventos danosos gerados por ela, independentemente da constatação, em cada caso isolado, de negligência, imprudência ou imperícia. Assim, na esfera ambiental, exige-se que além do dano haja também a relação de causalidade. (SILVA, 2007). Entretanto, vale mencionar que, no que concerne à responsabilização civil do poluidor, esta é imputada independentemente de culpa (responsabilidade civil objetiva), com base na teoria da responsabilidade integral, disposto no art. 225, § 3º da Constituição Federal, já o regime de responsabilização objetiva está previsto no § 1º do Artigo 14 da Lei 6.938/81 (VERDE GHAIA, 2017), o qual aduz que “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]” (BRASIL, 1981).

Outrossim, impende salientar que a sanção deve ser proporcional a extensão do dano, assim como prevê a regra do Código Civil. Deve ser abordado, também, a responsabilidade solidária, caracterizada pela disseminação do nexos causal, possibilitando atribuir ao dano uma pluralidade de causas, comportamentos e fontes. Não obstante, esta difusão do nexos causal não descarta o dever de reparar o dano. Ressalta-se, ainda, a famosa canalização dos riscos, que configura ampliação do leque para responsabilizar os degradadores e os causadores de danos ao meio ambiente. Cita-se, a

exemplo, a solidariedade dos órgãos fiscalizadores, no caso de o Estado conceder uma licença para determinado empreendimento e advier um consequente dano ao ambiente (SILVA, 2007).

No que tange aos danos causados no meio ambiente artificial, a imputação da responsabilidade poderá cooperar para o restabelecimento do equilíbrio ambiental rompido. Os fundamentos das responsabilidades civis e administrativas são distintos e independentes, podendo ou não ocorrer a responsabilização simultânea, havendo, inclusive, a possibilidade de surgir a obrigação de reparar os danos provocados, mesmo que não tenha ocorrido infração administrativa (COELHO; REZENDE, 2015).

Nesse contexto, imputa-se a responsabilidade civil do degradador do meio ambiente, diante da configuração de interferências que acarretem a degradação do meio ambiente, tanto natural quanto artificial, causando danos efetivos, independentemente da responsabilização administrativa. Contudo, a demonstração do dano e do nexos causal são indispensáveis, o que dificulta, na prática, a responsabilização civil ambiental, principalmente no que concerne ao meio ambiente artificial (COELHO; REZENDE, 2015).

Quanto a responsabilidade administrativa, esta deriva da conduta ilícita cometida pelo agente, ou seja, diante da deflagração da infração administrativa ambiental, sendo considerada como toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. (VERDE GHAIA, 2017). Fiorillo (2011), destaca que as sanções administrativas têm por finalidade impor regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração Pública. Conforme orientação da doutrina dominante, as sanções administrativas possuem poder de polícia. Entretanto, no que se refere à tutela jurídica de bens ambientais, o poder de polícia não está vinculado a interesse público e sim a interesse difuso.

Em regra, a degradação do meio ambiente artificial é decorrente da violação das normas urbanísticas, sujeitando o infrator a sanções administrativas oriundas do poder de polícia e aplicadas pela Administração Pública, como multa, interdição de atividades, cassação de licença, demolição de obras, suspensão das atividades entre outras. (COELHO; REZENDE, 2015).

A tutela do ambiente urbano concretiza-se por via da proteção de seus elementos construídos (p.ex. uma praça, parque, equipamentos urbanos etc.), assim como dos naturais (ar, solo, água, flora e fauna) e culturais (bem imóvel tombado) ali inseridos. Essa proteção é, no geral, regulamentada em normas ambientais e urbanísticas (MILARÉ, 2011, p. 350-351).

Segundo Milaré (2011), a responsabilidade administrativa devidamente caracterizada mediante a degradação do meio ambiente artificial e restando

comprovado o nexo de causalidade, não exime o agente da responsabilidade civil, eventualmente, para reparar os danos causados (COELHO; REZENDE, 2015). Nesse sentido, independente da conduta violadora às normas que ensejam tais responsabilidades, caso ocorra um dano reparável ou ressarcível, poderá ocorrer a responsabilização civil (CUSTÓDIO, 2006).

Por fim, a responsabilidade penal ou criminal poderá ser atribuída à pessoa física ou jurídica quanto ao ilícito cometido (VERDE GHAIA, 2017). Nesse talvegue, Fiorillo (2011) aduz que dada a importância do meio ambiente, no patamar de direito fundamental, bem de uso comum do povo, foi instituída a lei infraconstitucional conhecida como a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), a qual prevê as condutas delituosas relacionadas ao meio ambiente e suas respectivas sanções, como uma resposta constitucional preceituada pelo art. 5º, XLI, da Constituição Federal, que traz em seu bojo que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Diante disso, a tutela normativa ambiental foi implementada de maneira mais robusta no ordenamento jurídico brasileiro (FIORILLO, 2011).

Como cediço, ainda com escopo de responsabilizar a pessoa, física ou jurídica, pelos danos ambientais causados, foi instituída a Lei de Crimes Ambientais, que é a Lei Federal 9.605/98. Assim, sua principal função é de reprimir as condutas danosas contra o meio ambiente praticadas por pessoas físicas ou jurídicas que agem em dissonância com os padrões predeterminados pelo poder público, até mesmo sem as devidas autorizações a serem concedidas pelos órgãos competentes.

Com isso, a lei de crimes ambientais não só consolidou, mas atuou de forma sistêmica e formal no sentido de prever os delitos ambientais com as respectivas penas, sempre com preferência às penas restritivas de direito e de prestação de serviços, com o intuito de efetivar o princípio da reparação ambiental, enaltecendo o caráter repressor da norma e a coação da atividade ilícita em relação ao meio ambiente (VERDE GHAIA, 2017).

## **Conclusão**

O processo de reconhecimento do meio ambiente, enquanto direito dotado de fundamentalidade e interdependente da dignidade da humana, encontra como marco os debates desenvolvidos a partir da segunda metade do século XX. O meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta-se como condicionante para o desenvolvimento pleno do indivíduo e de suas mais diversas potencialidades. Neste aspecto, o meio ambiente constitui o que se denominou de mínimo existencial socioambiental, ou seja, um primado de cunho jurídico e filosófico que converge um patamar mínimo de direitos,



sem os quais o desenvolvimento humano encontra-se comprometido em sua integralidade.

Assim, a partir de tal ideário, não se pode olvidar que, em razão das inovações contemporâneas e o processo de urbanização vivenciado pela humanidade, as cidades reclamam o reconhecimento como uma das múltiplas facetas do meio ambiente. Para tanto, caracteriza-se como o espaço em que grande parte da população se desenvolve e que requer uma visão de interdependência no processo de acessibilidade a direitos e o desenvolvimento humano. Logo, em decorrência de tal análise, erige-se o direito-meio às cidades sustentáveis, ou seja, o local em que outros direitos encontram consolidação a partir de um meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado.

Inclusive, diante do contexto brasileiro, impede reconhecer tal direito a partir de uma hermenêutica sistemática dos artigos 182 e 225, todos da Constituição Federal, os quais permitem extrair tal direito. A partir de tal contexto, o reconhecimento da existência da responsabilidade, em sua tripla manifestação, também se apresenta como forçosa, porquanto estabelece mecanismos de promoção da preservação do meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado.

### **Referências**

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de direito ambiental**. 1 ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 11 jun. 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 11 jun. 2019.

BRASIL. **Conheça as diferenças entre patrimônios materiais e imateriais**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cultura/2009/10/conheca-as-diferencasentre-patrimonios-materiais-e-imateriais>>. Acesso em 09 jun. 2019.

- BRITO, Fernando de Azevedo Alves. O princípio da precaução e a sua importância para a tutela do meio ambiente e da saúde. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 14, n. 85, fev 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8998](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8998). Acesso em 13 jun. 2019.
- COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Elcio Nacur. **A responsabilidade civil pela degradação do meio ambiente artificial: possibilidade?** Disponível em <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/viewFile/15341/10415>>. Acesso em 02 mai. 2019.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Campinas, SP: Millennium, 2006.
- FARIAS, Talden Queiroz. O conceito jurídico de meio ambiente. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 9, n. 35, dez 2006. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1546](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546)>. Acesso em 08 jun. 2019.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- HENSEL, Andréia Rosina. **Meio ambiente artificial equilibrado, o direito urbanístico e a educação ambiental**. Disponível em <<http://www.varianiepagot.com.br/downloads/baixar.php?arquivo=meio-ambiente-artificial-equilibrado-o-direito-urbanistico-e-a-educacao-ambiental.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2018.
- HAMMARSTRÖN, Fátima Fagundes Barasuol; CENCI, Daniel Rubens. **Meio ambiente e direito das cidades: uma interrelação necessária para o desenvolvimento de uma urbanização sustentável**. Disponível em <<https://core.ac.uk/download/pdf/16048703.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2019.
- JESUS, André. **O meio ambiente ecologicamente equilibrado sob o prisma da constituição federal brasileira**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/63860/o-meio-ambiente-ecologicamente-equilibrado-sob-o-prisma-da-constituicao-federal-brasileira>>. Acesso em 10 jun. 2019.

MACEDO, Roberto F. **O meio ambiente artificial e a tutela jurídica das cidades no direito ambiental brasileiro**. Disponível em <<https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/159862410/o-meio-ambiente-artificial-e-a-tutela-juridica-das-cidades-no-direito-ambiental-brasileiro>>. Acesso em 13 jun. 2019.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. A Gestão Ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Patrimônio cultural no Brasil**. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/cultural-heritage/>>. Acesso em 09 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade. Alguns aspectos da responsabilidade ambiental no meio ambiente artificial. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 10 , n. 40, abr 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1737](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1737)>. Acesso em 02 mai. 2019.

SILVA, Vanderson Bandeira da. **Degradação ambiental e suas consequências ao meio ambiente**. Disponível em <<http://repositorio.faema.edu.br:8000/bitstream/123456789/530/1/SILVA%2C%20V.%20B.%20-%20DEGRADA%C3%87%C3%83O%20AMBIENTAL%20E%20SUAS%20CONSEQU%C3%84NCIAS%20AO%20MEIO%20AMBIENTE.pdf>>. Acesso em 01 mai. 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

VERDE GAIA. **Responsabilidade Ambiental: quais as responsabilidades?** Disponível em <<https://www.verdeghaia.com.br/blog/responsabilidade-ambiental/>>. Acesso em 22 jun. 2019.

# **DERECHO CONSTITUCIONAL**

## Direito de acesso aos cuidados paliativos: reflexões bioéticas à luz do cenário britânico <sup>(\*)</sup>

Right of access to palliative care: bioethical reflections in the light of the british scenario

Derecho de acceso a los cuidados paliativos: reflexiones bioéticas a la luz del escenario británico

Julia Cariello Brotas Corrêa<sup>1</sup>

Margareth Vetis Zaganelli<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1. Noções históricas relevantes. 2. Análise do cenário britânico acerca dos cuidados paliativos. 3. Direito à morte digna. – Conclusão. – Referências.

---

(\*) Recibido: 30 agosto 2019 | Aceptado: 15 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

- <sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). [juliacariello@gmail.com](mailto:juliacariello@gmail.com)
- <sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES), do Grupo de Estudos e Pesquisas *Direito e Ficção* (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES). [mvetis@terra.com.br](mailto:mvetis@terra.com.br)

**Resumo:** De forma generalizada há no cenário mundial da saúde, a prevalência de doenças não transmissíveis e relacionadas à velhice, que requerem um tratamento médico crônico. Entretanto, o cenário mundial demonstra uma grande lacuna em tal forma de tutela, que dispõe, generalizadamente, de baixíssimos investimentos, que se fazem escassos na necessidade do acompanhamento qual são insuficientes para acompanhar a configuração mundial. Em contrapartida, o Reino Unido configura como o berço dos cuidados paliativos modernos, esbanjando diversos aparatos sociais, médicos e legais que contribuem para sua posição de destaque no âmbito paliativista. Propõe-se, portanto, no presente artigo, por meio de metodologia exploratória, de pesquisa documental e bibliográfica sobre o tema, mormente à luz dos estudos de C. Saunders C. Depp, J. Gallegos, S. Irwin, D. Jeste, E. Meier, L. Monstross-Thomas, analisar criticamente a relevância dos cuidados paliativos para a seguridade de um bom final de vida, explorando o panorama britânico nas perspectivas técnica-jurídica, médica e axiológica.

**Palavras-chave:** cuidados paliativos, direito à morte digna, Reino Unido, bioética, biodireito.

**Abstract:** The prevalence of noncommunicable diseases related to old age, which require chronic medical treatment, is widespread worldwide. However, the world scenario shows a large gap in this form of tutelage, which has, generally, very low investments, which are scarce in the need of monitoring which are insufficient to follow the global configuration. By contrast, the UK is the cradle of modern palliative care, lavishing various social, medical and legal devices that contribute to its prominent position in the palliative framework. It is proposed, therefore, in this article, Through exploratory methodology, of the bibliographic and documentary research on the subject, , de pesquisa documental e bibliográfica sobre o tema, especialmente in the light of the studies of C. Saunders C. Depp, J. Gallegos, S. Irwin, D. Jeste, E. Meier, L. Monstross-Thomas, to critically analyze the relevance of palliative care for the safety of a good end of life, exploring the British panorama in the technical-legal, medical and axiological perspectives.

**Keywords:** palliative care, right to a dignified death, United Kingdom, bioethics, bio-law.

**Resumen:** La prevalencia de enfermedades no transmisibles relacionadas con la vejez, que requieren tratamiento médico crónico, está muy extendida en todo el mundo. Sin embargo, el escenario mundial muestra una gran brecha en esta forma de

tutela, que tiene, en general, inversiones muy bajas, que son escasas en la necesidad de monitoreo que son insuficientes para seguir la configuración global. Por el contrario, el Reino Unido es la cuna de los cuidados paliativos modernos, prodigando diversos dispositivos sociales, médicos y legales que contribuyen a su posición prominente en el marco paliativo. Se propone, por lo tanto, en este artículo, a través de la investigación exploratoria, documental y bibliográfica sobre el tema, especialmente a la luz de los estudios de C. Saunders C. Depp, J. Gallegos, S. Irwin, D. Jeste, E. Meier, L. Monstross-Thomas, analizar críticamente la relevancia de los cuidados paliativos para la seguridad de un buen final de la vida, explorando el panorama británico en lo técnico-legal, médico y axiológico.

**Palabras clave:** cuidados paliativos, derecho a una muerte digna, Reino Unido, bioética, bioderecho.

---

## Introdução

A palavra “paliativo” tem origem do verbo em latim *Pallium*, que, por sua vez, remetia aos mantos, utilizados por peregrinos em suas jornadas, para se proteger das tormentas. Nesse sentido, o vocábulo relaciona-se ao amparo, abrigo e encobertamento de sintomas, quando a causa não pode ser mudada.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o paliativismo consiste em uma aproximação médica que melhora a qualidade de vida tanto dos pacientes em estado terminal, como a de suas famílias, através de técnicas que garantam a prevenção e o alívio do sofrimento, por meio do tratamento da dor e de outros problemas espirituais e psicossociais<sup>3</sup>, em uma maneira de cuidar humanizada, que pressuponha a consideração da morte como um processo natural, bem como a integração dos aspectos psicológicos, sociais e espirituais do paciente no processo.

A supracitada técnica terapêutica conta com alguns princípios éticos<sup>4</sup>, que buscam garantir um relacionamento agradável e harmônico entre os profissionais de saúde, o paciente e sua família, a saber, a veracidade, que consiste na permanente comunicação da verdade ao paciente e sua família,

---

<sup>3</sup> (WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 12/06/2019).

<sup>4</sup> (MARTAL, HANNA E SILVA. Cuidados paliativos e ortotanásia. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a58-60.pdf>. Acesso em: 06/05/2019).

para que esses possam participar das decisões que envolvem a terapia, a proporcionalidade terapêutica e o duplo efeito, que prezam pelo equilíbrio entre os riscos e benefícios da técnica empregada e no cuidado para que o emprego de determinado procedimento não resulte em uma eutanásia culposa, visto que toda aplicação produz efeitos positivos e negativos, a prevenção de possíveis desdobramentos negativos relacionados ao desenvolvimento clínico do paciente e o não abandono e tratamento da dor, que se trata de não deixar determinado paciente de lado se esse não quiser se submeter a determinado tratamento, e da seguridade de procedimentos para aliviar situações de dor.

A valer, atesta-se que os paliativistas afirmam uma técnica terapêutica totalizante, isto é, que considera não o diagnóstico de forma isolada, mas toda a sua configuração, envolvendo as dimensões familiares, psicológicas e espirituais, para um tratamento que traga ao paciente um sentimento de conforto e bem-estar, levando a um final de vida mais ameno.

Apesar da ampla importância da técnica terapêutica em questão, o acesso a cuidados paliativos no mundo são extremamente escassos, pois os cuidados paliativos não são inabitualmente difundidos no mundo, fazendo-se vacantes, principalmente, nos países em desenvolvimento, onde, muitas vezes, não se conhece mesmo o conceito do paliativismo. Segundo a *Palliative Care Alliance World*, anualmente, mais de 100 milhões de pessoas necessitarão de cuidados paliativos, porém menos de 8% terão acesso a esses serviços<sup>5</sup>.

Considerando o cenário mundial de saúde, é inegável a percepção de um grande atraso na maneira em como os tratamentos em pacientes moribundos são realizados, de forma que a visão do zelo considera quase exclusivamente o diagnóstico do paciente, não levando em conta quaisquer outros aspectos, o que resulta em um procedimento médico incompleto, feito apenas para prolongar a vida do paciente, sem a consideração da maneira como isso está sendo feito para garantir a qualidade do final da vida.

Com efeito, propõe-se, no presente artigo, a partir da revisão literária do tema, analisar a importância do alcance dos cuidados paliativos como uma maneira de garantir o princípio jurídico do direito à morte com dignidade, discutindo tais conceitos e avaliando, de modo questionador, como tais atribuições devem ser asseguradas, de forma que o final da vida não seja

---

<sup>5</sup> (VICTOR, Germana Hunes. Cuidados Paliativos no Mundo. Disponível em: [http://www1.inca.gov.br/rbc/n\\_62/v03/pdf/11-resenha-cuidados-paliativos-no-mundo.pdf](http://www1.inca.gov.br/rbc/n_62/v03/pdf/11-resenha-cuidados-paliativos-no-mundo.pdf). Acesso em: 06/05/2019)



visto como uma parte alheia ao ser humano, mas um pedaço da sua jornada, que inclui a finitude.

Nesse sentido, destrincha-se o cenário paliativista britânico, iniciando-se a discussão a partir de um apanhado histórico dos cuidados paliativos, que remontam desde as Cruzadas medievais. Doravante, analisam-se os pilares jurídico, educacional e assistencial do paliativismo britânico, que caminha para a integralidade do cuidado médico em uma perspectiva holística do ser humano.

## **1. Noções históricas relevantes**

Há indícios históricos de que a filosofia paliativista tem seus primórdios durante a Idade Antiga, aonde surgiram as primeiras concepções sobre o cuidar. Durante a Idade Média, devido à violência gerada pelas cruzadas, era comum encontrar *hospices* que cuidavam não apenas de pacientes moribundos e enfermos, mas também de pessoas famintas, órfãos e pobres, pois o tipo de hospedaria visava mais a perspectiva do zelo e da proteção, além do alívio do sofrimento, do que a cura. Na modernidade, o marco paliativista deu-se com a criação, pelo padre francês São Vicente de Paula, da Ordem das Irmãs de Caridade, em Paris, e pela abertura de várias casas que cuidavam de pessoas com enfermidades, pobres, órfãos, entre outros. Em 1902, cinco irmãs da mesma Caridade abriram o St. Joseph's Hospice, com 30 camas para moribundos pobres.

O termo em si “cuidados paliativos” surge na década de 60, na Inglaterra, definido pela enfermeira, com formação humanista, Dame Cecily Saunders, que dedicou sua vida ao alívio do sofrimento humano e introduziu na Inglaterra uma maneira inovadora de cuidar dos pacientes em estado terminal, por meio da fundação, em 1967, do St. Christopher's Hospice. Tal hospital inicia o que se denomina “movimento hospice moderno”, uma vertente médica que reúne especialistas no controle da dor e de sintomas, e que desloca o enfoque do tratamento da doença para o do próprio paciente. Saunders envolvia, em sua filosofia acerca dos cuidados com os indivíduos diagnosticados com enfermidades fatais, a dor física, a dor emocional, dor social e dor espiritual, e acreditava cada uma dessas esferas como uma maneira de aprimorar a qualidade de vida dos pacientes. Ela refutava as falas de médicos que diziam “não temos mais nada a fazer”, dizendo “temos muito que fazer ainda”.

É a partir da iniciativa de Cecily Saunders que o Reino Unido torna-se o berço da técnica paliativista moderna. Desde 1967, com mais de 50 anos de experiência, os cuidados paliativos tornaram-se prática amplamente

difundida e de enorme essencialidade para a sociedade britânica<sup>6</sup>, que apresenta o melhor final da vida em âmbito mundial<sup>7</sup>.

Em 1990, os cuidados paliativos foram definidos, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como o cuidado ativo e total de pacientes com doenças progressivas e baixa expectativa de vida, que não respondem mais a tratamentos curativos. O tipo de cuidados se referia ao controle da dor e de outros sintomas, além da tutela de outros aspectos humanos, como o psicológico, social e espiritual.

Atualmente, tal técnica é defendida pela OMS como uma técnica que deve ser integrada aos sistemas de saúde. A Organização ainda afirma o acesso ao controle da dor e de outros sintomas como um direito fundamental para a saúde. Nas Ilhas Britânicas, tal acesso é feito em diversos âmbitos, para a maior completude do sistema de saúde, que atualiza-se acompanhando a perspectiva do ser humano em sua totalidade, que deve ser abrangida pelo sistema de saúde.

## **2. Análise do cenário britânico acerca dos cuidados paliativos**

A perspectiva de cuidar de forma crônica, ou seja, duradouramente dos pacientes, de maneira holística, considerando além de apenas o diagnóstico do paciente ainda é muito pouco difundida mundialmente. De forma geral, há um enfoque unilateral na manutenção da vida do paciente, sem a percepção da maneira como isso é feito. Dessa forma, há um distanciamento da boa morte, com dor, sofrimento e estresse reduzidos.

Haja vista essa configuração, no ano de 2015, a revista *The Economist* realizou, em 80 países, uma pesquisa, chamada *The Quality of Death Index*, que ranqueava o acesso a cuidados paliativos em diferentes lugares do mundo, analisando a qualidade do final de vida nesses locais.

Não é surpresa que os países mais ricos e desenvolvidos encontram-se no topo da lista, enquanto os lugares onde esses cuidados se fazem mais vacantes coincidem com os países em desenvolvimento em que os recursos de saúde são, de forma generalizada, insuficientes.

---

<sup>6</sup> (CUIDADOS PALIATIVOS NO REINO UNIDO: A MINHA EXPERIÊNCIA EM MANCHESTER. Disponível em: <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/9497/5377>. Acesso em: 23/06/2019).

<sup>7</sup> (THE 2015 QUALITY OF DEATH INDEX. Disponível em: <https://eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf>. Acesso em: 23/06/2019).

Em primeiro lugar no ranking, ocupando a posição de melhor infraestrutura paliativa está o Reino Unido, onde há uma ampla busca pela garantia de uma “boa morte” aos pacientes, e se engloba o paliativismo em um contexto jurídico, educacional e assistencial.

## 2.1. Legislação e políticas

O Reino Unido conta com diversos aparatos legais que auxiliam na manutenção da segurança de uma morte com dignidade. Dentre os mais importantes documentos normativos do país, está o *Mental Capacity Act*<sup>8</sup>, uma lei elaborada para a tutela de pessoas com deficiência mental, incluindo, entre essas, a demência, dificuldades graves de aprendizagem, lesões cerebrais, por exemplo. O ato legisla acerca de possíveis auxílios, na tomada de decisões diárias, triviais, como a escolha de uma roupa, ou escolhas mais valorosas, como a de realizar ou não um procedimento cirúrgico, e ainda enquadra os cuidados paliativos como pertencentes aos direitos humanos<sup>9</sup>.

O procedimento de assistência presumido pelo *Mental Capacity Act* visa encarar as pessoas como capazes de tomar decisões por si próprias, até que se prove o contrário. Para isso, não basta que haja o diagnóstico de alguma das deficiências supracitadas, mas exige-se a avaliação de se há um comprometimento mental, proveniente tanto de enfermidades como de fatores externos, como o abuso de álcool ou drogas. Além, disso, deve-se observar como são realizadas as escolhas pelo indivíduo, pois existe a possibilidade de que algumas escolhas possam ser realizadas em o apoio de outrem, enquanto outras, mais severas, careçam de algum tipo de ajuda.

O *MCA* ainda pressupõe, para o apoio à tomada de decisões pela pessoa com limitações deliberativas, a garantia de que as definições devem ser do melhor interesse da pessoa auxiliada, assegurando que a participação do sujeito deve ser incentivada, além de que as escolhas tomadas sejam o menos restritivas possíveis, de forma que seja ponderado se há realmente a necessidade da tomada de decisão, a fim de buscar a inviolabilidade dos direitos e liberdades individuais do ser humano em questão.

---

<sup>8</sup> (MENTAL CAPACITY ACT. Disponível em: <https://www.nhs.uk/conditions/social-care-and-support-guide/making-decisions-for-someone-else/mental-capacity-act/>. Acesso em 17/06/2019).

<sup>9</sup> (EAPC ATLAS OF PALLIATIVE CARE IN EUROPE 2013. Disponível em: <http://www.pavi.dk/Files/EAPC%20Atlas%20of%20Palliative%20Care%20in%20Europe%20013%20webudgave.pdf>. Acesso em: 20/06/2019).

Destaca-se ainda, como política sócio-normativa relevante á discussão, o *Health and Social Care 2012*<sup>10</sup>, uma lei do Parlamento inglês que introduziu os primeiros deveres específicos para a redução das desigualdades na área da saúde entre o povo britânico<sup>11</sup>, buscando a ampliação da abrangência dos serviços de saúde, com vistas a promover a seguridade da saúde física e mental dos cidadãos britânicos, de forma gratuita, o que corrobora o ideal de democratização da saúde<sup>12</sup>. O recurso agrega para a visão paliativista de uma terapia holística, pois envolve, no tratamento médico, aspectos não exclusivamente clínicos, mas também aspectos sociais, que contribuem para a melhoria da qualidade de vida generalizada dos cidadãos.

É, portanto, latente que as medidas governamentais mostram a evolução britânica na visão da saúde, que é tratada além da enfermidade, o que contribui, inegavelmente, para a construção de uma vida e morte com dignidade para os respectivos cidadãos, pois os integra em uma visão humanizada e globalizante, considerando sua autonomia da vontade, a saber, sua possibilidade de autorregularão de seus direitos e deveres, que está condicionada a fatores familiares, psíquicos, econômicos e culturais.

As bases legais garantem o maior reconhecimento da técnica paliativista no contexto britânico, o que atesta o reconhecimento de sua importância pelo país, e a possibilidade de sua articulação com outros aparatos que auxiliem na ampliação do acesso, pela população, aos cuidados paliativos, como a informação, por meio da inclusão dessa técnica no sistema educacional de saúde, e as bases assistencialistas, que promovem o cuidado integral do paciente.

## 2.2. A educação paliativista

Em 2006, com o desenvolvimento de uma pesquisa realizada pela Universidade de Lancaster, no Reino Unido, em que a universidade realizou um levantamento acerca da abrangência dos cuidados paliativos nos 234 países que participavam na Organização das Nações Unidas (ONU), na qual o próprio Reino Unido se destacou como o país que tinha a maior quantidade de serviços paliativos por habitante (1:40.000), o país deu o pontapé inicial na prosperidade de educação e pesquisas sobre o assunto (MACHADO,

---

<sup>10</sup> (HEALTH AND SOCIAL CARE 2012. Disponível em: [https://en.wikipedia.org/wiki/Health\\_and\\_Social\\_Care\\_Act\\_2012](https://en.wikipedia.org/wiki/Health_and_Social_Care_Act_2012). Acesso em: 17/06/2019).

<sup>11</sup>(NHS ENGLAND. Disponível em: <https://www.england.nhs.uk/about/equality/equality-hub/resources/legislation/>. Acesso em 17/06/2019).

<sup>12</sup> (HEALTH AND SOCIAL CARE 2012. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents/enacted>. Acesso em: 17/06/2019).

2009). Atualmente, a própria Universidade de Lancaster possui o primeiro, em âmbito global, programa de pós-doutorado em cuidados paliativos.

É de suma importância, ainda, o reconhecimento do paliativismo, pelo país, desde 1987 (SANTOS, 2016), como uma especialidade médica com certificação, a qual os médicos devem estudar durante quatro a cinco anos, e enfermeiros especializados devem cursar de um a dois anos, pois têm de apresentar pós-graduação no tema<sup>13</sup>. Tal certificação é extremamente significativa para a luta pela inclusão dos cuidados paliativos na medicina curativa, pois iguala tal técnica terapêutica a outras especialidades, que da mesma forma necessitam de cursos de graduação como a cardiologia ou a oncologia, por exemplo. Similarmente, inclui-se à educação paliativista, o método inovador do *E-learning*, uma perspectiva de ensino à distância, que busca capacitar voluntários para o cuidado de pessoas com necessidades crônicas<sup>14</sup>.

No campo das pesquisas, o Reino Unido apresenta uma gama extremamente vasta e diversa de centros acadêmicos e *hospices* que realizam levantamentos sobre a área, como o *Marie Curie Palliative Care Research Unit* (MCPCRUI), o maior fundo de caridade que investe em pesquisas sobre a melhoria dos cuidados para pessoas que vivem com doenças terminais<sup>15</sup>, e o *Cecily Saunders Institute*, um instituto que dá suporte à pesquisas que envolvam o cuidado holístico de pacientes com doenças progressivas e as formas simpáticas aos cuidados paliativos espirituais<sup>16</sup>.

Tal perspectiva de maior democratização do conhecimento sobre técnicas paliativista permite que a informação alcance tanto os médicos, que irão dispor de mais vasto conhecimento e dominação da técnica para aplicá-la de melhor maneira aos seus pacientes, quanto à população em geral, que poderá entender as suas possibilidades dentro desse campo da saúde.

### 2.3. Bases assistencialistas

---

<sup>13</sup> (EAPC ATLAS PALLIATIVE CARE IN EUROPE 2013. Disponível em: <http://www.pavi.dk/Files/EAPC%20Atlas%20of%20Palliative%20Care%20in%20Europe%202013%20webudgave.pdf>. Acesso em: 20/06/2019).

<sup>14</sup> (E-LEARNING FOR HEALTHCARE. Disponível em: <https://www.e-lfh.org.uk/programmes/end-of-life-care/>. Acesso em: 20/06/2019).

<sup>15</sup> (MARIE CURIE PALLIATIVE CARE RESEARCH UNIT. Disponível em: <https://www.mariecurie.org.uk/research>. Acesso em: 20/06/2019).

<sup>16</sup> (CICELY SAUNDERS INTERNATIONAL. Disponível em: <https://cicelysaundersinternational.org/what-we-do/>. Acesso em: 20/06/2019).

Além dos aparatos jurídicos e educacionais, a completude britânica em relação à medicina paliativista conta com o importante pilar das bases assistencialistas, que integram justamente a perspectiva holística do cuidar, pois agregam ao tratamento do diagnóstico outras ferramentas de zelo, que compõem a tutela social, espiritual e psicológica.

Inicialmente, destaca-se o ambiente dos *hospices* em que se realiza a terapia paliativa. No St. Christopher's Hospice, por exemplo há um centro de lazer, inaugurado em 2009, que funciona durante toda a semana, e consiste em um local de convivência dos pacientes com seus familiares e cuidadores. No centro, denominado “*Anniversary Centre*” há, além de ambulatorios com horários agendados para atendimentos psicológicos, fisioterapêuticos, de terapia ocupacional, de música, de artes, dentre outros, existem outras atividades dinâmicas para estimular a participação das pessoas, como concertos musicais profissionais, e até mesmo rodízio de pizza ou curry nos domingos à noite (SILVA, BÜSCHER, MOREIRA E DUARTE, 2014).

Como outro exemplo do bom ambiente dos hospices do país identifica-se o *Willow Hood Hospice*, em Manchester, que, centralizando o tratamento no paciente, e não em seu diagnóstico, prioriza pelo conforto dos membros do hospice, e, inclusive, realiza conversas sobre o tema do fim de vida, incentivando os enfermos a quebrarem o tabu da cessação terapêutica e tratar da morte como um processo natural, o que é admitido pela maioria deles (COCHOFEL, CARDOSO E TAPLEY, 2018).

Além disso, as medidas de controle da dor também são vastas no país, e são distribuídas sem restrição a acessibilidade e de forma gratuita para os pacientes com necessidade. Os opióides mais utilizados são, respectivamente, a morfina oral, a diamorfina subcutânea e o Fentanil Transdérmico (SANTOS, 2016).

As bases assistencialistas dos sistemas paliativos britânicos contribuem para o apoio psicológico, social e espiritual do paciente, o que lhes garante uma maior proximidade do ideal de uma morte digna, almejada pelos cidadãos.

### **3. A morte com dignidade**

Os indivíduos não governam o início das duas vidas. Adquirem personalidade e tornam-se, conseqüentemente, pessoas, sem ter voz durante tais acontecimentos. O final da vida, por sua vez, leva uma relação de interdependência com a vontade humana. Apesar da finitude do ser humano, característica inerente à todas as pessoas, nada impede a capacidade de um indivíduo antecipar o final da sua vida (BARROSO E MARTEL, 2010). Como e quando morrer são questões que depende m de fatores culturais,

religiosos e jurídicos. A morte e a vida não são momentos antagônicos, mas parte de uma mesma jornada que deve ser compreendida em um contexto integral.

Nas sociedades ocidentais, a morte é encarada com um sentimento de extrema angústia e tristeza, de forma que o tratamento médico acaba visando apenas a extensão da vida do paciente, negligenciando a maneira como o final da sua vida está ocorrendo, a qualidade do final vida do indivíduo. Segundo Poles e Bousso (2009), o paradigma da *vida a qualquer custo* só começa a ser questionado quando se inicia discussão acerca de até que ponto se deve buscar incessantemente o prolongamento da vida de alguém que está sofrendo. Existe a necessidade de delimitar as diferenças entre o cuidar e o aliviar da dor, que fornece conforto em situações terminais e a aplicação de medidas invasivas e desproporcionais que, muitas vezes, prolongam o sofrimento em vista de manter a vida do paciente.

Nesse cenário, é, portanto, notório que a morte com dignidade presume critérios qualitativos para avaliar um final de vida como “bom”. Mas como universalizar o conceito de uma morte boa? Para Meier e colaboradores (2017), não há algo como um fator externo que defina a qualidade da morte, pois tal concepção depende de valores individuais e familiares do paciente.

Há, todavia, segundo o mesmo autor, fatores comuns que podem aproximar o ideal da morte digna. Entre eles estão o respeito como indivíduo e o mantimento da independência do paciente. Nessa perspectiva insere-se o conceito de autonomia da vontade, a saber, a manutenção do respeito e da valorização da vontade humana, que deve ser expressa de forma livre, sem interferências de outrem. Tal princípio pressupõe, portanto, o conhecimento do processo médico pelo paciente, de forma que ele possa ter o discernimento e, conseqüentemente, a autonomia para deliberar, sem obstáculos, o que é melhor para si mesmo.

Ainda entre os fatores que podem garantir uma boa morte, encontram-se o controle da dor, o bem-estar emocional, e o conforto espiritual, que estão em linha com a filosofia paliativa, além da ideia de qualidade e sentimento de concretização da vida como um todo, que consiste na vontade dos pacientes de levar uma vida normal, mesmo com doenças terminais, para que possam se sentir mais humanos, e da ideia de atingir a noção de que a vida foi completa e bem-vivida, para que a morte possa ser aceita de maneira mais branda e agradável<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> (O QUE É UMA BOA MORTE PARA PACIENTES TERMINAIS, FAMILIARES E PROFISSIONAIS DE SAÚDE. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/01/22/O-que-%C3%A9-uma-%E2%80%98boa->

Nesse contexto, percebe-se que a busca por uma boa morte vai muito além do que cuidados que envolvam o diagnóstico do paciente, mas envolve um conceito humanizador do cuidar, aonde se inserem a ideia dos cuidados paliativos como uma maneira de garantir a morte digna para os pacientes com enfermidades fatais. O Reino Unido vem, cada vez com maior eficiência, buscando a ampliação dos cuidados paliativos para a maior abrangência desse conceito holístico do cuidar. Nas palavras de Dame Cecily Saunders, mãe dos cuidados paliativos “Você é importante porque você é você. E você é importante até o fim da sua vida. Faremos todo o possível não só para ajudá-la morrer em paz, mas também para fazer você viver até o momento de morrer”<sup>18</sup>.

## **Conclusão**

Tendo em vista o conceito ampliado de saúde elaborado pela OMS, que a considera não apenas como o bem-estar físico dos indivíduos, mas a sua qualidade de vida de maneira integral, é relevante a investigação acerca do panorama do cuidado, em situações de pacientes com doenças crônicas e terminais.

Os cuidados paliativos são, ainda atualmente, uma nova perspectiva do zelar, pois, nos mais distintos pontos do planeta, apesar dos grandes avanços alcançados com a globalização, tal técnica terapêutica consiste em uma temática pouco conhecida, ou, até mesmo, completamente inédita.

Analisando o berço dos cuidados paliativos, o Reino Unido, que tem como sua expoente inicial no assunto a enfermeira Dame Cecily Saunders, concluiu-se que o cenário da saúde chega a níveis de maior completude, devido à atenção dada, pelo país, à perspectiva holística do cuidar, incluindo amplamente nos tratamentos médicos para pessoas com enfermidades fatais, o paliativismo. Em virtude das bases legais, educacionais e assistencialistas realizadas no país, que incluem diversos aparatos jurídicos, além do amplo acesso a cuidados sociais pela sociedade britânica e, ainda, as práticas educacionais e de pesquisa, que possibilitam a maior difusão de informações sobre o tema.

É, com efeito, dessa maneira, agregando aos procedimentos curativos técnicas que englobem as esferas espiritual, psicossocial e familiar, que o

---

[morte%E2%80%99-para-pacientes-terminais-familiares-e-profissionais-de-sa%C3%BAde](#). Acesso em: 21/06/2019).

<sup>18</sup> (DAME CECILY SAUNDERS: DEDICOU-SE AOS CUIDADOS PALIATIVOS. Disponível em: <http://hospitaldocoracao.com.br/wp-content/uploads/2016/01/DAME-CICELY-SAUNDERS-1.pdf>. Acesso em: 21/06/2019).



país alcança, cada vez mais, a segurança de uma morte digna para os seus cidadãos, pois, diminuindo doer e sofrimento e buscando humanizar a enfermidade, traz-se ao moribundo um final de vida com maior comodidade e conforto, respeitando os valores e crenças do paciente, reconhecendo a morte como um processo natural e inevitável, que faz parte da finitude do ser humano.

## Referências

- BARROSO, L; MARTEL, L. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2012.
- BOUSSO, R; POLES, K. **Morte digna da criança: análise de conceito**. São Paulo: Revista Escola de Enfermagem USP, 2017.
- BÜSVHER, A; DUARTE, S; MOREIRA, M; SILVA, M. **Visitando Hospices na Alemanha e no Reino Unido na perspectiva dos cuidados paliativos**. Rio de Janeiro: Escola Anna Nery Revista de Enfermagem, 2014.
- CARDOSO, A; COCHOFEL, A; TAPLEY, M. **Cuidados Paliativos no Reino Unido: a minha experiência em Manchester**. Lisboa: Revista Científica da Ordem dos Médicos, 2017.
- CICELY SAUNDERS INTERNATIONAL. Disponível em: <https://cicelysaundersinternational.org/what-we-do/>. Acesso em: 20/06/2019.
- CUIDADOS PALIATIVOS NO REINO UNIDO: A MINHA EXPERIÊNCIA EM MANCHESTER. Disponível em: <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/9497/5377>. Acesso em: 23/06/2019.
- DAME CECILY SAUNDERS: DEDICOU-SE AOS CUIDADOS PALIATIVOS. Disponível em: <http://hospitaldocoracao.com.br/wp-content/uploads/2016/01/DAME-CICELY-SAUNDERS-1.pdf>. Acesso em: 21/06/2019).
- DEPP, C; GALLEGOS, J; IRWIN, S; JESTE, D; MEIER, E; MONSTROSS-THOMAS, L. **Defining a good death (Successful Dying): literatre review and a call for public dialogue**. Washington, D.C.: HHS Public Access, 2017.
- EAPC ATLAS OF PALLIATIVE CARE IN EUROPE 2013. Disponível em: <http://www.pavi.dk/Files/EAPC%20Atlas%20of%20Pallaitive%20Car>

[e%20in%20Europe%202013%20webudgave.pdf](#). Acesso em:  
20/06/2019

E-LEARNING FOR HEALTHCARE. Disponível em: <https://www.e-lfh.org.uk/programmes/end-of-life-care/>. Acesso em: 20/06/2019.

HEALTH AND SOCIAL CARE 2012. Disponível em:  
[https://en.wikipedia.org/wiki/Health\\_and\\_Social\\_Care\\_Act\\_2012](https://en.wikipedia.org/wiki/Health_and_Social_Care_Act_2012).  
Acesso em: 17/06/2019

MARIE CURIE PALLIATIVE CARE RESEARCH UNIT. Disponível em:  
<https://www.mariecurie.org.uk/research>. Acesso em: 20/06/2019.

MARTAL, HANNA E SILVA. Cuidados paliativos e ortotanásia.  
Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a58-60.pdf>. Acesso em: 06/05/2019

MENTAL CAPACITY ACT. Disponível em:  
<https://www.nhs.uk/conditions/social-care-and-support-guide/making-decisions-for-someone-else/mental-capacity-act/>. Acesso em  
17/06/2019.

NHS ENGLAND. Disponível em:  
<https://www.england.nhs.uk/about/equality/equality-hub/resources/legislation/>. Acesso em 17/06/2019.

OLIVEIRA, Damião. **Dignidade da pessoa humana, cuidados paliativos e ortotanásia: a visão de um juiz**. MATO GROSSO DO SUL: Universidade de Ananguera – Uniderp, 2012.

RECKZIEGEL, J; STEINMETZ, W. **Cuidados Paliativos e direito à morte digna**. Porto Alegre: Revista de Direito Univille, 2016.

SANTOS, Maria da Conceição. **Evolução dos cuidados paliativos na Europa: revisão de literatura**. Porto: Repositório Aberto da Universidade do Porto, 2017.

THE 2015 QUALITY OF DEATH INDEX. Disponível em:  
<https://eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf>  
. Acesso em: 23/06/2019).

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em:  
<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em:  
12/06/2019.

## O princípio da liberdade religiosa à luz da Constituição: o sacrifício de animais como parte integrante de uma crença<sup>(\*)</sup>

The principle of religious freedom in the light of  
Constitution: the sacrifice of animals as an integral part  
of a belief

El principio de la libertad religiosa a la luz de la  
Constitución: el sacrificio de animales como parte  
integral de una creencia

Mateus Bitencourt Battistin<sup>1</sup>

Alexandre Campaneli Aguiar Maia<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** Da liberdade de expressão no Brasil. **2.** Aspectos da liberdade religiosa no Brasil. **3.** Da laicidade do estado. **4.** Da influência judaico-cristã na cultura ocidental. **5.** Os limites da liberdade religiosa. **6.** Do sacrifício de animais para ritos religiosos. – Considerações finais. – Refêrências.

**Resumo:** A presente pesquisa analisou, dentre os direitos fundamentais, o direito à liberdade religiosa, no contexto de um

---

(\*) Recibido: 15 octubre 2019 | Aceptado: 12 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória.  
[mateusbbatti@gmail.com](mailto:mateusbbatti@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória.  
[alexmaia360@hotmail.com](mailto:alexmaia360@hotmail.com)

estado laico. Compendo um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, verdadeira expressão do estado democrático, buscou-se averiguar como esse direito é reconhecido, perante os tribunais, em situações concretas, especialmente em conflito com outros princípios. Foi utilizada a teoria de Robert Alexy, para analisar a proporcionalidade em sopesamentos onde configurem o direito à liberdade religiosa. Como caso concreto para compreensão do alcance desse princípio perante a Constituição, foi analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal, que contrapôs a vedação ao sacrifício de animais e a liberdade religiosa que prevê esses atos, em práticas de origem africanas. Chegou-se à conclusão que, na aplicação da proporcionalidade, o STF decidiu adequadamente ao reconhecer o direito dos praticantes dessas religiões.

**Palavras-chave:** liberdade religiosa, proporcionalidade, sacrifício de animais.

**Abstract:** The present research analyzed, among the fundamental rights, the right to religious freedom, in the context of a secular state. As one of the pillars of the Brazilian legal system, a true expression of the democratic state, we sought to ascertain how this right is recognized before the courts in concrete situations, especially in conflict with other principles. The theory of Robert Alexy was used to analyze proportionality in judgments where the right to religious freedom is configured. As a concrete case to understand the scope of this principle before the Constitution, the decision of the Federal Supreme Court, which opposed the prohibition of animal sacrifice and the religious freedom that provides these acts, in practices of African origin, was analyzed. It was concluded that, in applying proportionality, the Supreme Court decided appropriately when recognizing the right of practitioners of these religions.

**Keywords:** religious freedom, proportionality, animal sacrifice.

**Resumen:** El presente trabajo aborda, entre los derechos fundamentales, el derecho a la libertad religiosa, en el contexto de un estado laico. Como uno de los pilares del sistema jurídico brasileño, una verdadera expresión del Estado democrático, trató de determinar cómo se reconoce este derecho ante los tribunales en situaciones concretas, especialmente en conflicto con otros principios. Se hizo uso de la teoría de Robert Alexy para analizar la proporcionalidad en las ponderaciones en las que se configura el derecho a la libertad religiosa. Como caso concreto para entender el alcance de este derecho en la Constitución, se analizó la decisión del *Supremo Tribunal Federal*, que se opuso a la prohibición del sacrificio de animales y a la libertad religiosa que

contempla estos actos, en prácticas de origen africano. Se concluye que, en la aplicación de la proporcionalidad, el STF decidió apropiadamente al reconocer el derecho de los practicantes de estas religiones.

**Palabras-clave:** libertad religiosa, proporcionalidad, sacrificio de animales.

---

## Introdução

A realidade da sociedade brasileira apresenta-se como tendo muitos direitos fundamentais reconhecidos em sua carta magna. Constituem uma categoria especial do direito constitucional e, devido a sua importância, detém o status de cláusulas intangíveis, essenciais a vida de qualquer indivíduo. Mas nem sempre os ordenamentos jurídicos foram sustentados por tais leis que regem a liberdade e a dignidade humana. Um grande avanço para a concretização de tais direitos e garantias, fora o advento do constitucionalismo moderno, que “surge historicamente como forma de garantir a liberdade dos indivíduos diante do poder estatal” (FABRIZ, 2012, p.13).

A respeito do tema em questão, ensina Carlos Salgado também a respeito da importância do constitucionalismo para a consolidação dos direitos fundamentais, que estes são o cerne e a fonte de todos os demais direitos positivados e garantidos na constituição. Com a entrada do constitucionalismo moderno na sociedade, começa-se a encarar cada cidadão como sujeito de direitos, os quais devem ser respeitados e garantidos por lei expressa, inaugurando deste modo o conhecido estado de direito (SALGADO, 1982, p.15).

De tal modo surgem então os assim chamados direitos fundamentais de “primeira geração”, os quais nascem a partir do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII. Estes tinham por objetivo maior, conquistar direitos civis e políticos preconizando a liberdade do indivíduo perante o estado:

Referem-se, inicialmente, esses direitos, a não intervenção estatal no âmbito da esfera da autonomia individual e, por consequência, eles são marcadamente direitos de cunho “negativo”, na medida que coíbem a interferência do estado. (FABRIZ, 2012, p.16).

Com isso, inicia-se uma era de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, e que se reverbera até os dias atuais com a promulgação da constituição brasileira no país. Também conhecida por “constituição

cidadã”, esta apresenta-se como grande defensora dos direitos humanos, da natureza, e por garantir liberdades civis e obrigações do estado junto a população, como os muitos apresentados no art. 5 da mesma.

Porém, com toda essa imensidão de direitos garantias disponibilizadas pelo estado moderno, não é difícil pensar na possibilidade do conflito entre tais normais de caráter fundamental, e até aonde iriam os limites de cara um destes direitos se em colisão. Foi objeto deste estudo analisar como o direito à liberdade religiosa é compreendido no direito brasileiro, principalmente quando em conflito com outros princípios.

## **1 Da liberdade de expressão no Brasil**

Positivado na carta magna brasileira como um direito fundamental intrínseco a todo ser humano desde a constituição do império, o ideário da liberdade de expressão foi inaugurado em meio a uma onda de revoluções liberais em todo o mundo. Revoluções como a Americana e a Francesa, as quais invocaram tais princípios como basilares, foram responsáveis por inaugurar tais premissas constitucionais como são conhecidos atualmente.

Tal direito fora assim primeiramente positivada no *Bill of Rights* do estado americano da Virgínia em 1776, artigos um e dois, os quais afirmam categoricamente que “todos os seres humanos são pela sua natureza, igualmente livres e independentes”, juntamente com o reconhecimento definitivo de que “todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva” (CONSTITUIÇÃO..., 1787), sendo considerado um marco na história dos direitos humanos. Por conseguinte, porém não menos importante, a primeira emenda ao texto original da constituição norte americana no ano de 1791, estabelece o direito fundamental a liberdade como um dos pilares que sustentam tal democracia, dizendo que:

O congresso não legislara no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. (CONSTITUIÇÃO..., 1787).

No Brasil, como já dito, a garantia de tal liberdade está presente no ordenamento pátrio desde a constituição do império, porém com pesares durante a história. Na Constituição de 1937 tal garantia foi suprimida no período em que conhecemos como estado novo, na era Vargas. Logo após, com a Constituição de 1946, a manifestação do pensamento foi retomada e novamente positivada.

A Constituição de 1967, já no período militar no Brasil, não aboliu com o princípio da liberdade de pensamento, no entanto restringiu sua aplicabilidade prática, subordinando-os aos padrões preestabelecidos pelo Estado, baseados na supremacia da ordem pública e dos bons costumes. No tocante a liberdade de expressão, havia restrições aos que tinham por objetivo fazer oposição ao governo vigente, impondo sanções aos que eram negligentes.

Já na Constituição Federal de 1988, a qual vigora até os dias atuais, também conhecida por ser uma Constituição cidadã, foram inauguradas diversas garantias a direitos, como à liberdade de expressão, conferindo deste modo uma maior amplitude e garantia ao rol dos direitos fundamentais do homem e do cidadão no país.

Em todo caso, apresenta-se no ordenamento pátrio atual brasileiro a liberdade de expressão, garantida no Art. 5º, o qual diz que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Tais princípios encontram-se, devido a sua importância, expressos também no ordenamento pátrio no inciso IV do mesmo artigo, o qual diz que: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e também no art. 220 dizendo que: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

A liberdade de expressão também é assegurada na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual segundo o art. XIX da mesma: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (DECLARAÇÃO..., 1948). Tal direito é a liberdade de qualquer indivíduo se manifestar livremente por meio de opiniões, ideias e pensamentos pessoais.

Alerta Konrad Hesse que a liberdade de expressão constitui juntamente com outras liberdades individuais "aquele âmbito no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livre da influência estatal, ela protege a liberdade espiritual simplesmente, sendo elemento essencial do Estado de direito." (HESSE, 1998, p.303). Por esse motivo, o catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais não só previu diversos direitos, assegurando assim a liberdade de expressão em todas suas formas, como

também assegurou o exercício de tais liberdades, em especial, a proibição de todo e qualquer tipo de censura.

Com o passar do tempo, e possível também acompanhar a crescente importância dada nos tribunais brasileiros em favor da liberdade de expressão, com o intuito de garantir tal direito, como demonstram por exemplo, a decisão sobre a assim chamada Marcha da Maconha, a mais recente decisão sobre a inconstitucionalidade da exigência de autorização para biografias não autorizadas, juntamente com a decisão da ADPF 130, considerando não recepcionada pela constituição federal brasileira a antiga Lei de Imprensa. O ministro Celso de Mello, no tocante a ADPF 130, ensina que há uma “hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento” (BRASIL, 2005).

A liberdade de expressão é considerada como um direito da personalidade humana, muitas vezes sendo equiparado ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantia individual que visa proteger toda a sociedade contra as arbitrariedades e as soluções de força.

Tais decisões emblemáticas apresentadas pelos tribunais no decorrer do tempo concretizam a importância a qual é tratado tal assunto, uma vez que priorizam as manifestações de pensamento de grupos específicos da sociedade em detrimento de outras garantias como da intimidade, garantindo dessa forma a liberdade de expressão com base no interesse público. Importante registrar que a liberdade de expressão, por ser um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, se traduz na:

Faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação) (FARIAS, 2004, p.54).

Vale ressaltar também que, ao se restringir a liberdade de um indivíduo, não somente o direito deste é atacado, como também o direito de toda a comunidade em que o cerca, de receber e debater as informações por aquele compartilhado. Deste modo, e possível se entender que o ataque a liberdade de expressão para com as pessoas, atinge não só o indivíduo em questão, mas toda sua interação na sociedade.

## **2 Aspectos da liberdade religiosa no brasil**



Historicamente, a expressão "liberdade de religião" vem sendo utilizado para se referir a tolerância de várias crenças teológicas, ao passo que o termo "liberdade de culto" tem por intuito traduzir a liberdade individual de cada um em sua crença. Todas estas formas de liberdade, de uma forma ou outra, existiram em diferentes formas e graus ao longo da história. Muito embora muitos países na Antiguidade, Idade Média e idade Moderna tenham aceitado alguma forma de liberdade religiosa, não são raros os momentos em que tal prerrogativa fora limitada na prática por governantes autoritários vigentes a época, ao impor suas visões e crenças perante o povo.

É visto necessário o entendimento da importância da conquista de tais direitos, os quais apenas com muita luta e esforço foram positivados. Segundo Mauricio Scheinmam:

Foi no século III d.C. que a expressão liberdade religiosa foi provavelmente, utilizada pela primeira vez, por Tertuliano, advogado convertido ao cristianismo e que passou a defender a liberdade religiosa em face dos abusos do Império Romano (2005).

Com tais avanços tornou-se possível, anos depois, a separação entre religião e estado, tornando-se laico, o que no Brasil ocorreu apenas com a proclamação da república, em 1891.

Nos dias atuais, tal direito fundamental engloba o respeito à liberdade de culto, crença e organização religiosa na sociedade, garantida também por meio do art. 5º, inciso VI da C.F. o qual diz que: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". A Declaração Universal dos Direitos Humanos define também a liberdade de religião e de opinião em seu artigo 18, citando que "Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião" (DECLARAÇÃO..., 1948).

Além de tais passagens que garantem expressamente a liberdade de pensamento, do próprio art. 1º da constituição brasileira de 1988 incisos III e V, extrai-se também dois fundamentos que despertam atenção pela pertinência à liberdade religiosa: a dignidade da pessoa humana, e o pluralismo político. Sem dúvida alguma, a escolha de uma religião ou crença está tão incorporada ao substrato do ser humano, que o seu desrespeito atinge igualmente à dignidade da pessoa, uma vez que por este ser um direito fundamental, o estado tem o dever de garantir e proteger tais prerrogativas para que elas sejam respeitadas e cumpridas.

Outrossim, percebe-se que o fundamento do Estado brasileiro referente ao pluralismo político também conduz à preservação e concretização da

liberdade religiosa. Aquela, que tem por objetivo garantir a coerência pacífica de centros que emitem opinião e pensamentos, viabiliza a livre manifestação do pensamento em sua forma mais ampla, seja esta política, ideológica, ou até mesmo religiosa, além de satisfazer a regra de ouro da liberdade, a qual se entende objetivamente que o direito de um indivíduo em sociedade se estende até onde se inicia o direito de outrem.

Se historicamente em tribos primitivas, mulheres, crianças e principalmente pessoas com deficiência eram sacrificados para combater a ira dos deuses, hoje, com todos os direitos conquistados, em todos os sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais, sem exceção, a conduta tipificaria ilícito penal.

Ocorre que à liberdade não mais se admitirá a oposição de barreiras com base no ideário dos “bons costumes”, cumprindo frisar que a constituição brasileira renunciou a regra análoga antes mencionada, como por exemplo descrito na carta magna brasileira no ano de 1891, cujo art. 72, § 5º (BRASIL, 1891), promovera referência ao critério “moral pública” como dado legitimamente restritivo à liberdade de culto.

A liberdade de crença, conjugada à de consciência, admite considerar que o indivíduo não só poderá crer e acreditar no que quiser, expressando publicamente a sua crença sem qualquer interdição; como também não se lhe interdita, contudo, a liberdade de não crer em absolutamente nada religioso, bem como de utilizar meios para a divulgação e exposição de seu ateísmo.

A respeito da relevância histórica de tal tema, bem como sobre seus desdobramentos diante toda a sociedade civil, novamente nos ensina Farias:

a liberdade de crença e a liberdade de culto encontram-se no cerne da formação histórica dos direitos humanos, visto que a liberdade de professar livremente a própria crença religiosa foi uma das conquistas que abriram a senda para a proteção jurídica do valor da pessoa humana por meio de seus direitos fundamentais. Ademais, como assinala Rawls, a própria origem do liberalismo está vinculada reforma e as suas controvérsias sobre a intolerância religiosa (2004, p.157).

O direito fundamental a liberdade religiosa fora conquistada com muita dificuldade, e é uma questão que até nos dias atuais denota muita discussão e estudos sobre o tênue limite de tal direito. O que se conhece hoje como liberdade religiosa deriva diretamente da liberdade de pensamento.

Nesta se compreende outras liberdades individuais, como a liberdade de crença, de organização religiosa bem como a própria liberdade de expressão. Abrange também a liberdade de escolher, mudar, ou também a liberdade de não assentir a religião alguma, tendo deste modo sua liberdade de ser ateu respeitada. No tocante a liberdade de culto, esta abarca a liberdade de orar e

de praticar atos próprios e específicos das manifestações exteriores, sejam estes em casa ou em público.

### **3 Da laicidade do estado**

O estado brasileiro é tido como laico desde a constituição da república em 1891, mas nem sempre fora deste modo. Anteriormente, a Constituição outorgada de 1824 estabelecia a religião católica como sendo a religião oficial do Império, assim durando até a chegada da República. No Art. 5º da mesma lia-se: “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo” (BRASIL, 1824).

Já no ordenamento pátrio atual é garantido por lei no Art. 5 inciso VI a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (BRASIL, 1988).

Tal passagem além de garantir a liberdade de crença, também explicita a laicidade do estado, associando desta forma, os cultos e práticas religiosas ao respeito aos direitos fundamentais expostos anteriormente. Além de garantias para a criação e preservação dos espaços físicos necessários a pratica dos cultos. Nota-se que não se pode confundir estado laico com estado ateu, uma vez percebido que o ateísmo também se inclui no direito à liberdade religiosa.

A laicidade do estado apenas reforça a liberdade religiosa. Quando se tenta coibir qualquer manifestação na sociedade em nome da “laicidade” do Estado, o que se privilegia é apenas o ateísmo estatal.

O estado laico é aquele o qual o poder público possui o compromisso de nem favorecer nem prejudicar qualquer forma de prática religiosa nos limites da lei. Por outro lado, percebido uma hegemonia de formação cristã em algumas sociedades, é preciso entender e aceitar tais símbolos religiosos como parte da cultura local, como o cristo redentor é para a cidade do Rio de Janeiro. Portanto, havemos de concordar com o constitucionalista Lenio Streck, o qual diz que “a concepção de laicidade não pode ser vista como uma “contrarreligião”; antes disso, a laicidade é condição de possibilidade para o pluralismo.” (STRECK, 2012).

Atualmente o termo Estado laico vem sendo erroneamente utilizado no Brasil como fundamento para a insurgência contra instituições cristãs as quais são por ideologia, contra pautas de cunho liberal discutidas na

sociedade, como a legalização do aborto e das drogas, casamento gay e ideologias de gênero entre outros, alegando que as instituições cristãs não devem ter representatividade na sociedade devido a laicidade do estado, ignorando deste modo toda a maioria populacional cristã existente no país juntamente com seus direitos de manifestarem sua fé, a qual deve ser levado em conta.

#### **4 Da influência judaico-cristã na cultura ocidental**

Segundo dados do IBGE no censo de 2010, os cristãos em geral representavam 86,8% da população brasileira, estes incluindo católicos e evangélicos. Este impressionante número representa uma influência muito forte do Cristianismo na cultura brasileira, o que se manifesta em todos os aspectos da vida e também do direito (AZEVEDO, 2012).

Para se entender toda essa influência religiosa no estado brasileiro, é de imensa importância analisar de onde veio todo esse fundamento cristão em tal sociedade: dos colonizadores portugueses. De ampla tradição católica, Portugal por meio da colonização no Brasil no século XVI em diante, lançou os fundamentos da sociedade e do direito brasileiro o qual se conhece hoje.

A principal consequência desta grande bagagem cristã em nosso meio é que muitos dos valores revelados na Bíblia, principal fonte do cristianismo, apresentam reflexos no direito de todo o ocidente. Como amar o próximo, mandamento na bíblia o qual encontra-se também no direito constitucional devido ao princípio da dignidade da pessoa humana e outros indiretamente, como o princípio da solidariedade.

Como ensina José Renato Nalini a chamada civilização ocidental ainda é conhecida como civilização cristã, e os valores os quais são a base dela, foram fundados no cristianismo e com forte influência judaica. Afirma também que a base da moral cristã, por ser a Bíblia, apresenta alguns elementos moralizantes e edificantes úteis a todas as sociedades (2015, p.131).

Chama a atenção, ainda, a grande contribuição do Cristianismo para com os direitos humanos. A partir do reconhecimento de que todas as pessoas foram feitas pelo mesmo Deus, qualquer discriminação ou preconceito contra elas se torna inaceitável. Quando se pensa na totalidade como uma única espécie, torna-se impossível compactuar com tais práticas desmoralizadoras.

Como afirma Tavares Paes, o apóstolo Paulo, em uma de suas cartas na bíblia, nos ensina que nem tudo que é lícito é honesto, diferenciando deste modo Direito e Moral. Estes têm em comum sua origem, sendo deste modo regras de conduta tendo por finalidade o bem-estar dos indivíduos (1997, p.35).

Desta forma é possível perceber um pouco da grande contribuição do Cristianismo para a construção do direito brasileiro e dos princípios ocidentais que se apresentam impregnados de valores que satisfazem alguns dos pilares básicos da sociedade, como os valores da cidadania, da fraternidade e da moralidade. A enorme influência do cristianismo na sociedade não se resume apenas ao direito e a justiça brasileira, mas também na ética, tanto social quanto também a jurídica, a qual está inserida a realidade brasileira.

Com toda essa influência cristã no desenvolvimento da sociedade ocidental, e principalmente no Brasil, podem ser percebidos até os dias atuais algumas marcas de tal colonização, como muitos feriados dedicados a religião católica, os crucifixos afixados nas paredes dos tribunais, tal como a frase “deus seja louvado” nas notas de real e também a frase “sob a proteção de deus” no preâmbulo da carta magna do país.

Tais expressões cristãs expressas pelo estado, nos mostram uma sociedade baseada em princípios claramente cristãos, os quais devem ser respeitados e amplamente protegidos pelo estado, dando a exata ideia de que o nome de deus nestes casos, fora mencionado para ressaltar a postura evangélica da maior parte do país, e também dos parlamentares que atuaram na elaboração do vigente texto constitucional.

Diante de toda a contribuição e importância das instituições cristãs para a formação da sociedade ocidental como conhecemos hoje, revela-se completamente equivocado e ignorante o pensamento o qual pretende tentar calar tais instituições diante de assuntos basilares da sociedade, como os expressos anteriormente.

## **5 Os limites da liberdade religiosa**

É de conhecimento público que não existem direitos absolutos, ou seja, todo direito fundamental pode ser relativizado a depender do caso. A grande dificuldade a ser analisada é delimitar até onde se aplica cada direito fundamental em detrimento de outros de mesma amplitude no caso concreto.

Para alguns juristas como Alexandre de Moraes, a liberdade religiosa é sim um direito fundamental de qualquer ser humano, mas assim como outros

direitos fundamentais, deve encontrar limites visando o bem-estar da sociedade. Como a liberdade individual para o livre exercício de uma religião não pode sobrepor-se ao coletivo. Assim como escreveu novamente o autor: “A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego públicos, bem como compatíveis com os bons costumes.” (1998. P.110).

No entanto é notório a dificuldade de estabelecermos, em alguns casos, uma separação entre a verdadeira liberdade de expressão religiosa, das formas de expressão em que pregam e tem por finalidade, o desrespeito a ordem social e a grupos específicos, sejam estes étnicos, sociais ou religiosos. A respeito da convivência entre princípios conflitantes entre si:

Ao direito cumpre defender a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. De um lado, a liberdade de ação individual (autonomia privada) e, de outro, a relação do cidadão com o estado (autonomia pública). Esses dois aspectos precisam ser mediados para que uma autonomia se abstenha de prejudicar a outra. Desse ponto comum e recíproco, o direito deverá extrair e corroborar sua legitimidade (COURA, 2014, p.59).

Nesses casos, para se definir os interesses e direitos mais adequados, e que devem se sobressair ao caso concreto, é percebido a necessidade da utilização da hermenêutica e de uma interpretação jurídica compatível a realidade. Tal impasse jurídico interpretativo ocorre quando:

o exercício de um direito fundamental por parte de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outro titular. Em outros termos: quando o pressuposto de fato ou âmbito de proteção de um direito intercepta o pressuposto de fato de outro direito fundamental (FARIAS, 2004, p.46).

Nestes casos conhecidos como casos difíceis (*hard cases*) pela doutrina, a solução para solucioná-los é a construção argumentativa de cada caso específico, por não resultarem da mera aplicação do fato a norma:

à vista do princípio da unidade da constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, a luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada situação realiza mais adequadamente a vontade da constituição naquela situação específica (BARROSO, 2012, p.338).

Essa construção argumentativa, a qual viabiliza uma interpretação da norma mais razoável a ser aplicada ao caso concreto, tendo por finalidade muitas das vezes sopesar o interesse de um direito fundamental em detrimento de outro, é assim entendida por Lacombe:

A argumentação, por sua vez, e a técnica que visa ao acordo sobre a escolha do significado que pareça mais adequado as partes discursivas; acordo este fundamentado em provas concretas e opiniões amplamente aceitas. Com a argumentação temos condições de “visualizar” a compreensão, na medida em que esta se traduz em algo de concreto (CAMARGO, 2003, p.21).

Havendo conflito entre regras, o problema se resolverá no tocante aos termos de validade. Duas normas contrárias não podem coexistir pacificamente ao mesmo tempo no mesmo ordenamento jurídico, devendo apenas uma delas ser declarada válida. Para solucionar tal conflito manifesto entre tais regras no ordenamento, são necessários três critérios para se definir qual destes e o mais adequado, os quais são, o critério cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Convém destacar que os supracitados critérios apresentados, não são considerados suficientes para solucionar um aparente conflito entre direitos fundamentais, uma vez que estes, por estarem expressos em normas juridicamente albergadas na constituição, não apresentam grau algum de hierarquia, se tratando assim portanto, de normas gerais.

Robert Alexy, ao comparar a colisão entre normas e princípios, e seu sopesamento no caso concreto, afirma que “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios validos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p.94).

Nesse teor, os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que contêm essencialmente propriedades de princípios, aplicando-se por essa razão o conflito entre princípios quando houver colisão entre tais direitos.

Com efeito, no caso da colisão de princípios, não deverá ser ela solucionada suprimindo um em favor de outro, como feito entre regras. Tal colisão será retificada levando em conta o peso ou importância relativa de cada princípio em cada caso concreto. Nesse contexto:

As contradições de normas em sentido amplo que tem lugar dentro do ordenamento jurídico são sempre colisões de princípios e as colisões de princípios sucedem sempre dentro do ordenamento jurídico. Isto põe claramente, de manifesto que o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão (FARIAS, 2008, p.110).

Calha consignar o caminho metodológico necessário para a solução de conflitos entre direitos fundamentais. Deste modo, é necessário que primeiramente o intérprete e aplicador do direito determine o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, ou seja, aquelas situações que de fato são

protegidas pela norma constitucional, verificando deste modo se há ou não verdadeira colisão.

Uma vez verificada a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao aplicador fazer uma ponderação dos direitos envolvidos, tendo por base para tanto, os princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, os quais serão expostos.

O princípio da unidade da constituição demanda principalmente “a contemplação da Constituição como um todo, a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos discrepantes” (FARIAS, 2008, p.124).

Já o princípio da concordância prática, ou da também conhecida como harmonização, é um desdobramento do princípio analisado anteriormente. De acordo com Edilson: “os princípios e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso sub examine, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos” (FARIAS, 2008, p.124). Em outras palavras, o autor estabelece uma ponderação dos princípios, tendo por base todas as peculiaridades do caso concreto.

No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, três máximas parciais se destacam para sua aplicação prática: a adequação, a necessidade juntamente com a proporcionalidade.

A máxima da adequação quer dizer que “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (SILVA, 2002, p.36). Em outras palavras, propõe que a medida restritiva a qual será aplicada, a fim de solucionar o conflito entre tais direitos fundamentais, seja adequada ao fim proposto baseado no interesse público. No tocante a máxima da necessidade:

um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2002, p.38).

Por tal passagem compreende-se que a medida restritiva a ser imposta ao preceito fundamental envolvido deva ser utilizado tendo por base o esquema meio-fim, ou seja, o menos gravoso possível para se atingir o fim pretendido, com base no princípio do interesse público. Já a proporcionalidade em sentido estrito:



é um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção de medida restritiva (SILVA, 2008, p.41).

Este último é também conhecido como “a máxima da ponderação”. Alexy estabelece que, sendo tal medida adequada e necessária, deve-se ainda ponderar os efeitos e circunstâncias envolvidas no caso concreto, tendo como fim minimizar o sacrifício dos princípios em jogo, assim como a amplitude da prevalência de um princípio sob o outro (FARIAS, 2004, p.45).

Com efeito, é dito que o processo da ponderação ocorre de forma racional, quer dizer que, devidamente fundamentados dos preceitos em colisão, é possível a referência de um direito sob o outro. Tal proposta abarca a importante lei da ponderação elaborada por Robert Alexy, ao ensinar que quanto maior for o grau da supressão de um princípio em decorrência de um conflito entre direitos fundamentais, maior deverá ser a importância da satisfação do outro envolvido no caso concreto.

O mesmo Robert Alexy a respeito da ponderação entre princípios, a qual se faz necessária para a resolução de uma colisão entre normas fundamentais, ensina que:

O conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto (ALEXY, 2008, p.95).

Por fim, para solucionar este impasse entre o conflito entre normas de um mesmo ordenamento, o professor Robert Alexy afirma que é necessário utilizarmos da máxima da proporcionalidade. Deste modo, para solucionar um conflito entre direitos fundamentais conflitantes num caso concreto, devemos considera-los princípios, utilizando os métodos da adequação, necessidade e ponderação para que deste modo promova o fim almejado, sem infringir exacerbadamente nenhum princípio fundamental (ALEXY, 2008, p.116).

Nesse toar, e percebido a necessidade de se realçar os direitos fundamentais da liberdade de expressão da liberdade religiosa e as liberdades individuais de cada cidadão. Tais direitos, princípios constitucionais de grande amplitude e importância jurídica, encontram-se frequentemente em rota de colisão, devendo deste modo serem sopesados e analisados junto a hermenêutica de Alexy.

## **6 Do sacrifício de animais para ritos religiosos**

Um exemplo da liberdade religiosa em detrimento de outras liberdades ou direitos da sociedade foi a decisão em que o plenário do supremo tribunal federal brasileiro confirmou, por maioria, a constitucionalidade da lei estadual do Rio Grande do Sul, a qual admite livremente o rito sacrificial de animais em cultos de religiões de matriz africana:

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que também admitiam a constitucionalidade da lei, dando-lhe interpretação conforme. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participaram da fixação da tese os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.03.2019. (STF..., 2019).

A Constituição brasileira é de clara ao assegurar de forma ampla em seu rol de direitos fundamentais no art. 5º, inciso VI a liberdade religiosa. Neste proíbe também os entes federados, União, Estados, Município e Distrito Federal, de fazerem quaisquer distinções individuais no, art. 19, inc. III ou até mesmo que se favoreça qualquer forma de religião em detrimento de outras, conforme expressa o inciso I, do art. 19. (BRASIL, 1988).

No caso concreto por este exposto, sem dúvida alguma, com base art. 5º, VI da constituição, nenhum obstáculo à liberdade religiosa poderia ser legitimado, a não ser devido a lei em sentido formal limitativa do direito. É de muita importância visualizar a liberdade de culto, e no caso concreto, a liberdade do sacrifício de animais em rituais *afro*, juntamente com o artigo 5º, VI da constituição, no contexto da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais a fim de não se analisar equivocadamente a amplitude de tais normas (BRASIL, 1988).

Deste modo, deve-se analisar amplamente o sistema normativo brasileiro vigente, e analisar minuciosamente a questão a respeito da existência ou não de alguma norma que limite o sacrifício de animais, seja este por qualquer motivo, sendo tal resposta positiva. Especificamente no art. 64 da Lei das Contravenções Penais, é tido como fato típico “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo” (BRASIL, 1941).

Com base no artigo 102 da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal a "guarda" da Constituição. Esse termo remete a enorme

responsabilidade de tal órgão colegiado pela proteção da Carta Magna em sua totalidade e integralidade significativa.

Utilizando a proporcionalidade, há uma prevalência da liberdade religiosa. Há a adequação da liberdade religiosa para atingir os fins necessários. É também uma decisão necessária, na medida em que limita o direito à vida dos animais na medida do necessário para garantir cultos religiosos apenas, e não como mera satisfação em causar dor. Ainda se apresenta como uma medida proporcional, pois a liberdade religiosa, como discutido, é direito basilar do estado democrático de direito, devendo ser respeitado na máxima medida, de acordo com possibilidades fáticas e jurídicas.

Estando dentro de um país o qual é regido por uma constituição, infringir a lei maior do estado a fim de ceder ao desejo de fazer justiça pelos animais, implicaria em encontrar uma saída inconstitucional, e tanto desrespeitosa e segregacionista para com o princípio da liberdade religiosa.

Ao analisar a fundo a diferença concreta para o meio ambiente entre um sacrifício de animais com intuito religioso, dos grandes abatedouros em todo o Brasil, os quais abastecem centenas de países por todo o mundo com carnes de todo tipo de animal, percebe-se que o que os difere e apenas o intuito de cada um, bem como o montante de animais que os abatedouros matam para o comércio.

Portanto, configurar tal prática religiosa como inconstitucional, além de forçar uma interpretação da constituição a qual não considera as diversidades e a liberdades individuais, se institucionalizaria o preconceito já a muito existente as religiões afro, as quais se utilizam de tais rituais religiosos há anos.

### **Considerações finais**

A presente pesquisa realizou um esboço a respeito do conflito entre direitos fundamentais ao analisar a abrangência da liberdade de expressão religiosa, quando em rota de colisão com outras liberdades.

Como analisado na introdução deste estudo, compreende-se a origem juntamente com a importância dos direitos fundamentais em geral, principalmente os de primeira geração, os quais tinham por objetivo resguardar os indivíduos da vontade absoluta do estado, impondo limites ao mesmo, concedendo liberdade as pessoas.

Verificada, a colisão de direitos fundamentais, é função do aplicador fazer uma ponderação dos direitos ali envolvidos, tendo por base os princípios da

unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, a fim de solucionar tal impasse interpretativo e hermenêutico.

Analisando o princípio da liberdade de religião, juntamente com a não distinção entre pessoas, o STF entendeu que “é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”, concretizando um estado laico, e democrático com todas as religiões, tendo a liberdade religiosa como um princípio fundamental.

Portanto, chega-se à conclusão de que o conflito entre direitos fundamentais que envolve a liberdade religiosa e outros direitos, como a própria liberdade de expressão deve ser analisada caso a caso, a luz da situação vigente. Ou seja, tal tênue limite deve ser delimitado no caso concreto, analisando todas prerrogativas estabelecidos pelo professor Alexy, na ocorrência de conflito entre direitos fundamentais.

Devendo deste modo, diferenciar objetivamente as manifestações as quais tem por objetivo o desrespeito a religiosidade alheia, da simples liberdade de expressão com intuito religioso, devendo apenas a primeira ser coibida e sancionada, abrangendo deste modo todos as outras formas de expressão perante a sociedade.

Como bem expresso na decisão da suprema corte brasileira ao sopesar a liberdade de expressão religiosa no caso concreto, dos maus tratos aos animais, permitindo assim uma interpretação mais ampla da liberdade religiosa em detrimento de outros direitos e obrigações. Considerando o ordenamento jurídico e a aplicação proporcional de seus princípios, a liberdade religiosa não pode deixar de ser considerada, como no caso dos sacrifícios de animais, no qual o STF demonstrou um correto posicionamento.

## **Refêrencias**

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

**ÂMBITO JURIDICO. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E OS**

**DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=339](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=339)>. Acesso em: 28 mai. 2019.

AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE E A RELIGIÃO — CRISTÃOS SÃO 86,8% DO BRASIL; CATÓLICOS CAEM PARA 64,6%; EVANGÉLICOS JÁ SÃO 22,2%.** Disponível em: <

<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>. Acesso em: 17 de jul. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL**. Rio de Janeiro. 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 19 fev.2019.

BRASIL. Constituição (1891) **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 25 mai. 2019.

BRASIL. Constituição (1998). **CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL, **CODIGO DE PROCESSO PENAL, Decreto-Lei nº 3.688** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)> acesso em 27 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 494601. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**. 28 mar. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2419108>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PETIÇÃO 3.486-4**. Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. 22 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/pet3486.pdf>> Acesso em: 27 mai. 2019.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

CARVALHO-NETO, Menelick de. **REQUISITOS PRAGMÁTICOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. In: revista de direito

comparado – Pos graduação da FD/UFMG, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

**CONJUR. ASSIM A INCONSTITUCIONALIDADE DE DEUS.**

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

**CONSTITUIÇÃO AMERICANA.** Disponível em:

<<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>> acesso em: 27 mai. 2019.

**COURA, Alexandre. DIREITO, POLITICA E CONSTITUIÇÃO: REFLEXÕES ACERCA DA TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA À LUZ DO PARADIGM DO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO.** Curitiba: Editora CRV. 2014.

**FABRIZ, Daury Cesar. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DANO MORAL E SUA REPARALIDADE.** Curitiba: Editora CRV, 2012.

**FARIAS, Edilsom. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO: TEORIA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**FARIAS, Edilsom Pereira de. COLISAO DE DIREITOS: A HONRA, A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA E A IMAGEM VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO.** 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

**HESSE, Konrad. ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA** (trad. Luis Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

**JUS. LIBERDADE RELIGIOSA E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA.**

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6896/liberdade-religiosa-e-escusa-de-consciencia>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

**MORAES, Alexandre de. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS..** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

**NALINI, José Renato. ÉTICA GERAL E PROFISSIONAL.** 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.**

Disponível em:

<[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2019.

PAES, P. R. Tavares. **INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

**PETIÇÃO 3.486-4 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/pet3486.pdf>> Acesso em: 27 mai. 2019.

SALGADO, Joaquim Carlo. DIREITOS FUNDAMENTAIS. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 82, janeiro de 1982.

SCHEINMAN, Maurício. **LIBERDADE RELIGIOSA E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6896/liberdade-religiosa-e-escusa-de-consciencia>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O PROPORCIONAL E O RAZOAVEL**. Revista dos Tribunais. v. 798. 2002. p. 36. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

STREK, Lenio Luiz. **ASSIM A INCONSTITUCIONALIDADE DE DEUS**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

## **Acesso à saúde e o valor da vida: colisão entre Direitos Fundamentais e a Reserva do Possível (\*)**

### **Access to health and the value of life: collision between Fundamental Rights and Reservation of Possible**

### **Acceso a la salud y al valor de la vida: colisión entre los Derechos Fundamentales y la Reserva de lo Posible**

**Magaly Bushatsky<sup>1</sup>**

**Luiz Henrique dos Santos Nascimento<sup>2</sup>**

**Evelyne Pessoa Soriano<sup>3</sup>**

**Adriana Conrado Almeida<sup>4</sup>**

---

(\*) Recibido: 01 octubre 2019 | Aceptado: 16 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

- <sup>1</sup> Magaly Bushatsky, Doutora pela Universidade de Pernambuco/UPE. Professora Universitária, Membro da Comissão de Bioética do CREMEPE.  
[magalybush@gmail.com](mailto:magalybush@gmail.com)
- <sup>2</sup> Luiz Henrique dos Santos Nascimento, Mestrando em Perícias Forenses pela Universidade de Pernambuco/UPE, Advogado Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de São Paulo/ MBA em Gestão do Desenvolvimentos Humano e Organizacional-GDHO pela Faculdade Marista do Recife, Professor de Curso de Graduação da Faculdade de Ciências Aplicadas de Limoeiro/PE-FACAL e Secretário Geral da Comissão de Perícias Forenses da OAB/PE.  
[luiz.hsn@gmail.com](mailto:luiz.hsn@gmail.com)
- <sup>3</sup> Evelyne Pessoa Soriano, Professora Associada Livre docente da Universidade de Pernambuco-UPE, Pós-Doutora em Antropologia Forense pela Universidade de Coimbra/UC.  
[evelynesoriano@gmail.com](mailto:evelynesoriano@gmail.com)
- <sup>4</sup> Adriana Conrado Almeida, Doutora em saúde materno infantil pelo Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira- IMIP. Membro da Comissão de Perícias Forenses da OAB/PE. Membro da Comissão de Bioética do CREMEPE.  
[adrianaconradoalmeida@yahoo.com.br](mailto:adrianaconradoalmeida@yahoo.com.br)



**Marcus Vitor Diniz de Carvalho<sup>5</sup>**  
**Reginaldo Inojosa Carneiro Campello<sup>6</sup>**

---

**Sumário:** Introdução. **1.** A estrutura da reserva do possível e seu arrastamento para o direito brasileiro. **2.** Direitos fundamentais e dignidade humana ao acesso amplo à saúde. **3.** A Constituição e o acesso à saúde como proteção à vida com garantia de qualidade. **4.** Obstáculos ao direito à saúde em procedimentos de alto custo. **5.** O fundamento da república como princípio fundamental norteador das decisões judiciais. **6.** Inconstitucionalidades do Guardião da Constituição. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** Este artigo aborda o direito constitucional à saúde e a prática protecionista financeira de serviços de saúde públicos e privados que obstaculizam tratamentos de elevados custos. Tem como objetivo analisar a colisão entre direitos fundamentais e a reserva do possível na perspectiva do acesso à saúde sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Pesquisa documental de abordagem qualitativa realizada no contexto jurídico constitucional e processual civil brasileiro, Constituição Federal de 1988; da Lei 8080/1990 (lei orgânica da Saúde/Lei do SUS); Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil brasileiro de 2015); Doutrina Constitucionalista; conceitos da reserva do possível da Lei Fundamental da república da Alemanha e liminares que tocam o tema de OPME (órteses, próteses e materiais especiais) e medicamentos, utilizando a hermenêutica e a técnica de análise de conteúdo para atingir os objetivos propostos. Observamos que o acesso amplo à saúde é possível por meio da judicialização, através da concessão de liminares como instrumentos de garantia de vida. Conclui-se que existe uma prática protecionista, que encontra sustentação nos tribunais superiores e contribuem para formação de possível inconstitucionalidade superveniente em reiterados descumprimentos ao acesso à saúde em procedimentos

---

<sup>5</sup> Marcus Vitor Diniz de Carvalho, Doutor em Ciências da Saúde pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro da Comissão de Perícias Forenses da OAB/PE.  
[carvalho\\_marcus@yahoo.com.br](mailto:carvalho_marcus@yahoo.com.br)

<sup>6</sup> Reginaldo Inojosa Carneiro Campello Doutor em saúde materno infantil pelo Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira- IMIP. Membro da Comissão de Perícias Forenses da OAB/PE. Membro da Comissão de Bioética do CREMEPE.  
[adrianaconradoalmeida@yahoo.com.br](mailto:adrianaconradoalmeida@yahoo.com.br)

de alto custo. Mesmo após trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, os brasileiros ainda esperam o alcance de seus direitos fundamentais no acesso à saúde.

**Palavras Chave:** Direitos fundamentais, Reserva do possível, acesso à saúde.

**Abstract:** This article addresses the constitutional right to health and the financial protectionist practice of public and private health services that hinder high cost treatments. Its objective is to analyze the collision between fundamental rights and the possible reserve in the perspective of access to health from the perspective of the Brazilian legal system. Documentary research of qualitative approach carried out in the Brazilian constitutional and procedural legal context, Federal Constitution of 1988; Law 8080/1990 (Organic Health Law / SUS Law); Law 13.105 / 2015 (Brazilian Civil Procedure Code 2015); Constitutionalist Doctrine; concepts of the possible reserve of the Basic Law of the Republic of Germany and injunctions that address the theme of OPME (orthotics, prostheses and special materials) and medicines, using hermeneutics and content analysis technique to achieve the proposed objectives. We note that broad access to health is possible through judicialization, through the granting of injunctions as instruments of life assurance. It is concluded that there is a protectionist practice, which is supported by higher courts and contributes to the formation of possible superconstitutional unconstitutionality in repeated breaches of access to health in high cost procedures. Even after thirty years of the promulgation of the 1988 Constitution, Brazilians still expect the fulfillment of their fundamental rights in access to health.

**Keywords:** Fundamental rights, Reservation of the possible, access to health.

**Resumen:** Este artículo aborda el derecho constitucional a la salud y la práctica proteccionista financiera de los servicios de salud públicos y privados que obstaculizan los tratamientos de alto costo. Su objetivo es analizar la colisión entre los derechos fundamentales y la posible reserva en la perspectiva del acceso a la salud desde la perspectiva del sistema legal brasileño. Investigación documental de enfoque cualitativo realizada en el contexto legal constitucional y procesal civil brasileño, Constitución Federal de 1988; Ley 8080/1990 (Ley Orgánica de Salud / Ley SUS); Ley 13.105 / 2015 (Código Procesal Civil brasileño 2015); Doctrina constitucionalista; conceptos de la posible reserva de la Ley Básica de la República de Alemania y

mandatos que abordan el tema de OPME (ortesis, prótesis y materiales especiales) y medicamentos, utilizando la hermenéutica y la técnica de análisis de contenido para lograr los objetivos propuestos. Observamos que es posible un amplio acceso a la salud mediante la judicialización, mediante la concesión de medidas cautelares como instrumentos de seguro de vida. Se concluye que existe una práctica proteccionista, que cuenta con el apoyo de los tribunales superiores y contribuye a la formación de una posible inconstitucionalidad supraconstitucional en las violaciones reiteradas del acceso a la salud en los procedimientos de alto costo. Incluso después de treinta años de la promulgación de la Constitución de 1988, los brasileños todavía esperan el cumplimiento de sus derechos fundamentales en el acceso a la salud.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, Reserva de lo posible, acceso a la salud, valor da vida.

---

## Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o princípio do acesso à justiça chamando à baila, princípios que tem por sinônimos: acesso à ordem jurídica justa; inafastabilidade da jurisdição ou ainda a inafastabilidade do controle jurisdicional. Nos termos doutrinários de Cassio Scapinella Bueno<sup>7</sup>. Isso significa dizer que a Constituição dá amplo acesso ao judiciário em linha absoluta com o artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna Brasileira.<sup>8</sup> Nesse contexto, devem ser analisadas as normas fundamentais estabelecidas pela Constituição no que tange a busca da tutela jurisdicional para alcançar o acesso à saúde através da realização de procedimentos judiciais necessários para a manutenção da vida, seja por meio de alimentos, medicamentos ou procedimentos de alto custo e complexidade ou qualquer outro meio necessário de manutenção de condições mínimas de sobrevivência.

---

<sup>7</sup> BUENO, 2016, p.44.

<sup>8</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...).

Considerando que o princípio do acesso à justiça está vinculado ao fundamento de um judiciário amplo de acessibilidade, Kazuo Watanabe define:

“A problemática do acesso à Justiça, não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”<sup>9</sup>.

Entendendo dessa forma que quaisquer situações onde houver ameaças ou lesões aos direitos, essas, devem encontrar guarida no princípio do devido processo legal, o qual se materializa nas condições mínimas onde o Estado-Juiz, na pessoa do Magistrado, realiza seu juízo de valor.

Olhando sob esse ângulo, o acesso a esses direitos, ditos fundamentais, deveriam estampar uma bandeira de facilidades e acessibilidades aos mais amplos campos dos direitos, todavia, faz-se necessário observar uma realidade fática que se apresenta diferente aos que se deparam com a necessidade de defender seus direitos fundamentais, direitos que foram conquistados pelo esforço das gerações que antecederam esses dias atuais.

Quando se fala em direitos e garantias individuais que trata a constituição do Brasil de 1988 é importante lembrar as palavras de Canotilho<sup>10</sup>: “rigorosamente, clássicas garantias também são direitos, embora muitas vezes, salienta-se nelas o *caráter instrumental* de proteção aos direitos”.

Alexandre de Moraes<sup>11</sup>, por sua vez afirma:

“a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao estado, assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência”.

Segundo as Leis brasileiras, em especial o artigo 196 da Lei Maior<sup>12</sup>, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Considerando isso, o direito à

---

<sup>9</sup> Kazuo Watanabe, 1988. Em citação de Ana Flávia Melo Torres no trabalho denominado Acesso à Justiça, publicado em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4592](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592)

<sup>10</sup> CANOTILHO, 1993, p.520.

<sup>11</sup> MORAES, 2014, p.34.

<sup>12</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil, é reconhecida como a Carta Magna brasileira ou Lei maior da nação, pois está localizada no topo da hierarquia das leis no nosso país.

vida deve ser resguardado seja relacionado ao direito de continuar vivo, seja a de ter uma vida digna.<sup>13</sup>

É possível extrair, com base nesses contextos, que a vida sob o manto da dignidade da pessoa humana, deve estar em primeiro lugar, e a todos os humanos deve haver o acesso aos direitos que por eles foram conquistados, em especial, à vida e à saúde.

O conteúdo constitucional sobre acesso à saúde existente se apresenta aparentemente distante da realidade fática, quando o Estado traz, por arrastamento legal, o que se chama de medida da reserva do possível. Dessa forma, parece que, ao fazer uso dessa medida, busca como paradigma uma posição de precedentes e julgados de tribunais de cultura diversa à brasileira, o que tende à distorção ao arrastar para nossa realidade, tentando equiparar aquele direito ou até aceitando sua aplicação mesmo estando diante de vidas humanas lutando por justiça na saúde no sistema jurídico brasileiro.

Falando no contexto social do mínimo existencial, Ingo Sarlet, traz ensinamento onde afirma que “a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz com a concretização do direito (fundamental social) à saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz”<sup>14</sup>

Ademais, o pós-positivismo, segundo George Marmelstein, caracteriza-se pela aceitabilidade de que os princípios constitucionais devem ser tratados como “verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, considerando todos os seres humanos com igualdade, respeito e dignidade”.<sup>15</sup>

Numa análise comparativa, urge avaliar as colisões de direitos fundamentais existentes quando entes públicos e/ou privados tentam suprimir direitos e garantias individuais e coletivos, arrastando para suas decisões, a reserva do possível e o mínimo existencial em face do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, esta, já consolidada na Constituição brasileira como um dos fundamentos da República, conforme lição do texto normativo do artigo 1º, Inciso III daquele diploma.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> MORAES, 2014, p.34

<sup>14</sup> Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo em Artigo denominado: Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, pela Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008, p.1.

<sup>15</sup> MARMELSTEIN, 2008, p.10-11.

<sup>16</sup>O Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, traz no seu contexto que é, a mesma, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e que constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, para além da soberania

Essa investigação teórica tem como propósito, promover uma discussão sobre o direito constitucional fundamental do acesso à saúde e os obstáculos colocados pelas operadoras de saúde públicas e privadas, tendo buscado fundamentação na jurisdição brasileira para justificar o incumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, e assim destacar que, desse princípio, derivam deveres sociais, direitos materiais e deveres jurídicos públicos e privados para atingir o cerne da questão que está intrínseco à dignidade do ser humano no seu espectro mais amplo e sensível que é o acesso à saúde para ter uma vida digna.

A conjugação com temas normativos tem o condão de facilitar o entendimento dos ferimentos a esse princípio e que já se materializam no corpo de julgados no Brasil, o que pode facilitar a aplicação da lei nos casos concretos quando se chama ao contexto, decisões onde se declaram ferimentos à dignidade humana e bem fazem, concedendo liminares em desfavor tanto do Estado quanto das empresas privadas no âmbito da saúde, possibilitando aos requerentes o acesso à saúde através da justiça e a garantia de sua dignidade humana.

Os ativistas do movimento de acesso à justiça que, apesar de não estarem ligados por nenhuma organização ou entidade comum, estão uniformizados na busca de construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, permanecem estudando, pesquisando e promovendo novos meios de acessibilidade à justiça.

As conquistas contabilizadas pelo movimento de acesso à justiça, na construção de uma ordem social justa e cidadã não podem ser, de forma alguma, menosprezadas, entretanto, face à dinâmica do processo social, novos direitos surgem a todo instante, além do que, muitos daqueles proclamados pela modernidade, ainda estão sem efetivação.

Somente a normatização de procedimentos, a criação de espaços alternativos para a resolução de conflitos, o incremento de escritórios de assessoria jurídica popular, entre tantas outras conquistas, não superam, apesar de minorá-las, as abissais limitações econômicas, culturais e psicológicas a que está subjugada a grande maioria da população.<sup>17</sup>

---

nacional, a cidadania e a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

<sup>17</sup> Trecho do artigo “Acesso à Justiça: Entraves e Desafios” publicado por Herbart Santos Nogueira e Synara Silde Mesquita Velozo, em 07/2018 na Revista Eletrônica JusBrasil, <https://jus.com.br/artigos/67367/acesso-a-justica-entraves-e-desafios/2>, que trata dos desafios do acesso à justiça na pós-modernidade.

Situado no interior da Carta Política hodierna, esse princípio/fundamento assume a função de fonte inspiradora positivada dos direitos basilares, atestando uma unidade de observância obrigatória no interior do sistema jurídico brasileiro. De outro modo, quando ocorre sua violação torna-se visível, assim como também o são a amplitude e gravidade das consequências advindas desse ato.<sup>18</sup>

Ao conectar a dignidade humana com o direito à vida, forma-se um dueto de valor e sensibiliza o Estado-Juiz, quando sua incidência está voltada a questões que tratam, em particular do direito à saúde. Frize-se que o conteúdo deste estudo se volta a demonstrar o valor da vida para quem busca o judiciário para ter acesso a um direito que é garantido no cerne de um dos fundamentos da carta política constitucional brasileira de 1988 .

A adoção pelo Estado e pelas empresas privadas no exercício do direito de defesa que colidem com direitos e garantias individuais, frutos de sofridas conquistas humanas, em especial pelos brasileiros, impede o livre acesso à saúde, colocando obstáculos na sua fluidez. Os que detém o poder de negar, obrigam aos pleiteantes a transpor verdadeiras “batalhas de vida” para atingir a tal dignidade em sentido amplo, ou seja, direito amplo à saúde e qualidade de vida.

O intuito do estudo foi analisar a colisão entre direitos fundamentais e a reserva do possível na perspectiva do acesso à saúde sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

No caráter metodológico, adotou-se, como formato, a pesquisa documental de abordagem qualitativa. Foram selecionados alguns ordenamentos jurídicos brasileiros como: Constituição Federal de 1998; Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde); Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e referencial teórico da doutrina constitucionalista<sup>19</sup> e conceitos da reserva do possível.<sup>20</sup>

Os dados foram analisados através técnica de análise de conteúdo (análise temática) e da hermenêutica para atingir o objetivo proposto no estudo.

---

<sup>18</sup> PEREZ LUÑO, 1990, p. 317-320. Trata-se de um trecho de artigo intitulado: A dignidade da pessoa humana e os reflexos na efetivação dos direitos fundamentais no âmbito do sistema constitucional brasileiro, os autores Hamilton da Cunha Iribure Júnior e José Maurício Mattos Filho, fazem uma análise profunda do tema e explicitam o conteúdo da página 317-320 do autor António Enrique Perez Luño sobre o dignidade da pessoa humana de 1990. Encontrado em: [publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0d7cd6a8d00b6d0](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0d7cd6a8d00b6d0).

<sup>19</sup> Doutrina de Alexandre de Moraes em “Direito Constitucional” Trigesima Edição de 2014 e Cassio Escapinella Bueno em Manual de Direito processual Civil de 2016.

<sup>20</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.

A análise de conteúdo teve a finalidade de trazer à tona os aspectos acima apontados, emergindo nos direitos fundamentais e apontando as relações existentes entre os institutos que garantem o acesso à saúde e que litigam contra as práticas de proteção financeira quando do uso da reserva do possível aplicada pelo Estado e pelas entidades privadas operadoras de serviços de saúde, para obstaculizar o acesso pleno aos benefícios constitucionalmente garantidos para todos.

A pesquisa qualitativa não objetiva enumerar ou medir eventos e, geralmente, não emprega instrumental estatístico para análise dos dados. Busca a obtenção de dados descritivos mediante contato direto e interativo do pesquisador com a situação objeto de estudo. O formato de pesquisa documental é constituído pelo “exame de materiais que ainda não receberam um tratamento analítico ou que podem ser reexaminados com vistas a uma interpretação nova ou complementar, podendo se constituir em base útil para outros tipos de estudos”. Godoy<sup>21</sup> e Neves.<sup>22</sup>

A análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção destas mensagens.<sup>23</sup>

A hermenêutica constitucional é o estudo e sistematização dos processos aplicáveis no âmbito da Constituição para determinar o sentido e o real alcance das normas constitucionais de conteúdo político-jurídico.

Assim, a Hermenêutica não é interpretação. Hermenêutica é, “a ciência que fornece a técnica e os princípios basilares para os operadores do direito apreenderem o verdadeiro sentido da norma constitucional sob exame”. Mafra.<sup>24</sup>

## **1. A estrutura da reserva do possível e seu arrastamento para o direito brasileiro**

---

<sup>21</sup> GODOY, 1995.35:20-29.

<sup>22</sup> NEVES, 1996.1:1-5

<sup>23</sup> BARDIN, 1977, p.42.

<sup>24</sup> Francisco Mafra, 2019, conceitos obtidos de trabalho denominado Ciência de Direito Constitucional, publicado em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=858](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=858)



A chamada medida da reserva do possível teve origem no ano de 1972 na Alemanha, e foi o resultado de uma ação proposta pelos alunos de uma Universidade Pública alemã para fins de ingresso no curso de medicina. Teve por fundamento, o artigo 12, inciso I da Lei Fundamental da Alemanha, que indica a liberdade de escolha da profissão. Diz seu inciso (I): “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei. (...)”<sup>25</sup>

Esse pleito foi realizado pelos alunos do curso de Medicina, em razão da liberdade de escolha garantida pela Lei Fundamental alemã, conforme o texto em destaque, contudo, havia uma colisão de direitos, de um lado versava a possibilidade de escolha e de outro uma limitação do ingresso de alunos na referida universidade.

Fato este que teve como solução uma interpretação sistêmica para a solução da colisão das normas fundamentais, garantindo a escolha bem como a limitação, o que somente foi possível diante do julgamento considerando a possibilidade de resolução do conflito através da utilização do que passou a se chamar “*reserva do possível*”.

Desse modo, a disponibilização das vagas estariam de acordo com a capacidade do Estado em bancar financeiramente aqueles custos relativos a esse ato, passando a ser conhecida essa decisão como “*numerus clausus*”.

Nesse sentido, autores como Robert Alexy<sup>26</sup> e Ronald Dworkin<sup>27</sup> ensinam que os princípios são formalizadores do processo de ponderação, o que ocorre a partir das colisões entre princípios. São por conseguinte, normas de sopesamento.

Por essa razão, importa que sejam interpretadas de maneira racional e dentro de um contexto fático, para que assim, o Estado possa responder adequada e corretamente aos casos dentro de uma interpretação onde predomina a razão jurídica.

Ainda na mesma linha ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>28</sup> em seus ensinamentos que “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas

---

<sup>25</sup> Artigo 12, inciso I da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, p.22.

<sup>26</sup> ALEXY, 2008, p.95-97.

<sup>27</sup> DWORKIN, 2007.p.43

<sup>28</sup> MELO, 2000, p.748.

a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”

Ao fazermos um paralelo entre a reserva do possível e os direitos fundamentais sociais, no seu efetivo cumprimento, é possível se inferir que esses direitos estariam vinculados e sob a túnica da capacidade financeira do Estado, e por conta disso dependeriam de prestações financiadas pelo tesouro público.

Passa-se, por conseguinte, a nortear e limitar o acesso aos direitos fundamentais, ponderando como fator crítico de decisão a capacidade financeira seja do Estado ou por arrastamento das empresas privadas de saúde, o que promove e impõe limitações aos que delas necessitam.

É possível perceber que no nosso país, o princípio da reserva do possível está diretamente ligado e vinculado a uma equação unicamente financeira, e tende a se refugiar nos limites de acesso perante a possibilidade de seu esgotamento, focadas num fluxo de demanda. Com essa prática tentam, mas, sem sucesso, responder ao imponderável valor de uma vida.

Os administradores e gestores, em manutenção da negativa de acesso amplo à saúde, movem-se nos mais variados meios para provar suas teses nos seus argumentos de defesa, com fins de tentar atender e cumprir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Marco Antonio Sevidanes Matta,<sup>29</sup> trata de duas dimensões dessa reserva do possível, a reserva fática e a reserva jurídica. A reserva fática trata da possibilidade financeira e a reserva jurídica cuida dos aspectos da legalidade do orçamento e de igual modo busca a efetivação do direito para uso do sistema estatal.

É possível trazer os mesmos conceitos para as operadoras de planos de saúde privados, quando trazem consigo um meio legal de negar acesso quando a equação financeira lhes são desfavoráveis. Nesse diapasão, Francesco Conte citado por Marco Antônio Sevidantes Matta, indica que “Entre essas duas reservas do possível — a fática e a jurídica — deve caminhar o administrador público na busca para tornar sua ação a mais eficiente possível.” Assevera que devem ser observados os limites materiais e as imposições jurídicas, e que deve o administrador ponderar dentre as diversas alternativas possíveis, aquela que promove o melhor custo-benefício. Nesse “balanço entre bônus

---

<sup>29</sup> MATTA, 2006, p.6.

e ônus”, entram não apenas os recursos financeiros em si, mas toda a gama de interesses coletivos e individuais afetados pela ação administrativa.<sup>30</sup>

## **2- Direitos fundamentais e dignidade humana ao acesso amplo à saúde**

O aumento da expectativa de vida com o aumento das doenças crônicas nos faz refletir sobre o acesso a procedimentos de alta complexidade (tratamentos, medicamentos e nutrição especial, dentre outros) e o cumprimento dos direitos fundamentais.

Todas as garantias para o cumprimento das expectativas de forma positiva já foram estabelecidas através da Constituição brasileira de 1988.

George Marmelstein diz sobre Direitos Fundamentais, que são "Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito". Cita ainda que "Por sua importância axiológica, esses direitos fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico".<sup>31</sup>

Para Ingo Sarlet direitos fundamentais, diferem dos direitos humanos, com os quais, são frequentemente confundidos, na medida em que os direitos humanos aspiram à validade universal, ou seja, são inerentes a todo ser humano como tal e a todos os povos em todos os tempos, sendo reconhecidos pelo Direito Internacional por meio de tratados e tendo, portanto, validade independentemente de sua positivação em uma determinada ordem constitucional (caráter supranacional). Complementa que os Direitos Fundamentais, por sua vez, são os direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (caráter nacional).<sup>32</sup>

No ano de 2019, a Declaração Universal dos Direitos Humanos completa 70 (setenta) anos. Nesse espectro, ainda podemos ver, cristalina, que estamos à busca de meios para garantir o mínimo de dignidade humana em muitos recantos do nosso país, o que denota a necessidade de transformação do texto constitucional em uma realidade fática, pois o cumprimento dos princípios básicos ainda estão por vir, enquanto assistimos, imóveis, o degladiar dos que clamam, contra os grilhões do Estado, calculando chances de vida, muitas vezes, numa equação que tem como variável o impossível e

---

<sup>30</sup> Francesco Conte, citado por Marco Antônio Sevidentes Matta, 2006, p.6.

<sup>31</sup> MARMELSTEIN, 2008, p.20

<sup>32</sup> SARLET, 2006, p.35-36

o improvável, suprida, somente, quando o Próprio Estado, desta vez, vestido com as vestes da justiça, atenta aos que clamam por vida, com uma chama de esperança que se materializa numa liminar.

Diante da pureza conceitual dos direitos fundamentais, abre-se o debate para que sejam de fato ampliados os seus entendimentos, permitindo que a “membrana” da barreira de pensamentos contrários seja perfurada. Tal substrato intelectual às vezes injusto chega a beirar a intransponibilidade.

Aos debruces sobre decisões judiciais, rompe perceptível que a figura das liminares, atuam como salvaguardas de esperança, ao menos, remediando, o que às vezes considera-se o quase fatídico prazo para consumação de vidas, ante aos atos de defesa do Estado e das empresas de saúde privadas, na proteção dos seus entendimentos viscerais sobre o que de fato seria a aplicabilidade da reserva do possível para o Estado e, por arrastamento, às gestoras de planos de saúde.

Uma aparência de "Estado Leviatã"<sup>33</sup> quase surge no horizonte, não fosse o quebrantar de alguns, motivados por um raciocínio jurídico louvável, compreendendo então a real importância da vida diante da diferença entre o mínimo existencial, numa situação de quase escassez de vida, nas filas de espera do acesso à saúde.

Não há como medir a angústia de quem aguarda a concessão de uma liminar de saúde, nem a vida flui nas veias da dúvida, mas, sucumbe nas atuais vias processuais ou pelo fato de o tempo ser fator crítico de insucesso, quando da espera pela concessão da Tutela de urgência, muitas vezes, declinando do tempo de espera, vindo a óbito, fruto da inércia ou do desentendimento hermenêutico.

Alexandre de Moraes destaca quem são os destinatários da proteção dos direitos humanos, aponta o artigo 5º da CF, onde temos que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup>Trecho do artigo “Leviatã o estado Forte, Cruel e Violento” do Autor Richard Garcia, publicado em 29/10/2015, que trata do poder do Estado Leviatã, a quem Hobbes chamava de “deus mortal”, o qual deveria ser exercido por um rei com poderes absolutos que, pelo medo, governaria a vida de todos. Seria o soberano e os homens os súditos. Estaria acima das leis, sem limites para suas ações, desde que agisse no cumprimento de sua parte no contrato: garantir a vida, a prosperidade e a paz. Os homens abdicam de sua liberdade, pois sabem que, se não houver este poder soberano, a vida estaria constantemente ameaçada, pois onde não há lei, não há limites.

<sup>34</sup> MORAES, 2014, p.33.

Ainda no mesmo entendimento, colabora afirmando: "O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".<sup>35</sup>

Um caso paradigmático chama a atenção ao tema, que pode ser observado no extrato de um julgado e que traz na sua ementa, uma vítima de assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco ao qual se atribuiu omissão no desempenho da obrigação de oferecer à população local, níveis eficientes e adequados de segurança pública – prática criminosa que causou tetraplegia à vítima e que lhe impôs, para sobreviver, dependência absoluta em relação a sistema de ventilação pulmonar artificial – necessidade de implantação de marca-passo diafragmático intramuscular (marca-passo frênico). Houve recusa do Estado de Pernambuco em viabilizar a cirurgia de implante de referido marca-passo. Embora no ordenamento jurídico o direito à vida e à saúde é dever do estado conforme artigos 196 e 197 da Constituição Federal e obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros da federação.

Nessa esteira, podemos ver a prevalência do direito à vida, sobrepondo aos interesses do Estado, que através de suas instituições, entende a colisão de direitos ali definidos em favor do requerente, não dando provimento ao pedido de uso da reserva do possível, que fora arguida em juízo, no caso concreto descrito.

O Estado, ao mesmo tempo, cria instrumentos de regulação, por meio da edição de leis, como se pode destacar a Lei 8080 de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Conhecida também como lei do SUS, define no seu artigo 4º a atuação do Estado na condução das políticas de saúde com um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, que constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>36</sup>

O artigo 5ª do citado diploma, aponta os objetivos do SUS e elenca ainda, no inciso I, letra "d" do texto legal, que este deve executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

---

<sup>35</sup>MORAES, 2014, p.34.

<sup>36</sup>Conceito trazido do sítio ([www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Lei 8080/90).

### **3. A Constituição e o acesso à saúde como proteção à vida com garantia de qualidade**

A Carta Magna brasileira de 1988 trazia a expectativa de inaugurar e aperfeiçoar o alcance gerado na gênese<sup>37</sup> dos direitos chamados fundamentais. Esses direitos que se encontram estampados no artigo quinto do diploma constitucional brasileiro, contém normas que são consideradas na sua mais perfeita forma, de profundo alcance e dotadas de imperatividade e de aplicação imediata, sob pena de, não aplicá-las, concorrer com o desrespeito constitucional.

A Constituição está cercada de princípios, dentre outros, aponta o Princípio da Supremacia Constitucional o qual destaca que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico nacional e nenhuma norma jurídica pode contrariá-la material ou formalmente, sob pena de inconstitucionalidade. Já o Princípio da Imperatividade da Norma Constitucional diz que a norma constitucional é imperativa, de ordem pública e emana da vontade popular.

Os dispositivos constitucionais devem ser interpretados com a mais ampla extensão possível. A Constituição não pode ser interpretada sob fundamentos da legislação ordinária precedente. Por sua vez, o Princípio da Taxatividade da Norma Constitucional indica que a norma constitucional deve ser interpretada taxativamente não se admitindo uma interpretação de maneira extensiva ou analógica. A incidência da norma constitucional deve ser restrita à vontade expressa do constituinte.<sup>38</sup>

A Constituição Federal define no artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, e dessa forma, garante, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, a proteção e recuperação da saúde.

---

<sup>37</sup> O termo “gênese” utilizado é uma forma de analogia, como de uma natureza geradora de onde surgiram todos os elementos que ajudaram a trazer os direitos fundamentais até os dias de hoje, como os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, oriundos da revolução francesa de 1789.

<sup>38</sup> Conforme entendimentos obtidos na leitura do trecho de trabalho denominado Ciência de Direito Constitucional, Francisco Mafra, 2019, publicado em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=858MAFRA](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=858MAFRA), 2019.

A lei 8080/90 estabelece que a saúde é um direito fundamental, e o faz estampando essa definição no seu artigo segundo, quando destaca: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Já na sequência, a lei 8080/1990 assevera no seu parágrafo primeiro que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem reduzir riscos de doenças e outros agravos e que devem promover condições que assegurem o acesso universal e igualitários às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.<sup>39</sup>

Existe um aparente paradoxo constitucional no nosso ordenamento ao se constatar que, apesar de nossa Carta Constitucional ser reconhecida como uma das mais avançadas em matéria de direitos fundamentais, nosso país ocupa hoje a vergonhosa 79ª posição dentre 188 nações, no ranking elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que mede o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Contudo, George Marmelstein destaca que "Curiosamente, o IDH inclui aspectos como mortalidade infantil, concentração de renda, analfabetismo, pobreza, desnutrição etc., ou seja, todas as carências básicas que os direitos fundamentais se propõem a combater".<sup>40</sup>

Nesse sentido estrito, verifica-se a imperatividade do cumprimento desse texto constitucional, de modo que promova, de fato, o acesso à saúde, como medida profilática, já amplamente conhecida na máxima de que, “é melhor prevenir do que remediar”, todavia, ainda que seja necessário remediar, que sejam dadas amplas possibilidades para que todos possam ser alcançados pelo cumprimento do texto constitucional no entendimento mais amplo, e não no mais restrito.

Nessa mesma linha, em que pese, a obrigação de fazer cumprir a Constituição, seja de ente estatal ou privado, o acesso a determinados tratamentos, medicamentos, procedimentos cirúrgicos, nutrição especial, dentre outros, somente se consubstanciam em realidade, através de ação judicial, com utilização dos meios processuais estabelecidos pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Lei 8080/1990 - Lei do SUS - § 1º.

<sup>40</sup> George Marmelstein, em publicação intitulada Direitos Fundamentais e Frustração Constitucional, no endereço eletrônico <https://direitosfundamentais.net/2007/08/13/direitos-fundamentais-e-frustracao-constitucional/>

<sup>41</sup> O novo Código Civil brasileiro, a lei 13105/2015, foi fortemente influenciado pela força da Constituição, e traz assim, no seu artigo 1º que o Código Processual Civil será “será ordenado,

Dessa maneira, o novo Código de Processo Civil-CPC de 2015, inaugura já a partir do seu artigo 1º, definindo que, “o processo civil brasileiro será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil...”, o que se pode chamar de “Princípio da Força Normativa da Constituição”<sup>42</sup>, e que dá força ao que a doutrina chama de Neoprocessualismo. O magistrado deve ter em mente que uma solução não está visceralmente integrada à norma, há de existir um toque de criatividade jurídica baseada no princípio da legalidade, para encontrar soluções para tais problemas, o que o torna elemento ativo e partícipe nas construções do direito utilizando-se das variáveis possíveis existentes nas chamadas cláusulas abertas do sistema jurídico nacional.

Significa dizer, que o Neoprocessualismo traz ao conteúdo processual, a força da Constituição no que tange às suas normas fundamentais, conjugando o novo diploma processual e a Constituição, abraçando na sua base diversos princípios de amplo espectro, em especial, o princípio considerado pela doutrina como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, a inércia seja do Estado ou de entidades privadas quanto ao cumprimento das normas fundamentais estabelecidas, termina por ser acessível apenas por meio do provimento jurisdicional através de manejo, por profissional de direito, apresentando para tal feito, as medidas dispostas a partir do artigo 294 da Lei nº 13.105/2015 e, nos casos urgentes, através de pedidos de liminares, concedidas por meio de pedidos de tutelas provisórias de urgência em caráter antecedente, como define o artigo 303 daquele diploma legal.

O Código de Processo Civil de 2015, com este dispositivo, inova em relação ao Código de Processo Civil anteriormente em vigor, que era do ano de 1973<sup>43</sup>, possibilitando que seja feito o pedido de Liminar (tutela provisória

---

disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil,

observando-se as disposições deste Código. A esta influência constitucional a doutrina chama de “Neoprocessualismo”.

<sup>42</sup> Trata-se de uma construção baseada na análise da influência principiológica trazida pela Constituição de 1988 ao Código Processual Civil de 2015 (NASCIMENTO, Luiz Henrique dos Santos).

<sup>43</sup> O Código Civil de 1973 foi substituído pelo atual Código de Processo Civil de 2015, lei nº13.105/2015.



de urgência em caráter antecedente), sem que seja necessário elaborar uma complexa peça processual, permitindo que o tempo possa correr em favor do requerente.

Naturalmente, uma vez concedida a Tutela de Urgência, o judiciário abre prazo para que o advogado possa fazer o envio completo da peça processual cabível.

Essa é a concreta manifestação do neoprocessualismo brasileiro, ou seja, o processo civil contribuindo direta e positivamente para a garantia dos direitos fundamentais em linha absoluta com um outro princípio estampado no artigo 6º do Código de Processo Civil brasileiro, conhecido como Princípio da Cooperação, o qual destaca que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Sendo o Direito Processual Civil, um ramo do direito público, porque em última análise, estaria voltado ao estudo da atividade fim do poder judiciário, essa função jurisdicional, no seu exercício, é indispensável dá-se a partir da Constituição Federal, pois é ela e não as leis, que moldam o “ser”, ou melhor, o “dever ser” do Estado brasileiro”, segundo opinião de Cassio Scapinella Bueno.<sup>44</sup>

Em sede de doutrina, Daniel Amorim<sup>45</sup>, por sua vez, complementa esse raciocínio, nos termos do artigo 303, *caput*, do novo Código de Processo Civil, indicando conforme o texto legal que quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Todo o esforço na elaboração das novas regras dos pedidos de tutela antecipada no novo CPC, visa colaborar e auxiliar ao cumprimento do Princípio do Acesso à Justiça, definido no artigo 3ª da Lei 13.105/2015, já que o Estado, por sua vez, em muitos casos, negligencia a legislação, utilizando-se de seu poder de império, colocando-se de lado oposto ao do cidadão que carece da assistência médica, medicamento, nutrição especial, procedimentos cirúrgicos, dentro outras tantas necessidades concernentes à saúde em caráter de urgência, a serem disponibilizadas pelo Estado ou pelas empresas operadoras de planos de saúde privadas. Note-se que, por arrastamento, as empresas privadas operadoras de serviços de saúde, de igual

---

<sup>44</sup> BUENO, 2016, p.41

<sup>45</sup> AMORIM, 2016, p.485

modo se utilizam de um mesmo raciocínio financeiro focado por arrastamento da medida da reserva do possível, impeditivo e obstaculizador do livre acesso à saúde aos seus usuários.

Notadamente estampa-se aqui a inacessibilidade ao alcance do direito à inviolabilidade da vida, destacado no artigo 5º da Constituição Federal,<sup>46</sup> buscado sempre e unicamente para fins de sobrevivência.

No cenário atual, observa-se que o acesso amplo à saúde somente se dá pela expedição de liminares, de maneira que, para ter a possibilidade de se submeter aos procedimentos de alta complexidade (cirúrgicos, medicamentos, nutrição especial, sistemas de suporte à vida), é preciso que o mesmo Estado, paradigmaticamente, nos casos em que se pleiteia provimento jurisdicional contra seus próprios conceitos, promova o acesso à saúde, através de atividade típica de jurisdição, possibilitando o reequilíbrio, garantindo a fluidez dos direitos fundamentais que se chocam com os interesses financeiros incidentes no Estado e nas empresas de saúde privadas.

O Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com situações onde há o choque entre os direitos fundamentais e os direitos constitucionais, prevalece no entendimento de que cabe ao intérprete da Constituição, a aplicação da ponderação e proporcionalidade para que seja possível estabelecer qual o direito que irá prevalecer.

Também no Direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito. É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como “lei de ponderação”, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional”.<sup>47</sup>

Embora haja um entendimento de que não existe um direito fundamental absoluto, no surgimento de situações em que se colidem esses direitos, faz-se necessário haver uma compatibilização e harmonização por meio da aplicação da proporcionalidade, sempre, tendo em mente, aquilo que seja mais valioso no caso em análise, e em sentido amplo, a dignidade da pessoa humana, prevalecendo e sendo a vida o bem mais precioso a ser garantido.

---

<sup>46</sup> O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, trata dos Direitos Fundamentais, de alcance à todos os brasileiros.

<sup>47</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p.281.

#### 4. Obstáculo ao direito à saúde em procedimentos de alto custo

Procedimentos de alto custo como intervenções invasivas, medicamentos, alimentação especial, órteses, próteses e materiais especiais são problema para os gestores da saúde pública e privada. Alega-se que os recursos da saúde são finitos. De um lado tem-se o cidadão buscando ter acesso a esses procedimentos e de outro o Estado e as operadoras de saúde privadas ou gestores do SUS negando o acesso. Esses conflitos entre usuários e gestores podem gerar demandas judiciais (Judicialização da Saúde).

Surgem, nessa seara, posições bastante complexas, como ocorre, por exemplo, com os medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. A agência descreve o termo *off label*, tratando dos medicamentos que são registrados no Brasil, os quais recebem aprovação para uma ou mais indicações, assim, sua concessão somente ocorre, se comprovadas, qualidade, eficácia e segurança, baseando-se em estudos clínicos para tal certificação. Assevera que, quando um medicamento é aprovado para uma indicação, ele pode ser aplicado para outras, mas, para isso, serão necessários estudos submetidos à agência que, após seu crivo, poderá ser inserido na bula do medicamento e liberado para determinado uso terapêutico.

Quando um medicamento é utilizado sem os devidos estudos, a esse uso caracteriza-se como *off label*, assim, define a Agência que quando o medicamento é empregado sem os estudos devidos, nas situações descritas acima está caracterizado seu uso não aprovado (*off label*).

O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. Há casos mesmo em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos.<sup>48</sup>

Nesse espectro de entendimento, as restrições impostas ao acesso à saúde podem dificultar o acesso aos direitos fundamentais e conseqüentemente

---

<sup>48</sup> Definições atinentes ao termo *off label*, obtidas no sítio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA em 2019.

podem promover o uso *off label* de medicamentos, como baluarte de esperança aos necessitados, enquanto não se definem os casos nos tribunais, podendo, com isso, permitir a exposição de riscos graves à saúde para a sociedade, que vem se colocando nesse verdadeiro *front*, dependendo das liminares para garantir o direito fundamental à vida.

Em absoluta consonância com o contexto acima, quando o judiciário determina o custeio de um tratamento de saúde para uma pessoa que encontra-se com uma doença grave, a alegação de falta de recursos públicos para custeio do tratamento não pode se antepor diante de direito fundamental à saúde e à vida do indivíduo, nesse diapasão, traz-se à tela o julgado que contém a “EMENTA” Como Agravo de Instrumento em Ação de Obrigação de Fazer para o fornecimento de medicação para pessoa portadora de câncer da tireoide (cid c73). Teve a antecipação de tutela judicial deferida bem como a Verossimilhança das alegações e o Perigo de dano irreparável comprovados. A obrigação solidária dos entes federados na prestação dos serviços de saúde (art. 196 da constituição federal). Fármaco não-padronizado não sendo considerado e onde teve a obrigação, mesmo assim, de fornecê-lo. Teorias do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", que não foram consideradas para sobrepujar o direito fundamental à saúde e à vida. Inexistência de comando constitucional ou infraconstitucional que condicione o direito à saúde ao patenteamento da hipossuficiência financeira do demandante. Aplicação do princípio da razoabilidade. Decisão mantida. Agravo desprovido. Segue o magistrado na sua decisão:

I. Na ação que visa ao fornecimento de medicação, sendo comum a competência dos entes federados (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) e solidária a responsabilidade deles pelo cumprimento da obrigação, poderá o particular exigi-lo de qualquer dos coobrigados. II. Mesmo que não-padronizado o medicamento, uma vez demonstrada sua efetiva indispensabilidade, deve ser fornecido graciosamente pelo ente estatal demandado. III. As denominadas teorias do "mínimo existencial" e da "reserva do possível" não se prestam para negar efetividade à Constituição Federal e aos direitos fundamentais à saúde e à vida nela enunciados. IV. A rigor, inexistente comando constitucional ou infraconstitucional que sujeite o direito à saúde ao patenteamento da condição de pobreza ou de hipossuficiência financeira da parte que o requer do Estado, devendo-se seguir, em cada caso, o princípio da razoabilidade.

Acrescente-se que a Constituição Federal de 1988, prevê expressamente em seu art.5º, §1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, possuem aplicação imediata.<sup>49</sup>”

Saliente-se ainda que deve ser imposta certa cautela na análise do termo “aplicação imediata”, uma vez que não estamos diante de uma obrigação do Estado em proporcionar os direitos em caráter imediatista e integral, mas o dever de conceder o “mínimo existencial”, independente do conceito da reserva do possível.

Contudo, importa após apurados os recursos orçamentários previstos em cada caso concreto e promovida a necessária ponderação entre os princípios e interesses envolvidos — não se poderá deixar de atender a um parcela dos direitos fundamentais básicos do cidadão, o que se convencionou denominar de “mínimo existencial”. Isto é, existem direitos e situações específicas em relação às quais não se concebe possa o Estado abster-se, alegando falta de recursos públicos ou outros interesses públicos.<sup>50</sup>

Daniela Moraes, expõe citando Sarlet e Figueiredo: “Quando se trata de direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não deve por si só ser fundamento para impedir a satisfação do direito.”<sup>51</sup>

Nesse raciocínio, o descumprimento do mínimo existencial configuraria lesão ao direito de condições mínimas para a existência do ser humano: “o homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.”<sup>52</sup>

Nessa esteira, podemos ainda, de igual modo, observar o teor do julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL nº 0021589-59.2011.8.19.0066. JANEIRO DE 2013”, tendo como fonte o trabalho denominado “CONTRATOS DE CONSUMO: APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSIVEL NO BRASIL E DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, de autoria de Francisco Luciano Lima Rodrigues e Maria Laura Lopes Nunes Santos, que traz uma Apelação Cível em Ação de Obrigação de Fazer em Plano de Saúde cuja cobertura fora recusada. Arguido direito à vida e à saúde. Ação ajuizada com o propósito de se obter a condenação da ré a custear o material (prótese/órtese), indispensável ao procedimento cirúrgico, bem como

---

<sup>49</sup> Julgado realizado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em 2010. Que reforça, no seu contexto, as teorias do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", indicando que essas não se prestam para negar efetividade à Constituição Federal e aos direitos fundamentais à saúde e à vida nela enunciados.

<sup>50</sup> MATTA, 2006, p.6.

<sup>51</sup> MORAES, Daniela, 2010. Em artigo denominado: Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial.

<sup>52</sup> GUERRA; EMERIQUE, 2006, p.385.

autorizar a realização de cirurgia. Sentença que confirmou a decisão que antecipou os efeitos da tutela e determinou que a ré arcasse com as despesas inerentes à cirurgia da parte autora, incluindo-se os custos com internação e com o material necessário a sua realização. Condenou, ainda, a parte ré ao pagamento de danos morais. Inteligência contida na Súmula 112 deste E. TJRJ. A cláusula do contrato firmado entre as partes, que exclui a cobertura de qualquer espécie de órteses e próteses é nula, devendo a seguradora arcar com todos os custos inerentes à cirurgia. Negou o seguimento do recurso em decisão monocrática.

Para demonstrar a aplicação prática de acordo com os julgados expostos, é possível observar que as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, ainda que usadas por arrastamento, não servem como argumento para a não prestação de um direito fundamental elencado na Constituição Federal.

## **5. O fundamento da república como princípio fundamental norteador das decisões judiciais**

Os princípios que regem o acesso aos direitos fundamentais, foram a resultantes de uma equação que contém como variável o sofrimento humano para sua conquista. Tal Sofrimento soma-se às necessidades emergentes e anseios sociais que foram considerados como fatores de construção de um entendimento mais voltado ao social que o poder constituinte, da gênese constitucional brasileira, recebeu e consolidou na Carta Magna daquele ano de 1988 chamando de direitos fundamentais. O constituinte adotou tais direitos por escolha e estabeleceu assim as normas e direitos fundamentais e ainda garantiu o que a doutrina chama de cláusulas pétreas. Tais cláusulas foram inseridas na Constituição de 1988 e são áreas temáticas do texto constitucional que não podem ser objeto dos chamados Projetos de Emenda Constitucional-PEC, encontram-se dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; os direitos e garantias individuais, existindo ainda, outras cláusulas implícitas que não podem ser emendadas em sua maioria, porque são dependentes dos assuntos anteriormente relacionados. Com esse instituto, restringiu-se a possibilidade de alteração desses dispositivos legais visando a proteção daqueles direitos conquistados por todos.

Vale ressaltar a dignidade da pessoa humana, estabelecida como fundamento da república, instituído pela Constituição brasileira vigente, no seu artigo 1º, Inciso III, conjulgando com o que ensina Alexandre de Moraes na sua obra “Direito Constitucional”, quando afirma que, “a dignidade da pessoa

humana, concede unidade aos direitos e garantias fundamentais e que é inerente às personalidades humanas”. Afirmar ainda que “esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.<sup>53</sup>

Afirmar ser verdade que a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, diz ainda, que se constitui um “mínimo invulnerável” que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais.

Completa com as palavras ditas no Recurso Extraordinário RE352.940/SP, pronunciadas no Supremo Tribunal Federal pelo ministro Carlos Velozo, “sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”<sup>54</sup>

## 6. Inconstitucionalidades do Guardião da Constituição

As decisões tomadas nos tribunais superiores possuem enorme impacto no cumprimento dos direitos fundamentais, delas seguem esperança de justiça ou desesperança de vidas. São elas e não outras que se insurgem contra os poderes, mas tem encontrado força em alguns fenômenos jurídicos.

Podemos chamar à tona, tema exposto em artigo publicado na revista Direito, Estado e Sociedade, que trata do fenômeno da dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal, o qual pode ser definido como “a formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, por exemplo: (“julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos.” Destaca que Diante dessa condição, em que pese o tecido da decisão ter sido tecido por uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma determinada norma, cujo controle de constitucionalidade é feito de forma concreta naquela casa, isso provoca dificuldade e até impossibilidade para se filtrar a opinião majoritária da Corte sobre aquele assunto, ou seja a *ratio decedendi*.

---

<sup>53</sup> MORAES, 2014, p.18

<sup>54</sup> Palavras do Ministro Carlos Velozo no Informativo do Supremo Tribunal Federal-STF, nº 358, p.3. De 25 de abril de 2005.

Assim, surge a idéia de que se teoriza ser o STF formado por “11 ilhas”, ou seja, isso gera perplexidade no contexto jurídico.<sup>55</sup>

Note-se o surgimento de um possível ponto de ruptura constitucional. Ao passo que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 garante o acesso amplo à saúde, institucionalizando esse conceito na criação do Sistema Único de Saúde-SUS através da lei 8080 de 1990, vemos no horizonte jurídico o surgimento de impedimentos e regras para cumprimento das obrigações constitucionais, tudo isso com o aval procedimental do Supremo Tribunal Federal, justamente na casa em que se espera concretamente, todas as defesas e guardas dos direitos fundamentais, na qualidade de guardião da Constituição.

Importa destacar que não se trata de um fenômeno noviço, pois no ano de 2016 o STF - Supremo Tribunal Federal - reafirmou o posicionamento favorável aos pacientes que precisam de medicamentos e tratamentos de alto custo por meio do SUS. Até aqui nenhuma novidade, contudo, já surge naquela casa, orientação segundo a qual, se apresentam importantes restrições e que dizem respeito aos tratamentos puramente experimentais e aqueles não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como se posicionam com estabelecimentos de requisitos a serem obedecidos para que sejam custeados pelo Estado.<sup>56</sup>

No tema em tela, o voto do ministro Marco Aurélio (relator), no julgamento do recurso Extraordinário (RE 566471/RN) foi aditado ao proferido em sessão anterior, na ocasião o ministro teorizou arguindo que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas

---

<sup>55</sup> Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando, em artigo publicado na edição de número 48, no ano de 2016, da Revista intitulada Direito, Estado e Sociedade, publicada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro-PUC, expondo o assunto de forma a trazer o conceito da dispersão de fundamentos em julgado no STF.

<sup>56</sup> Conforme dados constantes do Recurso Extraordinário (RE) junto ao Supremo Tribunal Federal-STF, (RE 566471/RN, relatoria do min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2016. (RE-566471) sobre Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento.



as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.<sup>57</sup>

Percebe-se que ainda há a criação de chamadas “travas” para liberação de remédios no SUS, não permitindo acesso amplo ao que necessita urgentemente de tais medicamentos. Há um cumprimento prévio de requisito, que pode colocar em risco tal paciente. Há entendimentos que o projeto de reforma da Constituição, se dará por meio da redução da distribuição de remédios para pacientes da rede pública de saúde, obtidos, vejam, bem, obtidos por meio de decisão judicial. Pode ser que estejamos diante de uma imensa insegurança jurídica, caso se consolide essa prática, quando, do seu lado, o STF colocar restrições às decisões judiciais em concessão de liminares. Há uma enorme chance de ruptura jurídica causada por decisões desconectas da realidade fática da saúde brasileira. Assim, surge um questionamento: onde poderemos encontrar bom porto para refugiar o direito à saúde na dignidade da pessoa humana?

### **Conclusão**

Analisando a colisão entre os direitos fundamentais, garantidos na Constituição de 1988 frente a reserva do possível, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a garantia do acesso amplo à saúde, somente evolui, em determinados casos, quando o Estado, manifestado no poder republicano do judiciário, declina da reserva do possível para conceder, por meio de liminar, o acesso aos procedimentos que visam a saúde e a manutenção da vida.

Ao utilizar-se da medida da reserva do possível, o Estado e as operadoras privadas de planos de saúde, se preservam, no entanto, descumprem a Constituição e seus fundamentos, criando uma inconstitucionalidade reincidente, ao lançar os casos em que o Estado é inquirido a fornecer, por via de obrigação, determinados medicamentos ou procedimentos de urgência e até eletivos, para a seara da disputa da hermenêutica jurídica teleológica, onde só se vislumbram perdedores, de um lado a vida, do outro a sociedade, restando apenas o fulgor passageiro do agravado (Estado ou empresas privadas), sem vitórias, apenas decisão adiada enquanto a vida suportar mais alguns dias sem o medicamento ou sem o procedimento pleiteado como suspiro de esperança.

É preciso consolidar de fato, a dignidade da pessoa humana, no acesso à saúde e tratamentos com sobrevida de qualidade. Precisamos sair da seara

---

<sup>57</sup> Trecho do voto do ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 566471/RN, no Supremo Tribunal Federal-STF).

dos tribunais para o reconhecimento pleno da cidadania constitucional há tanto almejada, consolidando assim o reconhecimento desse princípio não apenas como fundamento da República, mas especialmente, como fundamento de vida ao cidadão que hoje bate à porta do judiciário para pedir o provimento jurisdicional como uma “chama de esperança”.

Urge garantir a pacificação das decisões, sua imutabilidade constitucional e seu resguardo definitivo pelo Supremo Tribunal Federal na qualidade de máximo guardião da Constituição. Inadmita-se arranhar a confiança das instituições com aplicação da ponderação nas decisões quando a vida está em jogo.

Submeter-se a tratamentos ou uso de medicamentos, nutrição específica, terapias e cuidados especiais, de alto custo, é colocar-se em linha de risco de vida quando dependem unicamente da concessão do Estado ou das operadoras de planos de saúde. O fator tempo passa a ser sua maior luta, que nem sempre encontra um bom porto de chegada.

Para minimizar esse aspecto, importa a necessária atuação do Estado Juiz, na pessoa dos magistrados, para suprir a própria violência estatal e do sistema capitalista financeiro das operadoras de saúde privadas, que requererem, para seu resguardo, a reserva do possível seja ela de fato, seja por arrastamento.

Portanto, os magistrados que formam seus juízos de valores e os emitem através das liminares, são os fatores críticos de sucesso e fonte de esperança daqueles que buscam provimento do judiciário para garantir seu acesso ao direito à vida, fatos que são ainda ocorrências comuns nesse ano de 2019, onde passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda se espera o alcance pleno dos direitos fundamentais.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMORIM, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Juspodivm, 2018.

AQUINO, Italo de Souza. *Como escrever artigos científicos- sem “arrodeio” e sem medo da ABNT*. 5ª ed. Rev. e Amp. João Pessoa: Editora Universitária/ UFPB, 2008.

REPÚBLICA DA ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)*. Tradutor: Assis Mendonça; Aachen. Revisor

jurídico: Urbano Carvelli; Bonn. Ed. Imprensa. Atualização: jan. 2011. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

ÂMBITO JURÍDICO. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*.  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7701](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701)

ANVISA. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*.  
[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro\\_of\\_label.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_of_label.htm)

BARDIN, L. *A análise de conteúdo*. 3a ed. Lisboa: Edição 70, 2004.

BUENO, Cassio Scapinella. *Manual de direito processual civil: Inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei nº 13.256 de 4-2-2016*, 2 ed.rev. atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2016 .

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

BRASIL. *Lei 13.105 de 16/03/2015*. Brasília.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

BRASIL. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE*.  
<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=expectativa%20de%20vida&searchphrase=all>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR 223/PE, Rel. Ministra Presidente para Min. Celso de Melo, julgado em 14/04/2008, DJe 08/04/2014, p. 70):  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional* - Coimbra: Almedina, 1993, p. 520.

CFM-*Conselho Federal de Medicina*.  
[http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46~](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46~)

- DOS SANTOS, Rebecca Mazzuchell. *O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais*. Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 7, p. 79, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GARCIA, Richard. *Leviatã, o estado forte, Cruel e Violento*: Artigo postado em 29/10/2015. <https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/enem/2015/10/29/noticia-especial-enem,702624/leviata-o-estado-forte-cruel-e-violento.shtml>
- GODOY, AS. *Pesquisa Qualitativa – Tipos Fundamentais*. Revista de Administração de Empresas, 1995; 35:20-29.
- LEITE, Leonardo Queiroz. *O direito internacional dos direitos humanos: reflexões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro*. Faculdade de Direito de Franca. <http://legacy.unifacef.com.br/novo/3fem/Inic%20Cientifica/Arquivos/Leonardo.pdf>
- JUS BRASIL. *Reserva do possível*. <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>.
- LEITE, Fábio Carvalho e BRADO, Marcelo Santini. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal*. Artigo publicado na Edição nº 48 da Revista Direito, Estado e Sociedade. [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=325&query=simple&search\\_by\\_authname=all&search\\_by\\_field=tax&search\\_by\\_keywords=any&search\\_by\\_priority=all&search\\_by\\_section=all&search\\_by\\_state=all&search\\_text\\_options=all&sid=30&text=48&x=0&y=0](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=325&query=simple&search_by_authname=all&search_by_field=tax&search_by_keywords=any&search_by_priority=all&search_by_section=all&search_by_state=all&search_text_options=all&sid=30&text=48&x=0&y=0)
- MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.
- MAFRA, Francisco. *Ciência de Direito Constitucional*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=858

- MATTA, Marco Antonio Sevidanes. *Interpretação constitucional dos Direitos Sociais*. In: Revista Consultor Jurídico. São Paulo (SP), 16 agosto 2006, p.6. [http://www.conjur.com.br/2006-ago-16/interpretacao\\_constitucional\\_direitos\\_sociais?pagina=6](http://www.conjur.com.br/2006-ago-16/interpretacao_constitucional_direitos_sociais?pagina=6)
- MELO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês--inglês-português/ portuguese-english-english-portuguese- Law Dictionary*. 8ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Daniela Pinto Holtz. *Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial*. Âmbito Jurídico. Rio Grande (RS), 01 maio 2010. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7701](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701)
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NEVES, JL. *Pesquisa Qualitativa – Características, Usos e Possibilidades*. Caderno de Pesquisas em Administração, 1996;1:1-5.
- NEVES, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOGUEIRA, Herbart Santos e VELOSO, Cynara Silde Mesquita. *Acesso à justiça: entraves e desafios*. Artigo publicado em 07/2018. <https://jus.com.br/artigos/67367/aceso-a-justica-entraves-e-desafios/2>
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990, p 317-320.
- RODRIGUES, MSP Leopardi MT. *O método de análise de conteúdo: uma versão para enfermeiros*. Fortaleza: Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura; 1999.
- RODRIGUES, Francisco Luciano Lima\*; SANTOS, Maria Laura Lopes Nunes\*\*. *CONTRATOS DE CONSUMO: APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSIVEL NO BRASIL E DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA*. \*Doutor em Direito pela UFPE. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito

Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza-CE, Brasil. E-mail [lucianolima@unifor.br](mailto:lucianolima@unifor.br) \*\*  
Doutoranda em Direito Constitucional pela UNIFOR. Fortaleza-CE, Brasil. Professora da Universidade Estadual do Piauí- UESPI. E-mail: [malau\\_lopes@yahoo.com.br](mailto:malau_lopes@yahoo.com.br)

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.35-36.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008.  
[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Processo 220737 SC 2010.022073-7*. Relator: João Henrique Blasi. JUS BRASIL, 10 agosto 2010.  
<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18220579/agravo-de-instrumento-ai-220737-sc-2010022073-7/inteiro-teor-18220580>

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna*, in Participação e processo, São Paulo, Ed. RT, 1988. Apud TORRES, Ana Flávia Melo. *Acesso à Justiça*. Artigo publicado em âmbito Jurídico.com.br. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4592](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592)

WIKIPEDIA. *Direitos Fundamentais*.  
[https://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos\\_fundamentais](https://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_fundamentais).

ÚLTIMO SEGUNDO. <https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2018-09-14/idh-brasil-onu-ranking.html>

## **DERECHO PENAL**

## Apuntes sobre la intervención mínima, legalidad y culpabilidad como límites al ejercicio del Derecho Penal por el Estado en la Constitución de Cuba del 2019<sup>(\*)</sup>

Notes on minimum intervention, legality and culpability as limits to the exercise of Criminal Law by the State in the Cuban Constitution of 2019

Manuel Figueredo Beatón<sup>1</sup>

---

**Sumario:** A modo de introducción. **1.** La necesidad de intervención mínima del Derecho Penal. **2.** La legalidad como principio constitucional y límite al ejercicio del Derecho Penal. **3.** El reconocimiento constitucional de la culpabilidad: Exigencias para la legislación penal. – Consideraciones finales. – Sistema bibliográfico.

**Resumen:** El reconocimiento de principios tales como la intervención mínima, la legalidad y la culpabilidad en las constituciones modernas como límites al ejercicio del Derecho Penal constituyen una garantía innegable para el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su abordaje en el nuevo texto constitucional cubano como reflejo de la madurez y compromiso del legislador en consonancia con el

---

<sup>(\*)</sup> Recibido: 25 noviembre 2019 | Aceptado: 27 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Profesor de la Disciplina de Ciencias Penales y Criminología en la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, Cuba. Se desempeñó como Juez del Tribunal Municipal Popular de Bayamo, provincia de Granma, Cuba.  
[miguelfajardobenitez@gmail.com](mailto:miguelfajardobenitez@gmail.com)



perfeccionamiento que amerita la legislación penal constituyente el centro del presente trabajo.

**Palabras claves:** principios, mínima intervención, legalidad, culpabilidad, Constitución, legislación penal.

**Abstract:** The recognition of principles such as minimal intervention, legality and culpability in modern constitutions as limits to the exercise of Criminal Law constitute an undeniable guarantee for the respect of the fundamental rights of citizens. His approach in the new Cuban constitutional text as a reflection of the maturity and commitment of the legislator in line with the improvement that merits the constitutional criminal legislation at the center of the present work.

**Key words:** principles, minimal intervention, legality, culpability, Constitution, criminal legislation.

---

## **A modo de introducción**

Entra en vigor el 10 de abril del 2019 la nueva Constitución cubana, hija de un proceso constituyente marcado por la consulta popular. Es, el pueblo de Cuba, el principal redactor del nuevo texto. Nace así una nueva carta magna para atemperar la realidad social y jurídica a las necesidades e intereses de la contemporaneidad y constituye, a su vez, el reflejo de las proyecciones futuras del pueblo cubano.

Bajo tales presupuestos resulta innegable que el nuevo texto, paso significativo en la actualización legislativa, contenga los límites impuestos al Estado para el ejercicio efectivo del Derecho Penal. Es entonces de notable importancia como garantía para el respeto de los derechos ciudadanos que, en semejante documento jurídico, aparezcan reflejados principios tan importantes como la intervención mínima, la legalidad y la culpabilidad.

Las palabras dichas hasta aquí sirven de antesala a nuestras pretensiones: Identificar en la Constitución cubana del 2019 la presencia de tales principios como guía, primero, para el legislador penal en las correcciones de las deficiencias de actual código y segundo, para los juristas en su lucha contra la arbitrariedad y el respeto de los derechos ciudadanos.

No es posible visualizar estos principios de forma independiente, sin conexiones internas, uno sirve de requisito previo para dar paso al próximo.

Solo mediante la intervención mínima se logra visualizar cuándo necesitamos tipificar una conducta y luego cuándo esa conducta tipificada merece tutela pena. Así mismo, solo el perfeccionamiento de la técnica de tipificación nos permitirá establecer con claridad cuál es la conducta prohibida. No menos importante resulta establecer bajo qué condiciones el ciudadano debe responder por la comisión de una conducta tipificada como delito.

### **1. La necesidad de intervención mínima del Derecho Penal. Relación entre Constitución y legislación penal.**

Todo análisis de la utilidad de la intervención penal debe pasar por una mirada hacia la función que esta parte de las ciencias jurídicas desempeña dentro del ordenamiento jurídico. Esto ocurre toda vez que las normas que integran un ordenamiento jurídico constituyen un todo ordenado y organizado, un sistema<sup>2</sup>.

Hoy constituye una idea predominante en la dogmática que el Derecho Penal protege bienes jurídicos. No obstante, de la aparente sencillez del asunto se deriva la problemática de qué entender por bien jurídico para contribuir a establecer un límite para el legislador y no dar cabida a la arbitrariedad.

Las tendencias actuales sobre el fundamento del concepto de bien jurídico se sustentan entre los postulados que le atribuyen un fundamento jurídico (teoría constitucional del bien jurídico) y los que lo ven emerger del entramado de las relaciones sociales (teoría sociológica): Roxin<sup>3</sup>, si bien entiende a los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema, de acuerdo con los fundamentos de política criminal, hace derivar su origen del texto constitucional.

En este mismo sentido Zaffaroni<sup>4</sup> entiende que:

La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la constitución, el Derecho Internacional y el resto de la legislación. Continúa

---

<sup>2</sup> Torr , Abelardo. Introducción al Derecho. 14ta. Edición ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003. p. 253-254.

<sup>3</sup>Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2da. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luz n Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 55 y ss.

<sup>4</sup>Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. 2da. Edición. Editorial EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 2002. p. 486.

su exposición diciendo que, el Derecho Penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión del mismo. A lo anterior agrega que, el bien jurídico es concebido entonces como una relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto (patrimonio, libertad, etc.)<sup>5</sup>.

Muñoz Conde<sup>6</sup> considera como bien jurídico a:

Los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. No obstante, lo planteado, suma a su exposición que debe distinguirse entre bien jurídico protegido penalmente y derechos fundamentales reconocidos en la constitución<sup>7</sup>.

Mientras que Mir Puig lo entiende como:

Las condiciones de vida social que son amparadas por el derecho en la medida en que se vean afectadas las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad.<sup>8</sup>

Felipe Villavicencio, sin embargo, expone que:

Los autores peruanos no admiten una posición unánime, algunos derivan el contenido del bien jurídico de los preceptos constitucionales, mientras que otros buscan su fundamento en posiciones sociológicas<sup>9</sup>.

En este sentido, una posición que debe considerarse aceptada a partir de sus fundamentos, es la asumida por Juan Bustos al considerar que:

Bien jurídico es la relación social concreta que surge como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática<sup>10</sup>.

Esta postura, la del carácter prejurídico del bien jurídico, es la asumida en nuestros predios por Quirós, al plantear que:

El bien jurídico está constituido por las relaciones sociales que, por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho Penal, de los

---

<sup>5</sup>Zaffaroni, Eugenio Raúl. ob. cit. p. 489.

<sup>6</sup>Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. 8va. Edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. p. 59.

<sup>7</sup> Idem. p. 81.

<sup>8</sup>Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 9na. Edición, a cargo de Víctor González Martín. Editorial Reppertor. Barcelona, 2011. p. 121.

<sup>9</sup>Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal, Parte General. Primera reimpresión. Editora Jurídica Grijley E. I. R. L. Perú, 2006. p.101.

<sup>10</sup>Bustos Ramírez, Juan J. y Hernán Hormazábal Malaré. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Editorial Trota, S. A. Madrid, 1997. p. 59; Hormazábal Malaré, Hernán. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático del Derecho. El Objeto Protegido por la Norma Penal. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile, 1992.p. 151.

ataques o amenazan materializados por comportamientos socialmente peligrosos<sup>11</sup>.

Sin embargo, debe quedar claro que tal protección ocurre, en principio, cuando sea estrictamente necesario, en caso de que el resto del ordenamiento jurídico no pueda brindar una mejor respuesta, de este planteamiento se deduce su carácter subsidiario. De igual manera, al no ser el Derecho Penal la única opción viable para la protección de bienes jurídicos, este debe encargarse de seleccionar correctamente a cuáles y en qué medida les brindará protección<sup>12</sup>, con tal exposición se está aludiendo a su carácter fragmentario<sup>13</sup>.

Estos aspectos sirven de fundamento para exponer que la coerción penal solo es merecida en la medida en que exista una proporcionalidad entre la afectación, real o potencial a los bienes jurídicos y la medida de sanción a imponer al autor del hecho punible. Esta relación bilateral entre afectación y reacción viene dada porque la aplicación del Derecho Penal también implica la afectación de derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los planteamientos anteriores encuentran hoy dificultades ante la llamada expansión del Derecho Penal y con ella la propagación de los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto. En este sentido plantea Silva Sánchez que:

El principio de proporcionalidad no deja de verse comprometido por la sanción penal de conductas meramente imprudentes en relación con bienes

---

<sup>11</sup>Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal I. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005. p. 191.

<sup>12</sup> Hoy el Código Penal Cubano estructura la protección penal en base a quince títulos en su libro II, parte especial: -Título I: Delitos contra la Seguridad del Estado. -Título II: Delitos contra la Administración y la Jurisdicción. -Título III: Delitos contra la Seguridad Colectiva. -Título IV: Delitos contra el Orden Público. -Título V: Delitos contra la Economía Nacional. -Título VI: Delitos contra el Patrimonio Cultural. -Título VII: Delitos contra la Fe Pública. -Título VIII: Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. -Título IX: Delitos contra los Derechos Individuales. -Título X: Delitos contra los Derechos Laborales. -Título XI: Delitos contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales, contra la Familia, la Infancia y la Juventud. -Título XII: Delitos contra el Honor. -Título XIII: Delitos contra los Derechos Patrimoniales. -Título XIV: Delitos contra la Hacienda Pública. -Título XV: Delitos contra el Normal Tráfico Migratorio.

<sup>13</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. op. cit. p. 73 y ss; Mir Puig, Santiago. op. cit. p.117 y ss; Villavicencio Terreros, Felipe. op. cit. p. 93 y ss.

jurídicos colectivos y de igual forma por la aparición de tipos de peligro tanto imputados en comisión activas como en comisión por omisión.<sup>14</sup>

La corriente humanista dentro del Derecho Penal ha motivado también la supresión de la pena de muerte, la exigencia de la eliminación de cualquier tipo de maltrato a la persona privada de libertad<sup>15</sup>, el empleo de penas alternativa a la privación de libertad, la exigencia de un tratamiento resocializador<sup>16</sup> dentro del sistema penitenciario, así como la supresión de las penas de corta duración, aspecto que también reflejan una mínima intervención del Derecho Penal<sup>17</sup>. Estos postulados tienen su base en la consideración del delincuente como un ser humano con derechos, posibilidades de rectificar y contribuir al desarrollo social.

Los planteamientos vertidos hasta aquí permiten dilucidar la importancia de la aplicación del principio de intervención mínima, tanto en el momento de la previsión normativa (materialización del principio de legalidad al tipificar las conductas de mayor lesividad para los bienes jurídicos), como en el momento de la aplicación judicial (individualización de la pena). Por tanto, a nuestro juicio éste se encuentra implícito en “la garantía de igualdad efectiva en el disfrute y ejercicios de los derechos y en el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución y las leyes”; en la “dignidad de la persona”; en “en el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos...”; “el respeto a los derechos ajenos como límites a los propios derechos de las personas”, presente en los artículos 13 inciso d) y f), 40, 41, 42, 45 del nuevo

---

<sup>14</sup> Silva Sánchez, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedad Postindustriales. 2da. Edición, revisada y ampliada. Editorial Civitas. Madrid, 2001. p. 101.

<sup>15</sup> El actual texto constitucional cubano recoge en su artículo 51 que, “Las personas no pueden ser sometidas a desapariciones forzadas, torturas ni tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

<sup>16</sup> En cuanto a este particular cabe señalar que la actual Constitución Cubana en su artículo 60 establece que: el Estado favorece en su política penitenciaria la reinserción social de las personas privadas de libertad, garantiza el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las normas establecidas para su tratamiento en los establecimientos penitenciarios.

Así mismo, se ocupa de la atención y reinserción social de las personas que extinguen sanciones penales no detentivas o cumplen otros tipos de medidas impuestas por los tribunales.

<sup>17</sup> En este sentido se tienen en cuenta “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos” adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955; “Los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos”, proclamados por la Asamblea General en 1990 y “El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, adoptados por la Asamblea General en 1988.

texto constitucional cubano; además de resultar presupuesto indispensable del principio de legalidad.

Es entonces el Código Penal cubano, Ley 62 del 1987, quien lo contiene en la categoría “peligrosidad social”, como fundamento material del concepto de delito previsto en el artículo 8<sup>18</sup>. Al respecto Quirós expone que:

La peligrosidad social consiste en la cualidad objetiva de ciertas acciones u omisiones del hombre para ocasionar algún perjuicio significativo, actual o potencia, a las relaciones sociales (entiéndase aquí bienes jurídicos según la concepción que este autor asume).<sup>19</sup>

Más adelante expone este autor que:

La fórmula para definir el nivel de peligrosidad social debe basarse en cuatro criterios: La relación social debe necesitar de protección penal, la relación social debe ser capaz de esa protección, la conducta debe ser susceptible de realizarse, la conducta debe reunir particulares modalidades.<sup>20</sup>

La peligrosidad social en el apartado 1 del artículo 8 se está refiriendo al momento de la previsión normativa y en el apartado 2, al momento de la aplicación judicial. En este último caso los aspectos a tener en cuenta para descartarla son: la escasa entidad de las consecuencias del hecho y las condiciones personales del autor. Ha sido el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba mediante la Instrucción 115 de 20 de junio de 1984, quien ha establecido que para determinar “la escasa entidad de sus consecuencias” se tiene en cuenta que el hecho en sí no haya producido alarma o repudio y sus efectos no resulten especialmente dañosos o peligrosos y para que “las condiciones personales de su autor” sean positivas el comisor debe ser una persona cumplidora de sus deberes laborales, sociales, familiares o educacionales y no tener antecedentes por delito intencional.

## **2. La legalidad como principio constitucional y límite al ejercicio del Derecho Penal.**

No basta con que el hecho producido por el hombre afecte real o potencialmente a un bien jurídico para que la maquinaria del Derecho Penal recaiga sobre el ciudadano. Se requiere además que, la conducta realizada

---

<sup>18</sup> Artículo 8.1 Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal. Apartado 2. No se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor.

<sup>19</sup> Quirós Pérez, Renén. op. cit. p. 98-99.

<sup>20</sup> Idem. p. 102.

encuadre en el supuesto de hecho de la norma penal previamente establecida (garantía criminal) y, a su vez, estén establecida sus consecuencias, o sea, el tipo de sanción y su medida (garantía penal). A ello se agrega la existencia previa de un procedimiento para juzgarlo y un tribunal competente (garantía procesal y jurisdiccional) a lo que se suma la ejecución de la pena de acuerdo con los procedimientos establecidos (garantía en la ejecución)<sup>21</sup>. Todos estos enunciados hacen referencia al principio de legalidad.

Al mismo se le atribuye un fundamento político en tanto no da paso a la arbitrariedad al estar definida en ley dictada por el máximo órgano legislativo las conductas delictivas cuya aplicación implica la afectación de derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>22</sup>. Mientras tanto, su fundamento jurídico recae sobre la posibilidad real que tiene entonces el ciudadano de conocer las leyes y, en especial aquellas como las penales que parten de una afectación significativa de los bienes jurídicos y la aplicación de medidas con tales consecuencias, o sea, se parte de la función motivadora del respeto al orden jurídico.

De lo anterior se deriva que, la exigencia de ley escrita previa a la comisión del hecho excluye como fuentes del Derecho Penal a la costumbre y los principios generales del derecho. Así mismo se garantiza la seguridad jurídica con la taxatividad de las leyes penales a partir de que la descripción de la conducta prohibida se realice en la ley de forma clara y concreta, sin el empleo de términos vagos ni caer en casuismos, ni abusos de leyes penales en blanco, lo que implica el empleo correcto de la técnica legislativa<sup>23</sup>. Este último aspecto no tiene un desarrollo saludable por el empleo de tipos abiertos en la protección de bienes jurídicos colectivos.

La existencia de ley penal previa implica, además, la irretroactividad de las leyes penales a menos que sean más favorables a la persona. La prohibición

---

<sup>21</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. op. cit. p. 102 y ss; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 106.

<sup>22</sup> En nuestro ordenamiento jurídico las leyes penales son dictadas por nuestro órgano legislativo (Asamblea Nacional del Poder Popular) artículos 103 y 108 inciso c) y en su defecto el Consejo de Estado que rige entre uno y otro periodo de sesiones artículos 120 y 122 todo de la Constitución Cubana del 2019.

<sup>23</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. op. cit. p. 105 y ss; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 107; Velázquez Velázquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Quinta Edición actualizada. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, Colombia, 2013. p. 81.

de analogía, o sea, la extensión de la ley penal a supuestos no previsto pero que, si guarden similitud con los que sí lo están, se suma a estas garantías<sup>24</sup>.

Estos aspectos se visualizan favorablemente en la Constitución Cuba del 2019. Así mediante el reconocimiento de un debido proceso el artículo 94 se establece la garantía procesal. Esto se complementa particularmente en materia penal en el artículo 95 inciso g) al establecer que “la persona tiene la garantía de ser juzgada por un tribunal preestablecidos legalmente y en virtud de leyes anteriores al delito”, con lo que se le da cavidad a la garantía criminal, legal y jurisdiccional. Cierra este punto el artículo 100 al establecer que “en el ordenamiento jurídico rige el principio de irretroactividad de las leyes, salvo en materia penal cuando sean favorables a la persona encausada o sancionada...”<sup>25</sup>.

Sin embargo, en cuanto a la taxatividad de las leyes penales la actualización legislativa en que se encuentra inmerso nuestro país, en materia penal, debe tributar a los contenidos refrendados en nuestra constitución, pues el actual Código Penal contiene las siguientes deficiencias:

- Vaguedad y Ambigüedad en la redacción de las normas penales. Ejemplos: Delito de Espionaje (artículo 97.1): “El que; en detrimento de la Seguridad del Estado...”; Delito de Sedición (artículo 100): “Los que, tumultuariamente y mediante concierto expreso o tácito, empleando violencia, perturben el orden socialista...”, Delito de Resistencia (artículo 143.1): “El que oponga resistencia a una autoridad...”; Delito de Sacrificio Ilegal de Ganado Mayor y Venta de sus Carnes (artículo 240.1): “El que, sin autorización previa del órgano estatal específicamente facultado para ello, sacrifique...”; Delito de Pederastia con Violencia (artículo 299.1): “El que cometa actos de pederastia activa...”;

---

<sup>24</sup> Villavicencio Terreros, Felipe. op. cit. p. 90-91; Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 2da. Edición, totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1999. p. 126 y ss.

<sup>25</sup> En correspondencia con el nuevo texto constitucional, el Código Penal vigente, en vías de modificación, reconoce este principio en el artículo 2 apartado 1 al establecer que “solo pueden ser sancionados los actos previstos como delitos en la ley, con anterioridad a su comisión”, apartado 2 “a nadie puede imponerse una sanción penal que no se encuentre establecida en la ley anterior al acto punible; en correspondencia con ello el artículo 3 apartado 1 establece “la ley penal aplicable es la vigente en el momento de comisión del acto punible”, apartado 2 “no obstante, la nueva ley es aplicable al delito cometido con anterioridad a su vigencia se es más favorable al encausado. En tanto la ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal establece en su artículo 1 que, “No puede imponerse sanción o medida de seguridad sino de conformidad con las normas de procedimiento establecidas en la ley y en virtud de resolución dictada por tribunal competente”.



Delito de Abusos Lascivos (artículo 300.1): “El que, sin ánimo de acceso carnal abuse lascivamente...”, todos del Código Penal.

- Redundancia normativa. Ejemplos: Los Delitos de Actos contra la Independencia o la Integridad Territorial del Estado, Promoción de Acción armada contra Cuba, Servicio armado contra el Estado y Ayuda al Enemigo (artículos 91, 92 , 93 y 94, todos del Código penal), constituyen todos actos contrarios a la independencia y la integridad territorial del Estado; los Delitos de Revelación de Secreto Administrativo, de la Producción o de los Servicios y la Revelación de Pruebas para la Evaluación Docente (artículos 129.1 y 132.1, ambos del Código Penal).
- Desactualización de las normas penales. (no incorporación de delitos informáticos y de formas de cometer falsedades con medios electrónicos, el Delito de Pesca Ilícita (no solo debe constituir sujeto activo los extranjeros en el delito sino los nacionales también (artículo 242.1 del Código Penal).
- Excesivo uso de las normas penales en blanco. Delito de Insolvencia Punible (artículo 337. 1 a) y b) y apartado 2, Incumplimiento del Deber de Preservar los Bienes en Entidades Económicas (artículo 222.1), Falsificación de Documentos Bancarios y de Comercio (artículo 251.1), Propagación de Epidemias (artículo 187.1), todos del Código Penal.

### **3. El reconocimiento constitucional de la culpabilidad: Exigencias para la legislación penal.**

Una vez determinado qué hechos (conductas) producidos por el hombre tiene la relevancia suficiente para acceder al campo del Derecho Penal y las exigencias que la ley que los contenga debe tener, corresponde adentrarse en los requisitos que debe poseer el individuo para responder por los mismos. Es aquí donde entra a jugar su papel el denominado principio de culpabilidad.

Muñoz Conde manifiesta que la culpabilidad tiene una triple significación:

La culpabilidad como fundamento de la pena: si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta distinta).

La culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena: Para determinar cómo se aplica la pena, su gravedad y su duración, su magnitud exacta en el caso concreto (función limitadora de la culpabilidad).

Se tienen en cuenta además la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos.

La culpabilidad como proscripción de la responsabilidad por el resultado: impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y la imprudencia.<sup>26</sup>

Mir Puig señala que, como presupuesto de la pena para que pueda culparse a alguien por el hecho que la motiva se tiene que tener en cuenta los siguientes presupuestos:

- 1) Que no se haga responsable al sujeto por delitos ajeno (***principio de personalidad de las penas***).
- 2) No pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino solo conductas, hechos (***principio de responsabilidad por el hecho***), exige un Derecho Penal de hecho, no se castiga el carácter o el modo de ser.
- 3) Es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia (***principio de dolo o culpa***), considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal.
- 4) Ha de poder atribuírsele normalmente a su autor, como producto de una motivación racional norma (***principio de imputación personal o culpabilidad en sentido estricto***), impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida; se apoya en la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no solo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal, que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable.<sup>27</sup>

Un aspecto significativo en la exposición de este autor es que fundamenta el reconocimiento de la idea general de culpabilidad a partir de la dignidad humana.

Sin embargo, autores como Bustos Ramírez plantean que el principio de culpabilidad tiene tres exigencias fundamentales:

La vinculación personal del autor con el hecho en forma de dolo o culpa.

La proporcionalidad de la pena que no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta.

La culpabilidad por el hecho significa que a efectos de la responsabilidad penal en el juicio de culpabilidad solo se pueden considerar los hechos

---

<sup>26</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. op. cit. p. 92.

<sup>27</sup> Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 123 y ss.

referidos a la acción culpable y no otros elementos referidos a la personalidad del autor como una manera de ser o de comportarse socialmente.<sup>28</sup>

Sin embargo, una vez enunciados estos postulados, semejantes en gran medida a los expuestos por los otros autores, ubica a cada una dentro de instituciones distintas, a saber:

- a) La exigencia de una vinculación personal deriva del principio garantista materia de exclusiva protección de bienes jurídicos en cuanto su afectación solo puede derivarse de dolo o culpa, aspectos que se analizan dentro de la tipicidad no de la culpabilidad.
- b) La garantía de proporcionalidad la deriva de la necesidad de pena.
- c) Cuando se habla de acción culpable como presupuesto de la responsabilidad penal, lo cierto es que se está haciendo referencia a un comportamiento que constituye un injusto penal y, a su criterio, presupuesto de la exigencia de responsabilidad, ajeno a la culpabilidad.

¿Qué tenemos entonces en cuanto al principio de culpabilidad en la Constitución Cuba del 2019? Si se tomara para ello lo expuesto por Mir Puig en cuanto a su carácter implícito en el respeto a la dignidad humana, entonces se visualizaría en los siguientes artículos de la Constitución: 13 inciso f), 40, 42. No obstante lo expuesto, el problema reside en delimitar su contenido en la ley de desarrollo, el Código Penal.

Lo primero es dejar claro que el legislador del actual Código Penal no definió a la culpabilidad como uno de los elementos esenciales del concepto de delito y, en cuanto a medidor de la pena por la afectación al bien jurídico emplea la categoría peligrosidad social<sup>29</sup>. Lo segundo, de acuerdo con la doctrina cubana dominante esta es entendida como nexo psicológico entre el individuo y el hecho expresado mediante la intención (dolo) y la imprudencia<sup>30</sup>, aunque ya se aprecian pronunciamientos en cuanto a entender a estas categorías como elementos subjetivos del tipo y dejar a la culpabilidad, de acuerdo con las concepciones más modernas, la capacidad del culpabilidad (imputabilidad), el conocimiento de la antijuridicidad y la

---

<sup>28</sup> Bustos Ramírez, Juan J. y Hernán Hormazábal Malaré. op. cit. 69.

<sup>29</sup> El artículo 8 solo contiene la peligrosidad social, la antijuridicidad y la punibilidad como elementos del delito. El artículo 47 hace referencia a la peligrosidad social dentro de las reglas generales para la adecuación de la sanción.

<sup>30</sup> Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal II. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005. p. 9.

posibilidad de un comportamiento distinto<sup>31</sup>. Lo tercero, la reincidencia y multirreincidencia se aprecian en el Código Penal como elementos agravatorios de los marcos penales y permanece el reconocimiento de las medidas de seguridad predelictivas<sup>32</sup>. Lo cuarto, persisten en nuestra legislación penal las llamadas impropias condiciones objetivas de punibilidad, alejadas del aspecto subjetivo de la conducta y presentes como circunstancias cualificativas modificativas de los marcos penales<sup>33</sup>.

### **Consideraciones finales**

La intervención mínima del Derecho Penal como principio constitucionalmente establecido alcanza su reconocimiento a través de múltiples garantías y como presupuesto obligatorio de la tipificación de conductas delictivas que se deriva del principio de legalidad. De igual manera encuentra amparo al elevarse a rango constitucional aspectos puntuales sobre el tratamiento humanitario de las personas sometidas a un proceso penal. Todo ello encuentra concordancia con la legislación penal.

El principio de legalidad acogido en el nuevo texto constitucional se especifica en todos sus matices y deja al legislador penal un mandato claro en la necesidad del perfeccionamiento de la técnica legislativa para la tipificación de conductas delictivas. Ello permitirá que el ciudadano tenga mayor claridad sobre el contenido del ilícito penal.

La culpabilidad resulta una garantía reconocida constitucionalmente a través de la dignidad humana. Su reconocimiento en la legislación penal como ley de desarrollo, amerita cambios sustanciales para atemperarla a las concepciones modernas.

---

<sup>31</sup> Vera Tosté, Yan: La dialéctica de lo objetivo y lo subjetivo en la teoría del delito, artículo publicado en la Revista Cubana de Derecho No. 45, Enero-Junio 2015, pp. 71-75; Estrada Chacón, Mayrelis, Goyte Pierre, Mayda y Méndez López, Mirna. La culpabilidad como elemento del delito en Cuba. Presupuestos para su reconfiguración teórica, artículo publicado en el libro: Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Coordinado por Mayda Goite Pierre y Arnel Medina Cuenca. Editorial UNIJURIS, 2018. p. 33 y ss.

<sup>32</sup> Pueden verse al respecto los artículos 55 y 78 al 84, todos del Código Penal cubano.

<sup>33</sup> Pueden verse al respecto, sobre el considerable valor, 335.2, 336.2, 339.2; sobre los graves perjuicios, los artículos 154.2, 155.2, 156.2, 326.2 inciso a), 332.2, 334.3, 339.2; sobre el limitado valor, los artículos 336.3 y; sobre los perjuicios de consideración el artículo 224.3, todos del Código Penal Cubano.

### **Sistema Bibliográfico.**

- Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 2da. Edición, totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Bustos Ramírez, Juan J. y Hernán Hormazábal Malaré. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Editorial Trota, S. A. Madrid, 1997.
- Estrada Chacón, Mayrelis, Goyte Pierre, Mayda y Méndez López, Mirna. La culpabilidad como elemento del delito en Cuba. Presupuestos para su reconfiguración teórica, artículo publicado en el libro: Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Coordinado por Mayda Goite Pierre y Arnel Medina Cuenca. Editorial UNIJURIS, 2018.
- Hormazábal Malaré, Hernán. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático del Derecho. El Objeto Protegido por la Norma Penal. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile, 1992.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 9na. Edición, a cargo de Víctor González Martín. Editorial Reppertor. Barcelona, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. 8va. Edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.
- Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal I. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005.
- Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal II. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005.
- Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2da. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid, 1997.
- Silva Sánchez, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedad Postindustriales. 2da. Edición, revisada y ampliada. Editorial Civitas. Madrid, 2001.
- Silvestroni, Mario H. Teoría Constitucional del Delito. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2004.
- Torré, Abelardo. Introducción al Derecho. 14ta. Edición ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003.

Velázquez Velázquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Quinta Edición actualizada. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, Colombia, 2013.

Vera Tosté, Yan: La dialéctica de lo objetivo y lo subjetivo en la teoría del delito, artículo publicado en la Revista Cubana de Derecho No. 45, Enero-Junio 2015.

Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal, Parte General. Primera reimpresión. Editora Jurídica Grijley E. I. R. L. Perú, 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. 2da. Edición. Editorial EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 2002.

### **Textos Legales:**

Constitución de la República de Cuba en: Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 10 de abril del 2019.

Instrucción 115 de 20 de junio de 1984 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba.

Rivero García, Danilo y Bertot Yero, María Caridad. Código Penal de la República de Cuba. Ley 62 de 1987. Anotado con las Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. 3era. Edición. Actualizado y concordado por: María Caridad Bertot Yero y María Teresa Benito Menéndez. Ediciones ONBC. La Habana, 2017.

Rivero García, Danilo. Ley de Procedimiento Penal de la República de Cuba. Comentada con Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Ediciones ONBC. La Habana, 2008.

## **Pornografia de vingança: violência de gênero na internet e tutela da intimidade sexual - Um estudo comparado (Itália e Brasil) (\*)**

**Revenge porn: gender violence on the internet and sexual intitude care - a compared study (Italy and Brazil)**

**Pornografía de venganza: violencia de género en Internet y protección de la intimidad sexual - Un estudio comparativo (Italia y Brasil)**

**Kauane Fiorio<sup>1</sup>**

**Margareth Vetis Zaganelli<sup>2</sup>**

---

**Sumário:** Introdução. **1.** A problemática da “vingança pornográfica”. **2.** *Revenge porn* como manifestação da violência

---

(\*) Recibido: 29 julio 2019 | Aceptado: 30 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). [kauane\\_11@hotmail.com](mailto:kauane_11@hotmail.com)

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Associação Argentina de Bioética Jurídica. Coordenadora do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES), do Grupo de Estudos e Pesquisas MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas “Direito & Ficção”. [mvetis@terra.com.br](mailto:mvetis@terra.com.br).

de gênero. **3.** *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*: o art. 612-ter do Código Penal Italiano e a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia: o art. 218-C do Código Penal Brasileiro. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

**Resumo:** A tecnologia possibilita a interação social por meio de aplicativos nos smartphones em que a troca de conteúdo é instantânea. Neste contexto, uma forma de dominação nas relações entre gêneros se apresenta no espaço virtual, a denominada pornografia de vingança, mediante o compartilhamento não consentido de material íntimo na web, problemática examinada no presente artigo por meio de metodologia exploratória, com base em pesquisa bibliográfica, em reportagens e à luz do Direito Comparado. Assinala-se os casos de *revenge porn* ocorridos na Itália e no Brasil e as nuances da mácula gerada na vida da mulher-vítima e a apresentação das estratégias jurídicas nesses países.

**Palavras-chaves:** pornografia de vingança, violência de gênero, Internet e conteúdo íntimo.

**Abstract:** Technology enables social interaction through smartphone applications where content exchange is instantaneous. In this context, a form of domination in gender relations appears in the virtual space, called revenge pornography, through the unwanted sharing of intimate material on the web, a problem examined in this article through exploratory methodology, based on bibliographic research, in reports and in the light of Comparative Law. The cases of porn revenge in Italy and Brazil are highlighted, as are the nuances of the blemish generated in the life of the victim woman and the presentation of legal strategies in these countries.

**Key words:** revenge porn, gender violence, Internet and intimate content.

**Resumen:** La tecnología permite la interacción social a través de aplicaciones de teléfonos inteligentes donde el intercambio de contenido es instantáneo. En este contexto, una forma de dominación en las relaciones de género aparece en el espacio virtual, llamada venganza pornografía, a través del intercambio no deseado de material íntimo en la web, un problema examinado en este artículo a través de una metodología exploratoria, basada en investigaciones bibliográficas, en informes y en el marco del Derecho comparado. Se destacan los casos de pornografía por venganza que se produjeron en Italia y Brasil, y los matices del



defecto generado en la vida de la víctima y la presentación de estrategias legales en estos países.

**Palabras clave:** venganza pornográfica, violencia de género, Internet y contenido íntimo.

---

## Introdução

O registro de um momento em formato de fotografia ou filmagem proporciona quase que a eternidade daquele instante que a câmera capturou, pois, esse conteúdo poderá ser visualizado pelos que estão ali representados ou pelos destinatários a qualquer tempo. Os momentos guardados por esse meio são variados e aqui, no presente trabalho, fala-se do momento íntimo erótico ou entre um casal ou então apenas em um momento individual, apesar de popularmente ser chamado de pornografia. Tal registro é destinado a um ambiente de reprodução, aquele que é privado, em contraposição ao espaço virtual que tem características de público, desse modo, as transformações tecnológicas nos meios de comunicação possibilitaram a instantaneidade na troca de qualquer tipo de conteúdo por mensagens ou postagens, no qual se inclui o conteúdo íntimo destinado ao ambiente privado. A difusão, a visualização e o compartilhamento fácil e rápido permite que aquele movido pelo propósito da vingança utilize esse meio virtual para alcançar seu intento, sendo a reprodução da dominação nas relações entre gêneros que ocorre no ambiente real, agora presente no ambiente virtual por meio da disseminação não consensual de imagens íntimas – ou também conhecido como *revenge porn* ou pornografia de vingança.

Esse fenômeno tem obtido evidência a partir do advento das redes sociais, não obstante ser um comportamento exclusivo da atual era tecnológica, contudo, a partir daqui e das tipificações dessa conduta nos ordenamentos jurídicos Brasileiro e Italiano é que esse trabalho irá se debruçar, por meio de metodologia exploratória, com base em pesquisa bibliográfica, em reportagens e à luz do Direito Comparado, procurando refletir acerca da posição da mulher enquanto sujeito que expressa sua sexualidade e a registra, a culpa que ela carrega mesmo sendo vítima de um crime de gênero.

Será analisado o termo “pornografia de vingança” em seu contexto semântico e as peculiaridades de nomear o fenômeno com essa locução, a carga de signo-significado presente que envolve o contexto da disseminação, assim como serão analisados alguns casos de vítimas da pornografia de

vingança e as consequências sofridas por elas, para isso a pesquisa utilizou a metodologia exploratória com base em reportagens e depoimentos.

Com a finalidade de demonstrar a ocorrência do fenômeno a nível mundial analisar-se-á os dispositivos penais brasileiro e italiano, visto a contemporaneidade de ambos, destacando suas semelhanças e nuances, a fim de demonstrar as estratégias jurídicas adotadas por cada país para tutelar a mulher-vítima e coibir a prática da “pornografia de vingança”.

## 1. A problemática da “vingança pornográfica”

Em “A dominação masculina”, o autor Pierre Bourdieu assinala que a divisão entre os sexos parece estar na “ordem das coisas”, isto é, as diferenças biológicas existentes entre homens e mulheres são utilizadas para construir a diferença social que, apesar da ruptura de crenças, provenientes do movimento feminista, em relação à mulher e à sua exibição “*o uso desse corpo continua subordinado ao ponto de vista masculino*”<sup>3</sup>.

De forma esclarecedora, explica que a diferença anatômica é utilizada de modo que autoriza a inserção de princípios de visão e de divisão sexualizantes entre os gêneros, permitindo a construção da diferença social. É o aproveitamento de uma diferença natural que se desdobra para o mundo social, esse que, por sua vez, é construído a partir de premissas definidas pelos próprios homens e, aqui, digo no sentido androcêntrico<sup>4</sup>.

Perfilha-se, portanto, nesse sentido no presente trabalho, que pelo fato do homem se valer do seu status social adquirido por meio da ideia de dominador em razão da diferença anatômica, é que para ele não são aplicados os mesmos parâmetros de avaliação social-moral quando um “nude”, *e.g.*, é divulgado, ou ainda, quando um filme caseiro com cenas de sexo é compartilhado via WhatsApp sem o seu consentimento.

Sendo assim, a dominação dos corpos femininos está presente nos relacionamentos entre gêneros vividos fora do mundo virtual, e, se reproduzindo no ambiente virtual tal comportamento com fundamento na mesma premissa aqui exposta.

### 1.1. O termo “pornografia de vingança”

Inicialmente, questiona-se o termo “pornografia de vingança” ou “*revenge porn*” atribuído ao fenômeno da divulgação de conteúdo íntimo com

---

<sup>3</sup>BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução: Maria Helena Kühner, 11ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 40.

<sup>4</sup>Ibidem, p. 08, 09 e 10.

finalidade de depreciar e se vingar da mulher. Essa mídia destinada ao ambiente íntimo e privado pode tanto ser produzida por ela ou como pelo seu parceiro, nesse sentido trata-se do registro que é precedido de mútuo consentimento e enviado em um contexto de confiança para quem, normalmente, a mulher mantinha envolvimento emocional, laços afetivos ou algum tipo de relacionamento.

A mulher é o alvo das consequências negativas decorrentes da exposição ocorrida caracterizando-se como um modo de culpabilização da vítima<sup>5</sup>, dito isso, revela-se necessário discutir acerca da denominação atribuída ao fenômeno.

Esse recorte é assentado com base nas solicitações de atendimentos feitas pelos internautas brasileiros junto ao canal “Help Line”, local em que é possível encontrar atendimento gratuito e especializado sobre algum tipo de violação de direitos humanos na internet. Em 2018 foram realizados 669 atendimentos de pedidos de ajuda de brasileiros a respeito da exposição de conteúdo e imagens íntimas na internet, sendo que 440 eram de mulheres, isto é, mais da metade da demanda<sup>6</sup>.

No mesmo ano foi finalizada uma pesquisa exploratória, iniciada em 2017, organizada pelo professor Leandro Ayres França do Rio Grande do Sul – intitulado como “Projeto Vazou”. O objetivo consistia em avaliar características a respeito do vazamento não consentido de imagens, por meio de questionário online. Foram recebidos 141 depoimentos anônimos, nos quais 84% das vítimas eram mulheres, 82% afirmaram ter algum tipo de relacionamento afetivo com o agente divulgador e 44% acreditam que a vingança foi o motivo<sup>7</sup>.

Dadas essas anotações, busca-se a reflexão: se a maioria dos pedidos de ajuda são provenientes de mulheres, porque o termo “pornografia” e “vingança” foram escolhidos para formar uma locução complexa e carregada de simbologia para representar esse tipo de violência de gênero sofrida no ambiente virtual?

---

<sup>5</sup>VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016, p. 52 e 53.

<sup>6</sup>Disponível em <<https://helpline.org.br/indicadores/>>. Acesso em 05 de jun. 2019.

<sup>7</sup>COMUNELLO, Patrícia. *Vingança motiva 44% dos vazamentos na rede*. Disponível em <[https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/cadernos/jornal\\_da\\_lei/2019/02/672452-vinganca-motiva-44-dos-vazamentos-na-rede.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jornal_da_lei/2019/02/672452-vinganca-motiva-44-dos-vazamentos-na-rede.html)>. Acesso em 07 de jul. 2019.

Pois bem, o vocábulo “pornografia”<sup>8</sup> é associado à índole moral, à obscenidade e vulgaridade enquanto que a “vingança” se propõe a legitimar o comportamento que visa um contra-ataque daquilo que foi anteriormente feito, aplicando esse entendimento à pornografia de vingança seria o mesmo que dizer que uma conduta anterior da mulher é que confere e garante respaldo ao autor das divulgações sem consentimento para que ele possa agir de tal forma.

Se é discutida a violência de gênero que se reproduz no cenário virtual, é imprescindível a não transmissão de preconceito por meio da terminologia utilizada, visto que associar pornografia e vingança a conteúdos que envolvam mulheres que exercem poder sobre o seu corpo, através da expressão sexual, é reduzi-las a termos que as depreciam.

Depreende-se, então, que a locução “pornografia de vingança” é como se conferisse ao agente a legitimidade para propagação do conteúdo íntimo como uma consequência provável e admissível para vítima, sendo transferida para ela a responsabilidade da punição que ocorre pela sua exposição, se atrelando à condenação moral<sup>9</sup>.

Dada tais considerações, o presente trabalho adotará duas denominações para se referir ao “revenge porn”, mantendo a utilização do termo “pornografia de vingança” apenas considerando a visibilidade do assunto para fins de pesquisas e indexação, já que esse termo é utilizado nas buscas da internet, mas em especial apreço às pontuações realizadas, justamente para afastar a associação da pornografia, punição e vingança à figura feminina exposta, também será utilizado o termo “*non consensual intimate images*” (disseminação não consensual de imagens íntimas - DNCII) com intuito de evitar a legitimação do comportamento masculino, por meio do signo-significado, que atribui a “vingança” como forma de represália ao comportamento da mulher que se expressa sexualmente<sup>10</sup>.

## **1.2. A origem e as consequências da disseminação não consensual de imagens íntimas**

---

<sup>8</sup>Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/pornografia/>>; <<https://dicionariodoaurelio.com/pornografia>> e <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=pornografia>>. Acesso em 05 de jun. 2019.

<sup>9</sup>VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016, p. 50.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 50 e 52.

A problemática está para além da parte linguística da disseminação não consensual de imagens íntimas – DNCII, ela também está presente na origem e nos fundamentos da sua disseminação que consistem no comportamento do acusado que, por vezes, se baseia no que a mulher tenha anteriormente feito, em seguida assinala-se a conjuntura social<sup>11</sup> que os envolvem, e por fim as consequências da DNCII que extrapolam o ambiente virtual e passam para o mundo real, podendo assumir formas irreversíveis.

A obra “*O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*”<sup>12</sup> descreve alguns comportamentos das vítimas, que são capazes de ensejar a conduta do agente, quais sejam: a ausência de atendimento às expectativas dele, a não aceitação do término do relacionamento amoroso ou até mesmo desentendimento nas relações de trabalho. É aqui que existe o elo com o signo-significado da pornografia de vingança em relação à “vingança” do homem, noutras palavras: basta que a mulher se comporte de alguma dessas formas para que ele tenha respaldo em se vingar realizando as divulgações do conteúdo íntimo, até então destinado ao uso privado, ocorrendo assim a transferência da culpa.

A partir da divulgação, e possíveis compartilhamentos, do conteúdo íntimo no ambiente virtual as consequências se materializam no ambiente real, local onde se transbordam os efeitos, isso porque ainda que o conteúdo fique somente “on-line” o seu acesso é facilitado, dispensando a veiculação do material de forma física para atingir a reputação da mulher-vítima que alcança as outras esferas da sua vida, causando danos que nem sempre são passíveis de reparação.

Os efeitos das consequências ao ultrapassarem o campo virtual, consolidando os seus efeitos no mundo real, revela a capacidade efetiva da internet em afetar a realidade como um todo, motivo pelo qual a tutela jurídica da privacidade sexual deve estar em sintonia com esses dois ambientes.

## **2. *Revenge porn* como manifestação da violência de gênero**

Antes mesmo do advento da troca de mensagens instantâneas via WhatsApp e de redes sociais como Facebook e Instagram, Rose Leonel, jornalista de 46

---

<sup>11</sup>“Trata-se da conjuntura social patriarcal que, por sua vez, é um imaginário construído, mas que também é criador de estigmas sobre determinados comportamentos femininos a fim de depreciá-los”. DAMITZ, Caroline Vasconcelos e FARIA, Josiane Petry. *Porn Revenge: uma questão de gênero*. Revista Estudos Legislativos, ano 11, nº 11, p. 02, 2017, p. 73-88.

<sup>12</sup>VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016, p. 47.

anos, foi vítima de DNCII em 2006, praticada pelo ex-namorado que justificou esse comportamento pelo fim do relacionamento<sup>13</sup>. A divulgação das suas fotos íntimas, destinadas ao uso privado do relacionamento amoroso e como forma de atendimento aos pedidos do até então namorado, ocorreu através de e-mails e por mídia em CDs distribuídos pela cidade de Maringá, local em que a vítima residia e era colunista social. A jornalista foi ultrajada em sua sexualidade, em meio ao seu círculo social de trabalho e amizade, sofrendo o ostracismo social, até mesmo o chefe de Rose recebeu as fotos e a mesma foi demitida por isso, mas não só ela sofreu, o filho mais velho teve que se mudar para a Europa para morar com o pai, em razão da exposição vexatória que ocorria também no colégio e demais lugares que frequentava na cidade<sup>14</sup>.

Em 2013 a adolescente Júlia Rebeca, de 17 anos, se suicidou em razão da divulgação de filmagens em que mantinha relações sexuais com o namorado e mais uma garota. A situação aqui revela-se ainda mais preocupante por se tratar de uma adolescente<sup>15</sup>, assim como todos os demais participantes do vídeo que também são menores de idade. Nesse caso, a família de Júlia não tinha ciência da divulgação do conteúdo quando a garota se suicidou, a decisão de pôr fim à vida é uma das consequências mais nefastas que a vítima e os seus familiares podem enfrentar – um dano irreversível<sup>16</sup>.

Diferente do caso de Júlia Rebeca, em que não resta claro o consentimento para a realização da filmagem<sup>17</sup>, a situação de Rose Leonel e de Franciele

---

<sup>13</sup>LOPES, Débora. *A mulher que lutou pela criação da Lei Maria da Penha Virtual*. Disponível em: <[https://www.vice.com/pt\\_br/article/pambwy/esta-mulher-quer-mudar-a-lei-maria-da-penha](https://www.vice.com/pt_br/article/pambwy/esta-mulher-quer-mudar-a-lei-maria-da-penha)>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>14</sup>NOMURA, Leandro. “*Crime na internet é ferida aberta*”, diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>15</sup>JÚNIOR, Joaquim Leitão. *Comentários à Lei nº 13.772 de 2018 – O Novo Conceito de Violência Psicológica da Lei Maria da Penha e o Novo Delito do Art. 216-B do Código Penal Brasileiro*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2019/01/11/comentarios-a-lei-n-o-13-772-de-2018-o-novo-conceito-de-violencia-psicologica-da-lei-maria-da-penha-e-o-novo-delito-do-art-216-b-do-codigo-penal-brasileiro/>>. Acesso em 17 de jul. 2019. Júlia Rebeca foi vítima de DNCII, mas a tutela da sua intimidade sexual, com fulcro no princípio da especialidade, encontra resguardo legal no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme demonstra o art. 240 dessa Lei.

<sup>16</sup>Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>17</sup>“Não há certeza quanto ao consentimento da gravação do vídeo, a autora afirma no trabalho que a filmagem não mostra claramente o comportamento de anuência das participantes, em

Santos Pires (maiores de idade), o consentimento aconteceu, mas em consonância ao que aqui é perfilhado, o consentimento não se prolonga e tampouco se confunde com justificativa para divulgação e autorização para isso. Franciele, chamada também de “Fran”, foi filmada pelo ex-namorado durante o ato sexual, e também em virtude do término do namoro, o mesmo decidiu espalhar o conteúdo nas redes sociais, a vítima virou até “meme” na internet. A mesma sustenta que não mais consegue realizar as atividades cotidianas, como consequência da divulgação ela perdeu o emprego e, por isso, teve que trancar o curso da faculdade, desenvolveu depressão e mania de perseguição, o que restou para a vítima é a orientação às demais mulheres:

Não adianta depois que acontecer tentar consertar. A gente tem que evitar. Nenhum amor vai durar para sempre e a gente tem que pensar nas consequências que esse amor pode trazer. Então, não gravem. Não deixem se levar pela emoção da hora e pelo sentimento que você sente pela pessoa<sup>18</sup>.

O fenômeno da DNCII não é exclusivo do Brasil, pelo contrário, a dinamarquesa Emma Holten também sofreu com a divulgação de suas imagens íntimas pelo ex-namorado. Da mesma forma, assim como as brasileiras, a jovem que à época da disseminação tinha apenas 17 anos também sofreu represálias de caráter machista, no entanto, alguns anos depois decidiu realizar e divulgar um ensaio fotográfico seminua com o intuito de afastar a “objetificação” sexual da mulher, visto que esse tratamento acontece principalmente com as vítimas desse crime<sup>19</sup>.

A jornalista Rose Leonel, fundou a ONG Marias da Internet e resolveu buscar alterações legislativas<sup>20</sup>, Emma Holten, por sua vez, decidiu postar mais fotos seminuas, ambas encontraram nessa situação uma forma de se reerguer e seguir em frente na tentativa de reconstruir sua dignidade e deixar no passado a mácula causada nas suas histórias de vida.

Ocorre que, nem todas as vítimas tem o mesmo posicionamento perante essa situação, assim como aconteceu com a menor de idade Júlia Rebeca que se suicidou, o mesmo aconteceu com a italiana Tiziana Cantone, 31 anos. Ela

---

contrapartida o rapaz aparece sorrindo”. LIMA, Camila Machado. *Revenge porn: uma nova face da violência de gênero*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68082/revenge-porn-uma-nova-face-da-violencia-de-genero/1>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>18</sup>Fui julgada como criminosa e pensei em me matar, diz vítima de vídeo que virou meme. Disponível em < <https://noticias.r7.com/cidades/fotos/fui-julgada-como-criminosa-e-pensei-em-me-matar-diz-vitima-de-video-que-virou-meme-22072015#!/foto/9>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>19</sup>A resposta de uma jovem que teve fotos íntimas vazadas pelo ex-namorado. Disponível em < <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/resposta-de-uma-jovem-que-teve-fotos-intimas-vazadas-pelo-ex-namorado.html>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>20</sup>PEREZ, Fabíola. *Vingança mortal*. Disponível em < [https://istoe.com.br/336016\\_VINGANCA+MORTAL/](https://istoe.com.br/336016_VINGANCA+MORTAL/)>. Acesso em 07/07/2019 às 14h49m.

lutou pelo direito ao esquecimento durante um ano na justiça do seu país para que fosse removido da internet um vídeo em que aparecia fazendo sexo com o namorado. A italiana mudou de cidade e não trabalhava mais, o material se disseminou e foi motivo de piada em sites e programas do país, quer dizer: a presença do machismo nas relações entre gêneros, que também se manifesta no trato conferido às reportagens e nas matérias dessa natureza, revela que a expressão sexual da mulher é vista como motivo de chacota e as consequências desse comportamento além de não serem previsíveis são, como nessa situação, incontornáveis<sup>21</sup>. A situação de Cantone merece total atenção, dado o destaque midiático italiano, bem como pela “comoção” envolvida no caso, o primeiro-ministro, à época dos fatos, se manifestou solidariamente ao ocorrido<sup>22</sup>.

Outrossim, enquanto era realizada essa pesquisa, veio à tona na mídia nacional e internacional<sup>23</sup>, a acusação de estupro feita por Najila Trindade em face do jogador de futebol Neymar, o suposto crime teria ocorrido em Paris, local onde os dois se encontraram. Contudo, se torna relevante para os fins a que se destina esse trabalho a conversa entre eles que foi divulgada nas redes sociais pelo jogador.

O intuito da divulgação consistia no interesse dele em se defender publicamente da acusação e em uma tentativa de se esclarecer perante os fãs na internet, entretanto, Neymar não se preocupou com o conteúdo íntimo que havia na conversa – fotos de partes íntimas da suposta vítima e o nome dela. Por isso, frisa-se a importância em separar a apuração da ocorrência do crime de estupro da divulgação sem autorização das imagens de Najila nas redes sociais para a reflexão que aqui se propõe.

Para os professores Renato Ópice Blum e Augusto D’Urso não houve dolo na divulgação realizada por Neymar, inclusive porque as imagens estão borradas, não permitindo a identificação da vítima e a visualização do material. Já para a professora da FGV Máira Zapater e para a diretora do InternetLab Mariana Valente, o comportamento do jogador se enquadra na conduta tipificada pelo Código Penal – o art. 218-C –, visto que o local

---

<sup>21</sup>*O suicídio de Tiziana Cantone poderia ter sido evitado.* Disponível em <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/02/o-suicidio-de-tiziana-cantone-poderia-ter-sido-evitado.html>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>22</sup>*Mulher comete suicídio após pornô de vingança e comove Itália.* Disponível em <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/09/mulher-comete-suicidio-apos-porno-de-vinganca-e-comove-a-italia.html>> Acesso em 07 de jul. 2019.

<sup>23</sup>*Tudo sobre o caso Neymar: sexo, mensagens e acusações.* Disponível em <<https://veja.abril.com.br/placar/tudo-sobre-o-caso-neymar-sexo-mensagens-e-acusacoes/>>. Acesso em 16 de jul. 2019.



adequado para o exercício da defesa e do contraditório é no Tribunal, não nas redes sociais, ainda que ele seja uma figura pública<sup>24</sup>. Mesmo que fique provada a acusação de estupro, a exibição do conteúdo íntimo ocorreu nas redes sociais por iniciativa do próprio jogador<sup>25</sup>, o que coaduna com a presença de dolo, assim como, não há necessidade de resultado naturalístico para que se verifique a ocorrência do crime, isto por esse ser um tipo penal formal.

Ademais, no tocante aos resultados que se revelam como a materialização do fenômeno da pornografia de vingança, esses não se limitam apenas ao enquadramento delineado na linguagem do mundo jurídico, se há dolo ou não se há resultado naturalístico ou não, mas como exposto nesse tópico, o comportamento adotado no mundo virtual repercute no mundo real. Contrariando o famoso jargão que “internet não é terra de ninguém” as mulheres-vítimas da DCNII evidenciam claramente como isso têm consequências, visto que muitos usuários têm dificuldade em assimilar que os dois ambientes são unos ao passo que atingem o outro lado da tela, provocando máculas que se perpetuam nas vidas das vítimas.

Importa dizer também que não tem cabido somente aos demais ramos do Direito<sup>26</sup> a tutela direcionada à mulher, isso porque o Direito Penal tem protagonizado as soluções jurídicas a serem dadas para esse grupo social, o que não é presente apenas no Brasil, mas também na Itália, vide o estudo comparado.

### **3. *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*: o art. 612-ter do Código Penal Italiano e a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia: o art. 218-C do Código Penal Brasileiro**

---

<sup>24</sup>ROSA, Ana Beatriz. *Neymar cometeu crime? Especialistas explicam lei que condena exposição de nudes*. Disponível em <<https://www.msn.com/pt-br/noticias/mulheres/neymar-cometeu-crime-especialistas-explicam-lei-que-condena-exposi%03%a7%03%a3o-de-nudes/ar-AAcNsCq>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

<sup>25</sup>*Neymar é intimado a depor sobre divulgação de fotos íntimas de mulher que o acusa de estupro*. Disponível em <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/06/03/neymar-e-intimado-a-depor-sobre-divulgacao-de-fotos-intimas-de-mulher-que-o-acusa-de-estupro.ghtml>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

<sup>26</sup>O Marco Civil da internet estabelece diretrizes para o uso da internet no Brasil, dessa forma em seus arts. 19, 20 e, em especial, o art. 21 garantem a responsabilização dos servidores para retirar do ar conteúdo gerado por terceiro que contenham cenas de nudez e tenham sido divulgados sem autorização. Essa lei ingressou no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo do art. 218-C do Código Penal, dessa forma, é possível concluir que foi preciso a iniciativa do Direito Penal para fazer frente à atuação da tutela da intimidade sexual que também está presente no art. 7<sup>a</sup>, II da Lei Maria da Penha com a terminologia “violação da intimidade”.

O fenômeno da disseminação não consensual de imagens íntimas não é tão recente, tampouco se restringe ao Brasil, como aqui já foi demonstrado<sup>27</sup>, por isso tem desafiado demais ordenamentos jurídicos contemporâneos a respeito do tratamento jurídico que deve ser dado para coibir tais práticas que violam a dignidade sexual da pessoa humana, em que pese a privacidade e a intimidade sexual da mulher – público que especialmente se beneficia dessa solução jurídica.

No presente trabalho, busca-se analisar qual o tratamento jurídico foi dado no Brasil e na Itália para a problemática em questão, observando as suas nuances e as suas semelhanças, considerando que em ambos os países, em períodos muito recentes, tem tido um número elevado de ocorrências de *revenge porn* como manifestação de dominação e violência de gênero entre as relações.

Com esse desígnio, então, se inicia o estudo comparativo dos dispositivos acerca do art. 612-ter<sup>28</sup> que foi aprovado em julho de 2019 e introduzido no Código Penal Italiano por meio do chamado *Codice Rosso*, que dispõe sobre a tutela legal a respeito da prática de violência contra a mulher versando, entre outros dispositivos, sobre a pornografia de vingança de maneira específica. Essa Lei, além dos demais elementos, busca facilitar e agilizar os procedimentos de notificação desse tipo de violência<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup>A DNCII foi pela primeira vez identificada e estudada nos Estados Unidos que, atualmente, possui em 45 estados legislação a respeito do tema. CARTISANO, Marco. *Revenge porn, i reati previsti dal disegno di legge e i dubbi interpretativi*. <<https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/revenge-porn-prime-impressioni-e-problematiche-interpretative/>>. Acesso em 28 de jul. 2019.

<sup>28</sup>Art. 612-ter. – (Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti) – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000. La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento. La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procede tuttavia d’ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d’ufficio. Disponível em <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01107220.pdf>>. Acesso em 23 de jul. 2019.

<sup>29</sup>MARINO, Angela. *Codice Rosso visto da una sopravvissuta al femminicidio: “Ecco cosa manca a questa legge”* Disponível em <<https://www.fanpage.it/attualita/codice-rosso-visto-da-una-sopravvissuta-al-femminicidio-ecco-cosa-manca-a-questa-legge/>> e RIZZUTI, Stefano.

Ao analisar o dispositivo italiano em questão, observa-se que o seu núcleo abrange o compartilhamento, o recebimento, a transferência, a publicação e a divulgação do conteúdo íntimo<sup>30</sup>, revelando a amplitude da norma a fim de cercar as condutas em sequência do agente ou de terceiros que possam efetuar a divulgação com finalidade vingativa que é o escopo do artigo em apreço, ademais, pontua-se a ausência de criminalização do registro do conteúdo íntimo o que demonstra que o legislador italiano não invadiu a seara privada da vida dos particulares, atendo-se, com as consequências de quando esse material que é destinado apenas ao ambiente privado-íntimo alcança espaços públicos, em que pese, o virtual.

A respeito do consentimento, os seus limites são complexos, bem como a forma como ele é declarado, o que o dispositivo não menciona e se torna uma questão a ser analisada a cada caso concreto, podendo ser inclusive considerada como uma prova diabólica, mas de todo modo, inicialmente tem-se como premissa que a produção e o registro de momentos no ambiente privado devem permanecer nesse local<sup>31</sup>.

Em relação às agravantes, inicialmente pontua-se, que na Itália há expressamente previsto o aumento de pena para os agentes que ocupem a posição de atual ou ex parceiro da vítima, atestando que as mulheres, quase em sua maioria, são vítimas desse tipo de agente, sendo assim o aumento da pena revela uma forma de coibir a prática por eles, visto que podiam usufruir da confiança da parceira ou mesmo exerciam o poder de dominação no relacionamento para realizar o registro do conteúdo.

Outrossim, no que toca à divulgação-transmissão de quem recebeu ou adquiriu o conteúdo íntimo, o art. 612-ter penaliza esse agente e acrescenta na tipificação o objetivo de causar dano aos ali representados.

O destaque dos elementos formadores do tipo penal italiano revelam algumas semelhanças e nuances com o art. 218-C<sup>32</sup> do Código Penal Brasileiro que

---

*Codice rosso, approvata la legge contro la violenza sulle donne. Salvini: "Ma sinistra se ne frega"*. Disponível em <<https://www.fanpage.it/politica/codice-rosso-approvata-la-legge-contro-la-violenza-sulle-donne-salvini-ma-sinistra-se-ne-frega/>>. Acesso em 22 de jul. 2019.

<sup>30</sup>CALETTI, Gian Marco. *"Revenge porn". Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*. Disponível em <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6648-revenge-porn-prime-considerazioni-in-vista-dell-introduzione-dell-art-612-ter-cp-una-fattispecie-es>>. Acesso em 23 de jul. 2019.

<sup>31</sup>CARTISANO, Marco. *Revenge porn, i reati previsti dal disegno di legge e i dubbi interpretativi*. <<https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/revenge-porn-prime-impressioni-e-problematiche-interpretative/>>. Acesso em 28 de jul. de 2019.

<sup>32</sup>Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema

foi introduzido no ordenamento jurídico através da Lei nº 13.718 de 2018 também como forma de conferir uma tratativa jurídica ao fenômeno da DNCII, considerando os repetidos casos recentes ocorridos no país, depreende-se, portanto, a contemporaneidade dos dispositivos.

O núcleo do tipo penal brasileiro concentra consigo nove verbos que orientam qual é a conduta tipificada, demonstrando os modos e os meios em que a pornografia de vingança pode se concretizar hodiernamente, com ênfase para os meios de comunicação de massa ou de sistema de informática, isto é, a forma mais atual do agente concretizar seu propósito vingativo através de WhatsApp, Facebook, Telegram ou até mesmo o Instagram.

O foco do presente trabalho é direcionado apenas à DNCII, mas o dispositivo destaca em sua parte final quanto ao registro e divulgação de cena de estupro ou de estupro de vulnerável em que a divulgação de estupro de vulnerável, em razão do princípio da especialidade, terá o tratamento jurídico oferecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Observa-se que no art.612-ter a tutela penal não se direciona para o registro e divulgação de cena de estupro de vulnerável ou não, diferente do dispositivo brasileiro que leciona não somente a respeito da cena de sexo, nudez ou pornografia, mas engloba o estupro que vai além da questão da vingança, pontua-se que o legislador brasileiro difere o conteúdo dos registros.

Como vislumbrado acima a respeito das agravantes, o legislador brasileiro diferentemente do italiano, não dispôs a respeito da qualificação do agente como causa de aumento de pena, afastando a possibilidade da classificação do crime como próprio<sup>33</sup>. É possível depreender isso como uma forma de ignorar que em grande parte dos casos de DNCII no Brasil, visto alguns noticiados aqui nesse trabalho, o agente ocupava a condição de ex parceiro da vítima, se desconsiderando quem é o maior público-alvo dessa tutela.

Ainda nesse tema, mas indo além, o dispositivo italiano prevê as agravantes atinentes às condições da vítima: se ela possui inferioridade mental ou física

---

de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 23 de jul. 2019.

<sup>33</sup>Excetua-se a questão do crime de estupro de vulnerável em que a vítima ostenta condição específica, delimita-se o “crime próprio” para condições semelhantes ao artigo italiano na prática da DNCII.

ou se é uma mulher grávida, extrai-se que o legislador buscou prever hipóteses de mulheres que estejam em situações ainda mais vulneráveis que as demais.

Ademais, ambos os dispositivos se preocupam com a transmissão do conteúdo, não somente com a disponibilização, noutras palavras, o agente disponibiliza nas redes sociais, *e.g.*, mas terceiros que vierem a transmitir o conteúdo íntimo também poderão ser penalizados em ambos os ordenamentos, destaca-se na Itália a penalização daquele que recebe ou adquire o conteúdo e além de “enviar, entregar, vender, publicar ou divulgar” sem o consentimento da pessoa representada acrescenta a esse comportamento o objetivo de causar dano à ela.

Em relação às penas, no Brasil a mínima é de um ano e a máxima de cinco, porém não há previsão legal para multa, enquanto que na Itália a pena prevista é de um a seis anos e multa de 5 a 15 mil euros.

O estudo comparado ao desmistificar os tratamentos jurídicos conferidos aos comportamentos humanos em sociedades distintas tem sua importância revelada, isso porque apesar de diferentes em costumes e culturas podem compartilhar valores semelhantes e, por isso, se propõem a proteger determinado bem jurídico. Desta feita, a dominação presente nos relacionamentos entre gêneros se manifesta de diversas formas, como a que fora aqui estudada, podendo assumir variados meios. A disseminação não consensual de imagens íntimas não é um fenômeno isolado a regiões, tampouco tem natureza inédita na sociedade, se tornado muito mais evidente e se difundido com maior facilidade em virtude das inovações nos meios de comunicação atuais, o que traz para o Direito a necessidade de apresentar soluções.

## **Conclusão**

As transformações tecnológicas possibilitaram que a manifestação de dominação nas relações entre gêneros ocupasse as redes sociais. Destaca-se que a dominação masculina não é contemporânea, assim como o fenômeno de DNCII, ela apenas encontrou no ambiente virtual a difusão indispensável para alcançar o seu desígnio, qual seja: a visualização e o compartilhamento em grande escala e de difícil controle que contribui para a perpetuação do constrangimento, do estigma e da ridicularização da mulher que é vítima do *revenge porn*.

As mulheres expostas pelos parceiros tornam-se receptoras de todo tipo de censura pautado no cenário patriarcal, sendo violada em sua dignidade sexual afetando as demais áreas da sua vida, sofrendo verdadeiro ostracismo

social. Isso se deve a moral decorrente do machismo direcionada à mulher que ao exercer a autonomia sobre o seu corpo ao se expressar sexualmente, se torna digna de todo tipo de ofensa e ultraje, ainda que ela tenha sido vítima da divulgação não consentida pelo parceiro, alguém em que se depositava confiança.

As consequências desse fenômeno social alcançaram dimensões expressivas para o mundo jurídico de modo que coube ao Direito Penal prever a tutela, procurando coibir a prática e penalizar os agentes.

Contudo, as soluções jurídicas não são suficientes para impedir a ocorrência dessa prática motivada pela vingança, eis que a lei não é onipresente nos relacionamentos interpessoais sendo insuficiente para evitar todo tipo de marginalização dessas mulheres, ainda que, sinalize penalidades tipificando as condutas. A questão é mais profunda, sendo indispensável o debate jurídico-social acerca de uma ação nas estruturas que organizam a sociedade e, principalmente, nos comportamentos humanos classificados a partir da diferença dos gêneros que são construídos socialmente a partir da mesma premissa utilizada nas diferenças anatômico-biológicas, conforme assevera Bourdieu.

Em último momento, cabe aqui, a proposta de reflexão para além do tratamento jurídico. Ele não é indispensável, longe disso, todavia, se o tratamento social experimentado pelas vítimas não fosse capaz de ensejar consequências incontornáveis, como até mesmo o suicídio, não seria de primo necessário se socorrer à tutela do Direito Penal, visto que essa área do Direito tende a ser a *ultima ratio* para mitigação dos problemas sociais.

### Referências bibliográficas

- BOURDIEU, Pierre. (2012). **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner, 11ªed. Rio de Janeiro. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/762315/mod\\_folder/content/0/BOURDIEU\\_A%20domina%C3%A7%C3%A3o%20masculina.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/762315/mod_folder/content/0/BOURDIEU_A%20domina%C3%A7%C3%A3o%20masculina.pdf?forcedownload=1)
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 23 de jul. 2019.
- CARTISANO, Marco. (2019). **Revenge porn, i reati previsti dal disegno di legge e i dubbi interpretativi**. Disponível em: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/revenge-porn-prime-impressioni-e-problematiche-interpretative/>. Acesso em 28 de jul. 2019.

CALETTI, Gian Marco. (2019). **"Revenge porn". Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?** Disponível em:

<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6648-revenge-porn-prime-considerazioni-in-vista-dell-introduzione-dell-art-612-ter-cp-una-fattispecie-es>. Acesso em 23 de jul. 2019

COMUNELLO, Patrícia. (2019). **Vingança motiva 44% dos vazamentos na rede.** Disponível em:

[https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/cadernos/jornal\\_da\\_lei/2019/02/672452-vinganca-motiva-44-dos-vazamentos-na-rede.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jornal_da_lei/2019/02/672452-vinganca-motiva-44-dos-vazamentos-na-rede.html). Acesso em 07 de jul. 2019.

DAMITZ, Caroline Vasconcelos e FARIA, Josiane Petry. (2017). **Porn Revenge: uma questão de gênero.** Revista Estudos Legislativos, ano 11, número onze, p. 73-88. Disponível em:

[http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos\\_legislativos/article/view/230](http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/view/230)

**Dicionário Online Dicio.** Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/pornografia/>. Acesso em 05 de jun. 2019.

**Dicionário Online Aurélio.** Disponível em:

<https://dicionariodoaurelio.com/pornografia>. Acesso em 05 de jun. 2019.

**Dicionário Online Michaelis.** Disponível em:

<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=pornografia>. Acesso em 05 de jun. 2019.

**HelpLine.** (2018). Disponível em: <https://helpline.org.br/indicadores/>.

Acesso em 05 de jun. 2019.

ITÁLIA. **Codice Penale.** Disponível em:

<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01107220.pdf>. Acesso em 23 de jul. 2019.

JÚNIOR, Joaquim Leitão. (2019). **Comentários à Lei nº 13.772 de 2018 – O Novo Conceito de Violência Psicológica da Lei Maria da Penha e o Novo Delito do Art. 216-B do Código Penal Brasileiro.**

Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/01/11/comentarios-a-lei-n-o-13-772-de-2018-o-novo-conceito-de-violencia-psicologica-da-lei-maria-da-penha-e-o-novo-delito-do-art-216-b-do-codigo-penal-brasileiro/>. Acesso em 17 de jul. 2019.

LIMA, Camila Machado. (2018). **Revenge porn: uma nova face da violência de gênero.** Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/68082/revenge-porn-uma-nova-face-da-violencia-de-genero/1>. Acesso em 07 de jul. 2019.

LOPES, Débora. (2018). **A mulher que lutou pela criação da Lei Maria da Penha Virtual**. Disponível em:

[https://www.vice.com/pt\\_br/article/pambwy/esta-mulher-quer-mudar-a-lei-maria-da-penha](https://www.vice.com/pt_br/article/pambwy/esta-mulher-quer-mudar-a-lei-maria-da-penha). Acesso em 07 de jul. 2019.

MARINO, Angela. (2019). **Codice Rosso visto da uma sopravvissuta al femminicidio: “Ecco cosa manca a questa legge”** Disponível em:

<https://www.fanpage.it/attualita/codice-rosso-visto-da-una-sopravvissuta-al-femminicidio-ecco-cosa-manca-a-questa-legge/>. Acesso em 22 de jul. 2019.

NOMURA, Leandro. (2017). **“Crime na internet é ferida aberta”, diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex**. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>. Acesso em 07 de jul. 2019.

PEREZ, Fabíola. (2013). **Vingança mortal**. Disponível em:

[https://istoe.com.br/336016\\_VINGANCA+MORTAL/](https://istoe.com.br/336016_VINGANCA+MORTAL/). Acesso em 07 de jul. 2019.

RIZZUTI, Stefano. (2019). **Codice rosso, approvata la legge contro la violenza sulle donne. Salvini: “Ma sinistra se ne frega”**.

Disponível em: <https://www.fanpage.it/politica/codice-rosso-approvata-la-legge-contro-la-violenza-sulle-donne-salvini-ma-sinistra-se-ne-frega/>. Acesso em 22 de jul. 2019.

ROSA, Ana Beatriz. (2019). **Neymar cometeu crime? Especialistas explicam lei que condena exposição de nudes**. Disponível em:

<https://www.msn.com/pt-br/noticias/mulheres/neymar-cometeu-crime-especialistas-explicam-lei-que-condena-exposi%03%a7%0c3%a3o-de-nudes/ar-AACnsCq>. Acesso em 17 de jul. 2019.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. (2016). **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**.

InternetLab: São Paulo. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/o-corpo-e-o-codigo-estrategias-juridicas-de-enfrentamento-ao-revenge-porn-no-brasil>



**A resposta de uma jovem que teve fotos íntimas vazadas pelo ex-namorado.** (2015). Disponível em:  
<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/resposta-de-uma-jovem-que-teve-fotos-intimas-vazadas-pelo-ex-namorado.html>. Acesso em 07 de jul. 2019.

**Fui julgada como criminosa e pensei em me matar, diz vítima de vídeo que virou meme.** Disponível em:  
<https://noticias.r7.com/cidades/fotos/fui-julgada-como-criminosa-e-pensei-em-me-matar-diz-vitima-de-video-que-virou-meme-22072015#!/foto/9>. Acesso em 07 de jul. 2019.

**Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’.** Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html/>. Acesso em 07 de jul. 2019.

**Mulher comete suicídio após pornô de vingança e comove Itália.** (2016). Disponível em:  
<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/09/mulher-comete-suicidio-apos-porno-de-vinganca-e-comove-a-italia.html>. Acesso em 07 de jul. 2019.

**Neymar é intimado a depor sobre divulgação de fotos íntimas de mulher que o acusa de estupro.** (2019). Disponível em:  
<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/06/03/neymar-e-intimado-a-depor-sobre-divulgacao-de-fotos-intimas-de-mulher-que-o-acusa-de-estupro.ghtml>. Acesso em 17 de jul. 2019.

**O suicídio de Tiziana Cantone poderia ter sido evitado.** (2015). Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/02/o-suicidio-de-tiziana-cantone-poderia-ter-sido-evitado.html>. Acesso em 07 de jul. 2019.

**Tudo sobre o caso Neymar: sexo, mensagens e acusações.** (2019). Disponível: <https://veja.abril.com.br/placar/tudo-sobre-o-caso-neymar-sexo-mensagens-e-acusacoes/>. Acesso em 16 de jul. 2019.

# **DERECHO ADMINISTRATIVO**

## La reincorporación de los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública (Estado de México) (\*)

### The reincorporation of the members of the public security institutions (México state)

Bernardo Miranda Garduño<sup>1</sup>

Lucio Ordoñez Huerta<sup>2</sup>

---

**Sumario:** Nota Introductoria **I.** Breviario histórico del artículo 123 apartado B fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos **II.** Conceptos determinantes de la relación jurídica que impera en el artículo 123 apartado B fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos **III.** Del procedimiento y el proceso administrativo **IV.** Derechos Humanos: colisión entre la norma fundamental y los tratados internacionales **V.** Integración del derecho a partir de lineamientos para reincorporar a los miembros de las instituciones de seguridad pública. – Conclusiones. – Fuentes.

**Resumen:** En este artículo se expone y explica la reforma constitucional al artículo 123 apartado B fracción XIII de la

---

(\*) Recibido: 22 octubre 2019 | Aceptado: 26 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Servidor Público del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México.  
[bernardo\\_uam15@hotmail.es](mailto:bernardo_uam15@hotmail.es)

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Parlamentario y Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Autónoma del Estado de México, Profesor Definitivo de Interpretación y Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho UAEM.  
[lordonezh@gmail.com](mailto:lordonezh@gmail.com)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual desde su génesis partió de la prohibición de reincorporar al miembro de la institución de seguridad pública que fuese separado de su cargo, pese a haber promovido medio de defensa legal y constitucional en el que se haya determinado la baja, cese, remoción, separación o cualquier otra forma de terminación del servicio injustificada, pues el legislador tomó en consideración, como motivo de la medida, el denominado interés general, depuración de las instituciones y erradicación de la corrupción, medidas que sin duda dejan en deplorable estado de incertidumbre y menoscabo de los derechos humanos de este tipo de personas diferenciadas de las demás por el tipo de régimen que ostentan. En ese sentido, se hace necesaria la implementación de un método integrador del derecho, para que a través de lineamientos o pautas como el test de proporcionalidad y principio *pro persona*, la autoridad jurisdiccional pueda optar por la reincorporación del miembro de la institución de seguridad pública, al verse afectado alguno de sus derechos humanos, cuya prohibición y restricción no se encuentra justificada para con dicha persona y así se logre una verdadera protección y se materialice la justicia en nuestro sistema jurídico.

**Palabras Clave:** Prohibición Constitucional, Miembros de las Instituciones de Seguridad Pública, Test de Proporcionalidad, Principio *pro-persona*.

**Abstract:** The constitutional reform to the article 123 section B fraction XIII of the Political Constitution of the United Mexican States, since its genesis was based on the prohibition to reinstate the member of the public security institution who was separated from his work, despite having promoted legal and constitutional defense and in which the low, cessation, removal, separation of any other form of the termination on the unjustified service has been determined, since the legislator as a reason for the measure took into consideration the part of the general interest, purging the institutions and eradication of corruption, measures that undoubtedly leave in deplorable state of uncertainty and impairment of their human rights of this type of people differentiated from others by type of regime they hold. In that sense, it is undoubtedly necessary to implement an integrating method of law, so that, through guide lines such as the proportionality test and pro persona principle, the jurisdictional authority can opt for the reinstatement of the member of the public security institution, since one of its human rights is affected, whose prohibition and restriction is not justified to that people and this achieve true protection and justice of our legal system.

**Keywords:** Constitutional Prohibition, Members of Public Security Institutions, Proportionality Test, Pro persona Principle.

---

## **Nota Introductoria**

La reincorporación de los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública es el tema principal que se aborda, con el objeto de lograr que, en el contexto de la Constitución Política del Estado Mexicano y asumiendo ciertos criterios de interpretación, se salvaguarde un derecho fundamental y humano, garantizado por la propia Constitución en casos concretos, que generalizado en un principio y reducido a su particularidad, demuestra cuán importante es poder incluir dentro de la norma fundamental tal medida.

Se analizarán en primer término las reformas que ha sufrido el artículo 123 apartado B fracción XIII Constitucional, refiriendo principalmente aquellas que implican un estudio de fondo por su trascendencia, de tal manera que a través del método histórico, se determinará cuáles fueron los motivos que se tomaron en consideración para la redacción de dicha disposición y el porqué de cada una de las modificaciones que ha tenido, hasta llegar al precepto que prevalece tal y como se conoce actualmente.

Se establecerá la relación que impera entre el Estado y sus trabajadores, es decir, la que se contempla para los servidores públicos dedicados a la seguridad pública, como es el caso de los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública, los cuales no sustentan un vínculo laboral sino administrativo, por estar condicionados a la permanencia en su trabajo.

Consiguientemente se realizará un estudio del procedimiento y proceso administrativo, por medio del cual los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública a través de las autoridades administrativas competentes y el órgano jurisdiccional encuentran una justicia aparente y defectuosa para resarcir el daño ocasionado.

También se efectuará un análisis de la aplicación de las disposiciones normativas de índole interno con respecto a las internacionales, sobre aspectos de protección a derechos humanos de los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública o que tienen cierta injerencia para su defensa, las cuales son transgredidas por el Estado, en el sentido de que aun y cuando no se demuestre la responsabilidad que se le atribuye, e

independientemente del motivo o causa que dio origen a la pérdida de la relación que sujetaba al servidor público con el Estado, se prohíbe la reincorporación por así establecerlo la Constitución, transgrediendo de esa forma derechos que sin motivo alguno le son restringidos por mediar una proscripción social injustificada.

Por último, se abordarán los lineamientos bajo los cuales la autoridad jurisdiccional debería resolver un asunto de esta naturaleza, de tal manera que contemple que quien no sea responsable del hecho que se le atribuye, sea reincorporado. Lo anterior sin que se deje de observar la restricción de reincorporar para con quien se demostró la responsabilidad atribuida. Es decir, la autoridad jurisdiccional al momento de analizar el asunto en concreto, mediante la utilización de un método integrador del derecho y bajo ciertas pautas o lineamientos pueda reincorporar al elemento de seguridad pública que fue separado de su cargo injustificadamente, con una variante de solución igualmente justa, para no resolver los asuntos siempre con una sola opción que deja de observar derechos que bajo la prohibición hace imposible su reparación.

Así, resulta factible la modificación del precepto constitucional para que contemple dos opciones igualmente justas, con las que se lleve a cabo una labor más acorde a la protección de los derechos humanos, para que se colme el objetivo con el que las leyes fueron hechas, “servir al hombre”, lo que pondrá de manifiesto la conservación de esos derechos y garantías para su protección.

## **I. Breviario histórico del artículo 123 apartado B fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de lo dispuesto por el artículo 123 apartado B, ha sufrido veintisiete reformas y adiciones desde su promulgación en 1917, de las cuales tres impactan en la investigación del presente trabajo.

Analizar el artículo 123 apartado B fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conlleva comprender y entender la esencia de dicho precepto y tratar de desentrañar el verdadero sentido que en realidad se le quiso dar en el momento en que el constituyente propuso su redacción,

Se ha dicho que “cuando una ley es clara, no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu” (Máynez, 2011, p. 334), lo que implicaría necesariamente una interpretación gramatical, es decir, se le daría el significado que le es propio; empero, si su contenido es incompleto,

restringido, entonces no bastaría con la interpretación gramatical y sería necesario hacer uso de una interpretación correctora, o sea, atribuirle al texto a interpretar, no su significado literal más próximo o inmediato, sino darle otro distinto, un sentido amplio y no restringido, cuya finalidad sería descubrir el espíritu de la ley. En ese sentido se deben utilizar argumentos que a través de las interpretaciones ayudarán a desentrañar el adecuado sentido Constitucional del precepto en estudio.

Es preciso mencionar que se hará uso de los argumentos psicológico, teleológico e histórico, los cuales son pertinentes para lograr una adecuada interpretación del precepto constitucional, en cada una de sus reformas, así como de la intención del constituyente al momento de elaborarlas, en ese sentido, se partirá de la concepción del argumento teleológico que, de acuerdo con Dávila (2010) “es la interpretación de un determinado enunciado de acuerdo con su finalidad” (p. 623); ya que si se interpreta solo la gramática de lo literal, sucede que “el derecho aplicado al pie de la letra resulta ser una suma injuria” (Dávila, 2010, p. 526); de ahí la pertinencia de utilizar este tipo de argumentos para desentrañar la génesis del precepto constitucional.

En ese mismo sentido Dávila (2010) define al argumento psicológico como “aquel por el que se le atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del autor o emisor de esta, es decir del concreto legislador que históricamente la redactó” (p.723) y al argumento histórico, explicado por Manuel Clavo García, citado por Dehesa Dávila:

Se le concibe como un trabajo de adaptación de la norma positiva a las necesidades que imperan en una sociedad. Por ello, el intérprete no indagará solo la voluntad del legislador en el momento de elaborar la ley, sino que analizará históricamente, tanto la evolución jurídica como social. De este modo, la interpretación histórica de la forma se convierte en un límite a la interpretación basada solo en el sentido literal, que prescinde de los antecedentes y de la evolución que marcó la aparición de la norma y sus caracteres. (Dávila, 2010, p. 748)

Argumentos que serán de utilidad para analizar los antecedentes de dicha reforma, así como para desentrañar el origen que la impulsó, pues hablar de la emanación de un precepto constitucional, es encontrar su espíritu y esencia para dilucidar su sentido.

El constituyente al momento de erigir una norma, plantea el porqué de lo que ha de determinar y se coloca en un plano de colaboración y entendimiento con sus homólogos, para llegar a un acuerdo, mismo que por deliberación constante mayoritaria, ha de establecerse como regulador de lo actual y necesario para la sociedad, y aunque en el proceso de discusión de la

propuesta de la norma, hubo posturas en contra, estas no fueron suficientes para impedir una modificación o cambio total en la redacción del precepto jurídico; por lo que en ese sentido, es oportuno mencionar que de acuerdo con Dávila (2010) se está frente a lo que se llama sofisma de ambigüedad, ya sea de composición o división; esto es, si se refiere al sofisma de composición, debe atribuirse que lo que conviene a la parte, conviene al todo; o a contrario sensu, si se alude al sofisma de división, este atribuye que lo que conviene al todo, conviene a la parte.

Lo anterior es ejemplo de lo que sucede en la construcción de la norma que debe regir, pues a pesar de que se esté en desacuerdo con la misma, el consenso siempre será por mayoría y, aprobado, esté correcto o no, es fuerza de aplicación por provenir de la constitución suprema de nuestro sistema jurídico, la cual establece las reglas de formación de la propia ordenanza.

En los diarios de debate efectuados en las cámaras de puntos constitucionales y proyectos de iniciativas, se establecen las causas del porqué de la necesidad de reformular, agregar o quitar palabras a un precepto jurídico, es decir, abrogar, derogar o adicionar la norma, por lo que la exposición de motivos es fundamental para comprender el por qué y para qué del cambio a realizar en la norma.

En ese contexto, en fecha cinco de diciembre de mil novecientos sesenta, se reformó el artículo 123 Constitucional, apareciendo en ese momento, un apartado B, el cual hacía alusión a la relación que tendría el Estado con sus trabajadores y en el que incluiría a los policías con un régimen especial, con base en leyes específicas que los regían.

El ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, se adicionó un tercer párrafo al artículo 123 apartado B fracción XIII Constitucional, el cual incluía la prohibición de reincorporar a policías sujetos al régimen especial que ostentan con el Estado, medida que el gobierno de ese entonces, tomó en consideración, como una acción eficaz para combatir la corrupción, que permitiría depurar los cuerpos policiacos de los elementos corruptos; empero, dicha medida solo estableció una prohibición respecto de quienes no cumplieran con los requisitos de permanencia que establecían las leyes vigentes al momento de su remoción, pues pese a que se interpusiera un medio legal de defensa y este al resolverse declarara ilegal la baja, no permitía la reincorporación por haber sido establecido de esa forma en la Constitución.

Atendiendo al argumento teleológico, que es empleado para la interpretación de una norma, el cual busca desentrañar la finalidad que tomó en cuenta el



constituyente al momento de elaborar o formar el precepto jurídico, es preciso resaltar que la palabra depurar, fue implantada como la medida eficaz para rehacer a las Instituciones de Seguridad Pública, las cuales están destinadas a la Seguridad, además de que el argumento histórico utilizado en la interpretación del propio precepto colige que la palabra corrupción fue el elemento que dio pauta a prohibir su reincorporación.

En ese sentido, la depuración solo fue referida a los malos elementos de seguridad pública que en ese momento no cumplían con los requisitos de permanencia que las leyes vigentes establecían, pues es ilógico que se englobe a los buenos elementos, ya que pensar lo contrario sería negar rotundamente la inocencia de dicha persona, por lo que del argumento histórico apegado al psicológico, refiere que la norma está adherida estrictamente a lo que el legislador quiso plasmar de acuerdo con lo que imperaba en ese momento en la sociedad y el problema que se había de dilucidar, es por ello que la corrupción fue sin duda y sigue siendo la pauta que originó dicha decisión.

De la reforma efectuada el dieciocho de junio de dos mil ocho, al artículo 123 Constitucional Apartado B fracción XIII, en atención a los argumentos histórico, psicológico y teleológico, se desentraña su espíritu, misma que va en contra de diversos derechos humanos, como el de presunción de inocencia; ya que bajo la postura del argumento histórico sobre la medida de prohibir la reincorporación, esta fue implementada para el combate a la corrupción; sin embargo, el problema no disminuyó y no fue suficiente, debido a que se han realizado diversas reformas a la Constitución que van dirigidas a erradicar la corrupción, cuestión que ha alcanzado efectos negativos, pues la coincidencia entre lo positivo y la realidad en este tema es impensable, ya que si tal pauta era para erradicar la corrupción es evidente que no se logró el objetivo.

Desde la óptica del argumento psicológico, entendido como la intención y significado concreto que estableció el constituyente, fue preciso que para que no hubiera lugar a dudas, ni interpretación alguna y, para no reincorporar al miembro de la institución policial en su trabajo como sucedió en la reforma de 1999, se implantó de manera tajante y absoluta la restricción.

Por otra parte, y desde el enfoque del argumento teleológico que atiende a la finalidad del legislador al establecer la norma, en el caso concreto, la restricción fue para que no se reincorporara a ningún miembro de la institución policial, cualquiera que fuese el resultado del medio de defensa interpuesto, pues con ello se daba la depuración de todo mal servidor público en el desempeño de su función, esto es, la seguridad pública.

Históricamente se ha visto el efecto que se pretendió alcanzar, todo ello a costa de violaciones a derechos humanos, por lo que no existe un fin legítimo para seguir con una sola opción de solución del problema, es decir, la sola aplicación de la prohibición de reincorporación.

## **II. Conceptos determinantes de la relación jurídica que impera en el artículo 123 apartado B fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

La relación jurídica que impera entre el Estado con sus trabajadores, es decir, los sujetos con régimen especial del apartado B fracción XIII del artículo 123 Constitucional, es muy distinta a la relación obrero patronal del apartado A del citado artículo. Ello en atención a que se encuentran frente a una situación disímil a la de un trabajador con su patrón, ya que en este caso, el Estado no funge como un patrón al no existir una relación de supra-subordinación, ya que los cuerpos de seguridad pública por el régimen que ostentan ante la sociedad, son nombrados mediante un acto condición y fueron excluidos de los derechos laborales de los trabajadores del Estado, pero particularmente carecen de los derechos a la estabilidad en el empleo y la inmutabilidad de toda condición de ingreso o permanencia en el cargo.

Antes de analizar la relación jurídica que impera entre el servidor público con régimen especial y el Estado, se presentan algunos conceptos que son indispensables para comprender y entender, posteriormente, cada aspecto que se tomará en consideración respecto de los miembros de las instituciones de seguridad pública, en cuanto a su propia condición y sobre los términos que se emplean como homólogos de este.

Se partirá del concepto integral de lo que es una institución de Seguridad Pública y una Institución Policial.

“Institución proviene del latín Institutio-onis, que se refiere al establecimiento o fundación de una cosa, cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, o sociedad” (Lombardo, 2012, p. 137).

Según la definición de Maurice Hauriou una institución:

Es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, un poder se organiza y se le procura de órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesados en la realización de tal idea, se producen manifestaciones de comunicación dirigidas por los órganos del poder y reglamentadas por procedimientos (citado en Lombardo, 2012, p. 32).

Seguridad Pública en Derecho Administrativo “se refiere al elemento del orden público material, caracterizado por la ausencia de peligros para la vida,

la libertad o el derecho de propiedad de las personas” (Diccionario Jurídico Enciclopédico, 2009).

Así, se propone como concepto de Instituciones de Seguridad Pública, la organización legítima del Estado, por medio de la cual va a dar orden y certeza proteccionista a la sociedad en su conjunto.

Por su parte, el concepto de Policiales hace referencia “a los cuerpos que mantienen el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos a los que ampara la legislación vigente” (Ossorio, 2012, p. 742); por lo que entendemos a las Instituciones Policiales, como la organización legítima del Estado, en la que diversas dependencias, a través de sus agentes, es decir, personas que pertenecen a cualquier institución de seguridad pública, brindan sus servicios para salvaguardar el bienestar de la sociedad.

En cuanto a la palabra reincorporación, que es utilizada en la Constitución y, como se desprende de la ley secundaria, no es uniforme, en tanto se utilizan otros vocablos, por lo que es necesario revisar sus múltiples usos.

El artículo 123 apartado B fracción XIII de la Constitución utiliza el término reincorporación, mientras que la Ley de Seguridad del Estado de México, en su artículo 181<sup>3</sup>, contempla las palabras reinstalación y restitución, las cuales, al igual que la reincorporación, son sinónimas al tener como esencia la de volver la cosa o bien al estado en que se encontraba, es decir, regresar algo a su origen, en este caso a los miembros de las instituciones policiales, a su lugar de trabajo.

La reinstalación del trabajador, por su parte, “es la restauración o restablecimiento del empleado en sus derechos dentro de la empresa; derechos que son consecuencia de la situación jurídica objetiva creada entre trabajador y patrono, en virtud de la prestación de los servicios” (Santos, 1980, p. 415).

Si bien, la palabra reinstalación es utilizada generalmente en el campo del derecho laboral, cierto también lo es que, en cuanto al contenido del precepto constitucional que se estudia, se hace referencia a una relación de trabajo entre el Estado y el servidor público, el cual no puede ser restituido en el pleno goce de su trabajo cuando ha sido removido, es decir, no puede ser reinstalado.

---

<sup>3</sup> Artículo 181.- Es improcedente la reinstalación o restitución de los integrantes de las Instituciones Policiales separados de su cargo por resolución de remoción, baja o cese, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que hubiere promovido y, en su caso, sólo procederá la indemnización.

“Restitución es la devolución de alguna cosa o bien, es la acción y efecto de restituir, de volver una cosa a quien la tenía antes, y también restablecer o poner una cosa en el debido estado anterior” (Ossorio, 2012, p. 852); además de que reincorporar es volver a incorporarse a donde antes se encontraba, de ahí que las acepciones de reinstalación, restitución y reincorporación hacen alusión a lo mismo, esto es, regresar alguien a donde originalmente se encontraba.

Por otra parte, las palabras separación, remoción, baja y cese, hacen alusión a diversas acepciones, las cuales hacen referencia a que se ha terminado y finalizado una actividad o función de un empleo, sin embargo, es de aclararse que el cese o la cesación se refiere al fin del desempeño de un cargo, tarea, oficio o empleo; acepción que engloba a todas las demás formas de terminación de la relación laboral del trabajo de un miembro de una institución de seguridad pública con el Estado.

La palabra separación hace referencia “a la destitución del empleo o cargo” (Ossorio, 2012, p. 887), la remoción “es la privación del cargo o empleo” (Ossorio, 2012, p. 835), y la baja, “es el acto de declarar que se cesa en una industria o profesión, o de alguna actividad de una persona respecto de la entidad a la cual pertenecía” (Ossorio, 2012, p. 102).

Ahora, en el campo del derecho administrativo y en relación con las instituciones policiales, dichos términos tienen acepciones diferentes, pues si bien todas se refieren a la terminación de un empleo, cada una tiene su particularidad al momento de utilizarse, ya que pueden ser cesados, palabra que incluye todas las formas de terminación; ya sea por separación, que es por incumplir con algún requisito de permanencia o pueden ser cesados por remoción, que es por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones y el cese por baja, cuyas hipótesis normativas al actualizarse, como el de renuncia, da por concluida la relación del policía con el Estado.

En cuanto al concepto de prohibición constitucional, es homólogo al de restricción o proscripción, pues los mismos hacen referencia a la limitación o disminución de obrar en cierto modo, o vedar algo. Lo anterior ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyó en la Tesis 2a./J.103/2010<sup>4</sup>, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que la prohibición de reinstalación a que se refiere la reforma constitucional es absoluta, partiendo de la idea de que con ello se permitiría a las instituciones policiales remover a los malos elementos que hayan

---

<sup>4</sup>Para mayor información véase en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, [Novena Época, t. XXXII, julio de 2010, p. 310](#).

incumplido con los principios constitucionales y legales a que está sujeto su actuar como servidores públicos.

Luego, la relación jurídica que impera con respecto a dichos servidores públicos con el Estado es de naturaleza administrativa, los cuales son nombrados mediante actos condición.

Un acto condición, en palabras de Mayeres:

La voluntad del poder público la que debe prevalecer es aquella la que hace comenzar esa relación con el nombramiento y es ella también la que pone fin. La voluntad del súbdito solo constituye una condición de la validez del acto o una condición de la necesidad jurídica con la cual cumple (citado en De la Torre, 2014, p. 11).

Pues bien, un acto condición “se norma por la materia administrativa, en tanto que el contrato de trabajo y lo relativo a la estabilidad en el empleo es exclusiva de los patrones y trabajadores de la iniciativa privada” (De la Torre, 2014, p. 11).

Sobre el particular, importa destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tanto en Pleno como en Salas, ha sustentado que los nombramientos para los cargos públicos y en especial los de agentes policiales tienen una naturaleza que en Derecho Administrativo se denomina actos condición<sup>5</sup>.

Lo anterior, en virtud de que dichos nombramientos o investiduras no se concretan mediante un acto unilateral (aunque sea discrecional) emitido por la persona facultada para hacer la designación, pues no puede imponerse obligatoriamente un cargo público a un administrado sin su aceptación, ni tampoco se trata de un contrato porque el nombramiento no origina situaciones jurídicas individuales. Se trata de un acto diverso en cuya formación concurren las voluntades del Estado y del particular que acepta el nombramiento, cuyos efectos no son el fijar derechos y obligaciones entre Estado y empleado, sino condicionar el cargo a las disposiciones legales preexistentes que fijan en forma abstracta e impersonal los derechos y obligaciones que corresponden a los titulares de los diversos órganos del poder público.

Luego entonces, se pone de manifiesto la relación existente entre los sujetos contemplados en el apartado B, fracción XIII del artículo 123 Constitucional y el Estado, sin que pase por alto que aunque en un primer momento tal consideración fue para el sentido de sentar la idea de que las prestaciones a que tenían derecho no eran como las de materia laboral, la Suprema Corte de

---

<sup>5</sup>Para mayor referencia véase [Tesis 1a./J.104/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 371.](#)

Justicia de la Nación en una nueva exegesis de la norma, sostuvo que al no haber precepto que contemplara cuales son las prestaciones a pagar, es que se debe de remitir al apartado A, para establecer las mínimas a su favor, ello con el fin de resarcir el daño ocasionado<sup>6</sup>.

### **III. Del procedimiento y el proceso administrativo**

Con cierta frecuencia, las expresiones proceso y procedimiento se utilizan como sinónimos. Sin embargo, estas acepciones tienen su particularidad y aunque sean utilizadas en todas las ramas del derecho como iguales, cada una de ellas tiene su determinada esencia, es decir, en el derecho civil el procedimiento comprende todas aquellas etapas en las que se divide el proceso, en otras palabras, es todo aquel curso que se debe seguir y que la ley establece en la regulación para conseguir un resultado, el orden y sucesión de su realización, por lo que el proceso es la suma de todos los actos y etapas del procedimiento para formar, desarrollar y terminar la relación jurídica tripartita de quienes intervienen, de lo que se deduce que el proceso engloba al procedimiento, sin embargo, el procedimiento puede manifestarse fuera del campo procesal, como sucede en el orden administrativo o legislativo.

Cabe destacar que, en el derecho civil, el proceso engloba al procedimiento, en el que el procedimiento no puede estar fuera del proceso; por lo que el procedimiento es, en palabras de Guillen y Vincent “el conjunto de formalidades que deben ser seguidas para someter una pretensión a la justicia” (citado de Ossorio, 2012, p. 802) y el proceso de acuerdo con Ovalle Fabela (2012) es:

El conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados en el derecho aplicable (p. 194).

---

<sup>6</sup>Cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un inicio estableció por jurisprudencia de rubro [161183](#) cuales eran los conceptos a pagar a los miembros de las instituciones de seguridad pública que fueran separados de su trabajo de forma injustificada, sin que se aplicara la supletoriedad de la ley del trabajo en cuanto a algunos rubros, al considerar que su relación era y sigue siendo administrativa y no laboral, por lo que se debía aplicar lo que las leyes administrativas establecían. Posteriormente, sin embargo, después de una nueva reflexión se estableció por jurisprudencia de rubro [2013440](#) que abandonó el anterior criterio, que los conceptos se debían pagar, sin importar la relación jurídica entre Estado y servidor público, ya que como garantías mínimas de la afectación e imposibilidad para reincorporarlos y al no prever las leyes administrativas nada para fijar dicho monto, es que si era dable aplicar integralmente al apartado A del artículo 123 en relación al apartado B fracción XIII Constitucional.

En materia administrativa, por su parte, existe una división fundamental entre el procedimiento y el proceso; ya que se llama procedimiento a toda la serie de actos llevados a cabo por una autoridad para crear, transmitir, modificar o extinguir una situación jurídica en concreto, es decir el acto administrativo y por lo que respecta al proceso, es aquel que se lleva ante el órgano jurisdiccional competente.

Por lo tanto, en materia administrativa si hay una segmentación clara de lo que es el procedimiento y el proceso, el primero llevado a cabo por las autoridades del orden estatal y/o municipal, con el objetivo de crear el acto administrativo y el segundo que es seguido ante el órgano jurisdiccional competente para dirimir la controversia surgida por el acto administrativo, en el que se hace presente el procedimiento, pero como una sucesión ordenada de pasos que se debe seguir para poner fin a dicho conflicto.

Luego entonces, una vez entendido el proceso en materia administrativa, el órgano jurisdiccional por excelencia para conocer de la reincorporación o no de los miembros de las instituciones de seguridad pública es el Tribunal Administrativo, cuyos medios de impugnación que se tienen al alcance, cumplen la finalidad de que una vez determinada la ilegal e injustificada cesación de su trabajo, este pueda conseguir y obtener el medio resarcitorio, es decir, la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, pues el medio de impugnación no tiene entre sus efectos la reincorporación a su lugar de trabajo, pues la regresión a su estado natural le está proscrito por la propia Constitución.

En este sentido, cabe destacar que toda persona tiene derecho a la administración y acceso a la justicia, al ser un derecho subjetivo reconocido en la Constitución y en los instrumentos de índole internacional, como lo son los convenios, tratados, pactos, etc.

El derecho a un recurso efectivo es utopía dentro de los sistemas jurídicos y de derecho, sin embargo, debe ser alcanzado para que realmente se pueda reparar el derecho afectado.

En este aspecto De la Torre (2014) menciona que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el respecto se ha pronunciado de diversas maneras, destacando las siguientes:

(...) para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla (...)

(...) no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos (...)

(...) los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos (...). (p.11)

En ese sentido, el recurso efectivo, constriñe dos particularidades, primero, la idoneidad del recurso, que establecerá si se ha incurrido en una violación de algún derecho humano y realizar lo necesario para remediarla. En segundo lugar, se ofrece la posibilidad de plantear una violación a derechos humanos y que se pueda obtener alguna reparación efectiva a esa violación.

Se requiere en ese sentido, la condición política e institucional que permita que el recurso pueda cumplir su objetivo, para que no sea ilusorio o un recurso aparente.

De ahí que la efectividad de un recurso tiene que ver con la verdadera posibilidad de que se llegue a resarcir el daño causado a un derecho violado o transgredido.

#### **IV. Derechos humanos: colisión entre la norma fundamental y los tratados internacionales**

Es propicio, en primer lugar, partir de la concepción de que no es lo mismo un derecho fundamental, un derecho humano y una garantía individual.

Un derecho fundamental de acuerdo con Ferrajoli (citado en Contreras, 2012, pp. 121-145), es entendido desde dos enfoques, es decir, desde un enfoque ius-positivista que refiere que es aquel que incluye cada Estado en su ordenamiento con respecto al ser humano y que de alguna manera le permite subsistir; y desde el enfoque del ius-naturalismo, cuya naturaleza es axiológica, en el que se deben considerar como fundamentales aquellos que aseguren la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como fundamentales.

Para Ferrajoli, derechos fundamentales:

Son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar. Por su parte, son derechos subjetivos todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su status o condición de tal, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (citado en Contreras, 2012, p. 124).



Así, por derecho fundamental debe entenderse aquel derecho subjetivo, cuya expectativa adscrita a la persona por la norma jurídica positiva, corresponde universalmente, es decir, es el derecho dado a la persona por su orden jurídico interno a todos los seres humanos.

Por otra parte, un derecho humano, son todas aquellas facultades y prerrogativas fundamentales que tiene una persona por el simple hecho de serlo, sin las cuales no se puede vivir como ser humano.

De ello deriva la garantía individual del derecho humano que, al ser un derecho fundamental positivizado en la norma jurídica, este debe ser observado y protegido por el Estado, pues la autoridad política debe velar porque todos los seres humanos disfruten efectivamente de sus derechos esenciales.

Ahora bien, el sistema jurídico mexicano cuenta con una gama de normas, instituciones, figuras e instrumentos que, de acuerdo con una estructura piramidal se sitúan en diferentes niveles, ello a partir de la teoría de Kelsen; la cual hace referencia a que la constitución está por encima de cualquier norma, por ser la que da validez a las demás, dejando en segundo nivel a los tratados internacionales.

Tales argumentos, se utilizaron en un principio como verdad dogmática de nuestra teoría constitucional, debido a las diversas interpretaciones que se realizaron por los diferentes órganos jurisdiccionales de nuestro Estado, los cuales tuvieron fuerza de aplicación por un tiempo, empero, al haber sufrido nuestra Constitución en el año dos mil once una reestructuración en materia de derechos humanos, la argumentación de la teoría jerárquica de las normas parte de otra concepción, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011<sup>7</sup>, se pronunció respecto a la jerarquía de normas del orden interno con respecto a la internacional, en el que los ministros que en ese entonces conformaban la citada Corte, debatieron el tema, fijaron el alcance de la problemática con su resultado y establecieron sus posturas argumentativas, las cuales fueron tomadas en su mayoría como aceptadas, pero que sin embargo existe la incertidumbre de que no se deslindaron de la teoría de la supremacía constitucional.

Lo anterior es así ya que la contradicción de tesis 293/2011, surgió por la discrepancia de criterios emitidos por distintos Tribunales Colegiados de Circuito, en asuntos divergentes a la cuestión que la originó, pero sobre un mismo punto de derecho. El análisis se basó en dos cuestiones, una que era

---

<sup>7</sup>Consultarse en la página de la [Suprema Corte de Justicia de la nación, para mayor referencia del tema.](#)

la de establecer la jerarquía de la Constitución con los Tratados Internacionales y, la de establecer el carácter orientador o vinculante de la jurisprudencia de talla internacional, sin embargo, lo que interesa es el primer punto.

Posteriormente y después de toda una interpretación literal, sistemática, teleológica y finalista de los preceptos constitucionales que contemplaban la jerarquía normativa, junto con la de la incorporación de los Derechos Humanos, la Suprema Corte estableció argumentativamente que, si bien en un principio se habían determinado por diversas tesis el rango de la norma, dicho criterio era antes de la reforma de Derechos Humanos y que, después de dicha incorporación la concepción cambiaba, ya que ahora no era posible responder a la interrogante de la jerarquía normativa a través de la teoría tradicional, por la nueva dimensión que implicaba la reforma en Derechos Humanos.

De la lectura del precepto constitucional contemplado en su artículo 1o, se establece que todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

De ello se derivó, que la constitución estableció dentro de su catálogo a las disposiciones de derechos humanos internacionales, ya que no era posible afirmar que solo debían ser tomados los tratados de derechos humanos y no los tratados internacionales convencionales, pues donde la ley no distingue no hay porque distinguir, de ahí que, al ya haber un catálogo constitucional de derechos humanos, resultaba irrelevante la fuente del Derecho, pues lo único que se contempló fue la integración de dicho Derecho Humano de fuente internacional a la constitución.

Tras dicha consideración, la nueva conformación del catálogo de Derechos Humanos no podía ser estudiada en términos jerárquicos, pues la modificación al artículo primero constitucional fue para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen, concluyendo que los Derechos Humanos reconocidos en la constitución y tratados internacionales no se relacionan en términos jerárquicos.

Como consecuencia, lo anterior fue tomado como el parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano. Argumento que formulado a partir de la interrogante sobre cómo era posible que una norma internacional cuya validez dependía de la constitución pudiese ser tomada como parámetro de regularidad del ordenamiento

jurídico mexicano, lo cual sucede de dos maneras, de acuerdo con los requisitos formales y los materiales de validez.

La incorporación como requisito formal de validez, se establece cuando se cumple con la firma del presidente y aprobación del senado, y la conformidad, como requisito material de validez, se cumple cuando el tratado este de acuerdo con la constitución y no altere los derechos reconocidos, cuya interpretación extensiva debe ir apegada al principio de progresividad, el cual permite el reconocimiento de nuevos derechos humanos, siempre y cuando no vayan en detrimento de estos.

Ahora bien, cuando el precepto del tratado internacional que contiene un derecho humano está acorde con el de la Constitución, tal precepto se desincorpora del Tratado y se incorpora al catálogo constitucional interno de Derechos Humanos del Estado, derechos que no se relacionan en términos jerárquicos de la supremacía constitucional, sino que al ser homogéneos al del contenido Constitucional, se consideran Derechos Humanos supremos, no por provenir del Tratado sino por ahora ser parte del Sistema Jurídico del Estado.

Por último, la Corte solo mencionó que, derivado del artículo primero constitucional que establece, que cuando hay una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, lo que es una idea inconclusa y sin fuerza argumentativa, axiomática para la Corte, que no representa más que una cuestión dejada al aire y que en cierto sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se desligó del todo de la teoría jerárquica de las normas.

Con todo lo anterior y derivado de la contradicción de tesis 293/2011, se estableció, en conclusión, que los derechos humanos contemplados en la constitución y tratados internacionales constituyen el parámetro de regularidad normativa, pero que cuando haya una restricción constitucional a su ejercicio, se debe estar a lo que determina la constitución.

Si bien, la prohibición de reincorporar a miembros de las Instituciones de Seguridad Pública ligada a una restricción de derechos se encuentra establecida constitucionalmente y se presume de ello, no debe dejarse de ver dicha situación por separado, como un sistema integrado de una diversidad de argumentos y normas que establecen todo lo contrario.

Ello autoriza a concluir que hay una restricción de índole constitucional de prohibir la reincorporación de los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública en su trabajo, porque la finalidad del legislador fue la de depurar dichas instituciones para combatir la corrupción, sin importar que

del medio de defensa interpuesto decidiera su injustificada separación, tal determinación transgrede diversos derechos de la propia Constitución como el del trabajo, cuya modalidad conlleva una reparación del daño al proyecto de vida, ligado al derecho del no desempleo, la falta de un recurso efectivo, entre otros, así como de los Tratados Internacionales que forman parte del mismo catálogo constitucional al haberse incorporado al derecho interno.

#### **V. Integración del derecho a partir de lineamientos para reincorporar a los miembros de las Instituciones de Seguridad Pública**

En razón de lo precisado en el cuerpo de todo este proceso de exposición argumentativa, es factible llegar a determinar en qué forma es posible resarcir el daño ocasionado al derecho de una persona, que se ve restringida por la norma fundante, pero que a su vez, para volverlo al estado en que se encontraba, es necesario, sin desconocer el contenido constitucional, implementar una serie de pautas por medio de las cuales la autoridad jurisdiccional, pueda proteger el derecho afectado frente a la colisión de otro, para que el operador jurídico se constriña a ponderar y velar por el derecho para su resarcimiento material y verdadero.

Dentro del contexto general en el que se desenvuelve la perspectiva de protección de los derechos y, en términos específicos de los miembros de las instituciones de seguridad pública, es importante mencionar que debe haber una variante que permita hacer posible dicho resarcimiento del derecho afectado.

La autoridad, para resolver el conflicto, necesita tener varias soluciones igualmente válidas a aplicar. Por lo que, a contrario sensu, cuando existe una sola solución, es decir, el ordenamiento jurídico autoriza una específica solución al asunto con exclusión de otras, aunque no sea justa; es claro que la norma entonces no es racional y por lo tanto se deben aplicar diversas soluciones a un solo problema, por existir diversos supuestos y no solo uno.

Cabe mencionar y dejar en claro que la prohibición de reincorporar debe prevalecer, sin embargo, como solución igual de justa se debe dejar de aplicar cuando la causa del despido haya sido injustificada, pues es aquí en donde encuentran su razón de ser los lineamientos por seguir para lograr la reincorporación. En otras palabras, la prohibición de la reincorporación no será absoluta, porque ante una injustificada baja se debe de motivar el porqué de la reincorporación, bajo ciertas premisas o pautas para que se comprenda de manera clara cuál es la finalidad de tal solución.

Luego entonces y en ese sentido, si una vez analizado el asunto la autoridad jurisdiccional determina que la terminación del cargo fue injustificada,

deberá de aplicar las pautas que a continuación se enumeran, para que al actualizarse se deje de aplicar la prohibición de reincorporar, se reintegre al policía a su trabajo y se dé solución bajo otra variante igualmente justa al problema.

*1) Análisis del interés individual frente al interés general.*

Tópico que bajo la teoría de Pound se constriñe en que los intereses particulares:

Son las aspiraciones y demandas de los individuos de una sociedad dada y que son tenidas en cuenta por el derecho de tal sociedad. En la medida en que las leyes reconocen tales intereses, confieren derechos. Derecho es, pues, un interés protegido jurídicamente. Esos deseos y demandas individuales están en conflicto unos con otros. La tarea mayor del derecho es contribuir a la reconciliación y armonía de tales intereses en conflicto (citado en David, 1980, p.p. 104-111).

Así los intereses sociales para Pound son:

Aquellos intereses y demandas que en una sociedad dada pueden ser promovidos y acogidos por la legislación y el gobierno de tal sociedad. Representan, si no la totalidad, una extensa gama de valoraciones vigentes que están en conflicto en una sociedad dada, dentro de un mismo individuo y entre unos individuos y otros (citado en David, 1980, p.p. 104-111).

De lo anterior se desprende que un interés individual es una aspiración personal demandada hacia el Estado, el cual los reconoce confirmando derechos, mismos que pueden estar en conflicto con cada uno de los individuos que los demanda, pues el derecho es quien debe armonizarlos para que no entren en conflicto.

En ese mismo sentido, los intereses generales son los que la sociedad en su conjunto le demandan al Estado, los cuales están en pugna con los individuales, en donde de igual forma, debe de haber una armonización entre ellos, pues dentro de lo que nos ocupa, el interés individual solicitado es el derecho al trabajo, estabilidad en el empleo, al no desempleo, garantías para proteger dichos derechos, etcétera; contrario al de una sociedad que es el de su seguridad.

Entonces, si el interés individual entra en conflicto con el interés general habría que determinar primero cual es el que prevalecerá frente al otro, ya que en un principio, como valoración abstracta y conclusión anticipada, se podría decir que es el general, por ser el que aborda a toda la sociedad, empero, dentro de los miembros de las instituciones de seguridad pública, no se puede alegar la restricción del derecho como argumento del legislador

para seguir prohibiendo la reincorporación, ya que si este no afecta a la sociedad, el detrimento del derecho sin lugar a dudas es al interés individual.

2) *Relatividad del derecho afectado, sin necesidad de ser solicitado.*

Sobre el respecto, es evidente que se debe visualizar el derecho o derechos que se transgredieron o se ven afectados, en este caso del miembro de la institución de seguridad pública, los cuales se hacen consistir en el del trabajo, no desempleo, no discriminación, entre otros de gran trascendencia y la no afectación del proyecto de vida, no como un derecho sino en su modalidad de reparación del daño causado al derecho humano.

Así las cosas, para que se proceda al análisis del derecho afectado, no es necesario que sea solicitado, como relatividad de lo pedido, pues el órgano jurisdiccional está obligado a realizar el análisis de los derechos que se ven vulnerados por la prohibición constitucional, pues al determinarse la injustificada remoción, es claro que existen diversos derechos que deben ser resarcidos a la persona que fue puesta en duda su confianza para con la sociedad.

Dado lo anterior, se debe establecer de manera concreta el derecho o derechos a tomar en consideración, ello para realizar el argumento tendente a quitar de una vez esa falsa apreciación del derecho social afectado ante el particular y así realizar el paso subsiguiente.

3) *Tomar con carácter fundamental los principios de indivisibilidad e interdependencia además del de progresividad.*

En ese sentido, los derechos humanos son interdependientes

(...) en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto.

La indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos.

La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. (Vázquez y Serrano, 2010, p. 152)

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde:

- a) Un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los

derechos impactará en el otro(s) y/o, viceversa. (Vázquez y Serrano, 2010, p. 153)

El principio de progresividad de derechos humanos implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiera la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible.

Este principio se relaciona de forma estrecha con la prohibición de retrocesos o marchas atrás injustificadas a los niveles de cumplimiento alcanzados, la no regresividad en la protección y garantía de derechos humanos.

Lo anterior presupone el análisis que se debe realizar a dichos principios con relación a los derechos del miembro de la Institución de Seguridad Pública, los cuales han de tomarse de manera general, es decir, se partirá del derecho que más se le restringe, en este caso el derecho al trabajo, que al analizarse junto con el principio de indivisibilidad, presupone que en él se encuentra también el de no desempleo; pues no se puede tomar uno por encima del otro, además de que, conforme al principio de interdependencia, para que el derecho al trabajo se realice no puede afectar el derecho al no desempleo, pues afectaría a los demás como en cadena, lo cual implicaría la no satisfacción de los derechos, conllevando además un daño al proyecto de vida de la persona, el cual debe de ser reparado, para su entera satisfacción.

Al establecer que el derecho al trabajo parte de los principios de la interdependencia e indivisibilidad, deben ser analizados frente al otro derecho supuestamente afectado, esto es, al de la sociedad en general, el de la seguridad pública, el cual constriñe establecer los derechos que impactaría, mismo que por su esencia, conlleva otros derechos, pero que al no haber afectación del interés general no puede haber una valoración de ese derecho frente al individual, sino que en este caso, prevalecerá el individual para que con el principio de progresividad no pueda afectársele sus derechos, pues las medidas que son tomadas por el Estado, en ningún momento pueden regresar a un estado de menor satisfacción, así, su derecho al trabajo, no se le podrá impedir, pues sería un retroceso al derecho humano reconocido en la Constitución y se dejaría de ver como tal.

#### *4) Confronta de las restricciones constitucionales con la violación al derecho afectado.*

Una vez que se ha analizado el derecho con relación a los principios de indivisibilidad, progresividad e interdependencia, se debe poner en contexto

que ese derecho protegido debe ser puesto en confronta con la restricción constitucional que implica el mismo.

Esto quiere decir que si bien existe una violación a un derecho humano, en el caso concreto, el del trabajo en relación con los miembros de las instituciones de seguridad pública, también lo es que hay límites a esos derechos protegidos, pues para pedir el resarcimiento de ese daño causado al derecho protegido, no implica la verdadera reparación del daño ya que por haber restricciones a derechos, estos no pueden ser disfrutados de manera plena, en el caso específico, hay una restricción del derecho al trabajo por haber una prohibición de no reincorporación, por estar en duda su buen desempeño y contemplar el combate de la corrupción.

Pero no se debe perder de vista también que aunque existe la restricción al derecho, la misma no es justificada, ya que si bien, todo policía al que le inician un procedimiento de separación es por estar en duda su buen actuar y, aunque después sea declarada injustificada su remoción, ello implica que no siga en su trabajo, ya que pervive la duda sobre su actuar, se prohíbe su reingreso y se restringe su derecho laboral, situación que sin menor duda ni razonamiento alguno, deja en claro, que tal medida en nada está justificada, por el contrario, afecta un derecho que debe prevalecer aun y con la restricción que este conlleva bajo la prohibición decretada en su contra.

En ese tenor, la restricción frente a la violación del derecho, establece que tendrá más peso la restricción, sin embargo no debe dejarse en tal supuesto, ya que si no hay elementos para restringir algo y más aún prohibir, no puede seguir presumiendo de tal, por el contrario, se debe dejar de observar en el caso en específico, por haber otra solución justa, actualizándose hipotéticamente hasta el momento la propuesta planteada, por lo que no hay argumentos suficientes para dejar prevalecer una restricción frente a una abominable afectación visible del derecho protegido.

##### 5) *Revisión de razonabilidad de los derechos*<sup>8</sup>

Implica se realice por parte del órgano jurisdiccional un análisis, o como bien su nombre lo indica una revisión del derecho afectado en forma razonable con el sistema jurídico en el que impera, pues si bien se encuentra el derecho afectado y la restricción que impide se logre su pleno resarcimiento, esto es, existe una restricción sobre el derecho afectado, por lo que se debe de establecer bajo esta revisión cuales son los derechos que en realidad se están

---

<sup>8</sup>[Para mayor información confróntese con Vázquez Luis Daniel, Serrano Sandra, Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, apuntes para su aplicación práctica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 161.](#)



afectando contraponiéndolos con los que la sociedad exige, además de que se ponga en énfasis que si bien dicho órgano de justicia no dejará de aplicar el precepto constitucional, si lo dejará de observar cuando el caso lo requiera, al ser esta la otra solución justa desde lo constitucional.

No pasando por alto, que, si bien existen dos formas de terminación del servicio del miembro de seguridad pública, es decir, puede ser separado por incumplir con los requisitos de permanencia y removido por incurrir en responsabilidad, la conclusión de dicho servicio puede resolverse por forma o por fondo.

Se resuelve por fondo, cuando existe una resolución que determine la separación del miembro de la institución de seguridad pública de su trabajo, por lo que se aplicarán al asunto los lineamientos aquí descritos para llegar a una de las soluciones posibles, sin embargo, si es por forma no se debe de aplicar ninguna de las soluciones constitucionales, por no tener la certeza de si en realidad es responsable o no, por lo que se realizará lo que en derecho proceda (reposición del procedimiento o proceso) y con base en ello, después determinar lo correspondiente, pues al haber incertidumbre de su conducta no se podría ni aplicársele la prohibición de reincorporar ni las pautas o lineamientos para decretar su reingreso al servicio que venía desempeñando.

Por consiguiente, al realizar esta razonabilidad de los derechos, tanto del afectado como del que solicita la sociedad en su conjunto, se debe poner de manifiesto que no puede prevalecer la restricción del derecho encaminado con la prohibición, ya que la persona como ser humano no debe ni puede ser limitada en sus derechos, al haber una manifiesta e indudable situación de detrimento, que no afecta a ninguna otra persona, ni a la sociedad en general, máxime cuando las demás personas vedan la libertad y discriminan a otra porque se privilegia más la seguridad que en ningún momento se ve afectada.

6) *Criterio de razonabilidad justificante.*

El siguiente lineamiento se actualiza después de haber realizado la revisión de razonabilidad del derecho, el cual implica realizar la justificación del porque se inobservará la restricción a ese derecho, para poder reincorporar al elemento de seguridad pública en su cargo, no dejando de lado la propia prohibición que existe, empero se debe actuar en pro de la persona afectada, para que el órgano jurisdiccional aplique con justicia la norma jurídica, pues este valor axiológico supremo debe ser tomado por el derecho para aplicarse a lo que todos aspiran, impartir justicia con justo juicio y condenar con derecho justo.

Por lo que, para resarcir el daño y proceder a proteger el derecho, este debe ser justificado bajo las directrices antes propuestas, para que pueda aplicarse el principio de pro-persona y al final, se realice un test de ponderación como elemento inseparable de este principio, para que entonces no quepa duda del porque la inobservancia de la restricción y la solución justa del otro supuesto constitucional.

7) *Principio pro-persona.*

Fue introducido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través de la reforma de derechos humanos del 2011, el cual es un principio que busca aplicar en beneficio de la persona la norma más protectora cuando esta le sea más benéfica.

En ese sentido la profesora Mónica Pinto propuso una definición del principio pro-persona. En sus palabras, este principio:

Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (citado en Urquiaga, 2013, p. 19).

Por ello se pone de manifiesto que dicho principio consiste en ponderar ante todo la fundamentalidad de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio.

Presupone dos acciones a realizar, la interpretación de la norma en el sentido más amplio y la aplicación de la norma más protectora en favor del hombre. En ese sentido, si bien dicho principio por sentido general se aplica de dicha forma, es admisible que también se pueda aplicar cuando se pondere el peso de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, sin que de ello implique que se aplique la norma cuando hay restricción sobre la misma, sino que, al haber un análisis de dicho derecho con la restricción, se establezca que ante la mayor protección de ese principio se salvaguarde, empero, si hay una prohibición se realice el análisis del derecho sobre la prohibición y si el criterio dilucidado por el órgano jurisdiccional protege al derecho más que la norma, entonces, en aplicación del principio *pro homine*

de aquello que más beneficia al hombre se debe reincorporar, por ser la solución justa.

8) *Test de ponderación.*

Por último y una vez que se han llevado a cabo todos y cada uno de los lineamientos anteriores, se procede a realizar la confronta de los derechos, es decir, el derecho afectado y a su vez protegido, bajo los argumentos propuestos y el derecho que la sociedad reclama. En ese sentido, Medina Guerrero analiza con detenimiento, los tres principios en los que la doctrina alemana ha concretado el principio general de proporcionalidad:

El de adecuación: exige la adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura; no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido, tal sería el caso de los límites inmanentes, sino que es necesario que la limitación que sufre el derecho resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica. En palabras del Tribunal Constitucional federal: un medio es adecuado cuando con su auxilio puede favorecerse el resultado perseguido.

El de indispensabilidad: el límite también ha de someterse a las exigencias del principio de indispensabilidad, esto es, no ha de existir otra medida limitadora igualmente efectiva, pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados.

El de proporcionalidad en sentido estricto: implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido, lo que para el Tribunal Constitucional alemán supone la exigencia de armonizar el sacrificio, adecuado e indispensable, que supone para el particular, con el beneficio que éste genera para la colectividad (citado en Vidal, 2005, p. 443).

Además de que Robert Alexy se refiere a este mismo principio, en el que al igual que el anterior autor, considera diferentes subprincipios bajo los cuales se desarrolla este principio, para al final llegar a la conclusión de cuál es el que prevalecerá.

El Principio de Proporcionalidad funciona como un método para resolver controversias que implican la colisión de principios.

Para comprender cabalmente lo anterior resulta útil contrastar dos pares de términos: los principios con las reglas y la ponderación con la subsunción.

De conformidad con Robert Alexy, los principios “son mandatos de optimización, esto es, (...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. (Citado en Gargarí, 2012, p. 68)

Por eso, los principios se caracterizan “(...) porque pueden cumplirse en diferente grado y [por]que la medida debida de su cumplimiento no sólo

depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (citado en Gargarí, 2012, p. 69).

Las reglas, en cambio, son “(...) normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (citado en Gargarí, 2012, p. 69).

En ese sentido las reglas se aplican bajo la premisa de un todo o nada mientras que los principios deben ser ponderados. Es decir, si la regla establece una causa y un efecto, verbigracia, si tal sujeto realiza tal conducta entonces debe de aplicársele lo que esta norma establece al caso en concreto; en otras palabras, para saber si la regla aplica, se debe realizar un silogismo, que también se conoce como método de la subsunción.

De acuerdo con Couture, la subsunción “es el engarce o enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética realizada de antemano por el legislador” (citado en Ossorio, 2012, p. 916).

Con los principios en cambio ocurre algo muy distinto, cuando un principio choca con otro, el método de la subsunción no puede resolver dicho conflicto, justamente porque los principios no operan en un esquema de todo o nada. Habrá que acudir, entonces, a la ponderación.

Robert Alexy, menciona que el principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios que funcionan como los pasos de un examen para analizar una colisión de principios o una colisión entre un principio y un interés estatal legítimo: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación).

Ahora, para entender cómo funciona el test de proporcionalidad y ligado al trabajo que se pretende realizar, se procederá a realizar conforme a todo lo anterior el test de ponderación.

Dentro del subprincipio de idoneidad, se establece que cualquier medida legislativa será idónea cuando sirva para promover el principio u objetivo que se busca satisfacer. Así, el legislador sólo puede afectar un determinado principio cuando la medida promueva a su vez otro principio. De acuerdo con Alexy, este subprincipio: “(...) no es otra cosa sino la expresión de la eficiencia de Pareto: una posición puede ser mejorada sin perjudicar otra” (citado en Gargarí, 2012, p. 71).

En ese sentido, si el legislador al momento de tomar como medida la de prohibir la reincorporación del miembro de la institución policial, independientemente del resultado del medio de impugnación que se

interponga, (cabe señalar que la sentencia debe fallarse a su favor) para depurar a las corporaciones policiacas y erradicar la corrupción, son elementos de interés general, los cuales sobrepasan el interés individual (que en el caso lo sería el derecho al trabajo), entendiéndolo a la medida no como un impedimento de que ya no puedan laborar en otro trabajo, sino de ya no poder regresarlos a su lugar de trabajo (como policías), ello por la medida restrictiva. Pues como menciona la cita, una posición puede ser mejorada sin perjudicar otra, por lo que la restricción solo debe hacerse a quienes en verdad sean malos elementos y no pluralizar y contemplar a los buenos. Por lo que la idoneidad para afectar el derecho individual sobre el general, tratándose de quienes resultaron ser inocentes no es idóneo, al tomar la medida general de prohibir la reincorporación.

El subprincipio de necesidad consiste en que, si existen diversas opciones para satisfacer un principio, se debe elegir la que afecte en la menor medida al otro principio.

Respecto a lo anterior, la necesidad se refiere a que al existir opciones para satisfacer un principio, en este caso, el de la sociedad, la seguridad, se debe elegir el que afecte menos al otro principio, o sea el del derecho al trabajo, por haber una restricción que impide regresarlos a su trabajo, por lo que la necesidad solo se aplicaría cuando el servidor o elemento se demostró, por así decirlo malo, y no así por el que se demostró su inocencia, pues no hay necesidad de prohibir su reingreso, al no afectar el otro derecho que sería el de la seguridad al constatar que actúa y se desempeña de buena forma.

El tercer subprincipio es lo que Alexy llama la ley de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto y funciona de manera similar a una balanza en el sentido de que, a mayor peso de un lado, mayor afectación del otro: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (citado en Gargarí, 2012, p. 71).

Esto quiere decir, en el caso en específico que, si con la prohibición de reincorporar se afecta el derecho al trabajo y se satisface el de la seguridad en general, queda justificada la restricción del derecho, sin embargo, cuando no se satisfaga dicho derecho, es decir, que aunque con la restricción y depuración de las corporaciones hay corrupción, implicando con ello el aumento del desempleo, no se cumple la finalidad, pues se afecta el derecho al trabajo, genera desempleo y se depuraría un buen elemento, sin demostrar el fin legítimo.

Cuestiones todas ellas, que se han tomado en cuenta como la base principal y esencial en el desarrollo del trabajo, pues esto es lo que da sustento a los

argumentos propuestos al haberse determinado que no se puede afectar el derecho individual frente al general al no haber un fin legítimo que lo permita, para que se puede reincorporar a la persona en su trabajo, no importando la prohibición, pues la misma bajo el principio pro persona no es más benéfica que aquel derecho que se afecta, por lo que la factibilidad de reincorporarlos se da ante todos los puntos en contrario que se piensen y se busquen, pues la afectación se ha demostrado bajo todas las ópticas posibles y el resultado es uno, transgresión del derecho, el cual busca ser resarcido para contemplar un Estado de Derecho pleno.

## **Conclusiones**

La finalidad de la reforma al artículo 123 apartado B facción XIII constitucional, de prohibir la reincorporación de los miembros de las instituciones de seguridad pública, fue para realizar una depuración institucional de malos servidores públicos y combatir la corrupción, sin embargo, ello dista de ser así, pues de ninguna manera se ha logrado tal objetivo, por el contrario, no existe un fin legítimo para no permitir que regresen a su fuente de trabajo quienes fueron separados injustificadamente.

Si bien los miembros de las instituciones de seguridad pública se encuentran sujetos a una relación de naturaleza administrativa, los cuales son nombrados mediante actos condición, también lo es que al regirse por sus propias leyes, se les restringen derechos como el de la estabilidad en el empleo, inmutabilidad de las condiciones del trabajo, así como desigualdad en cuanto a prestaciones y resarcimiento del daño, en comparación con una persona cuya relación se sujeta al apartado A del citado artículo constitucional.

En ese sentido, si bien los miembros de las instituciones de seguridad pública tienen a su alcance diversos medios de impugnación para defenderse y controvertir la separación del empleo a que son sujetos, también cierto lo es que no cuentan con un recurso efectivo.

Atento a lo anterior, es dable mencionar que al existir restricciones a los derechos, estas deben de ser motivadas suficientemente para su aplicación, pues en el caso, si bien existe una prohibición ligada a una restricción de derechos, no está justificada, ya que no se debe discriminar de tal forma a servidores públicos que, por su régimen especial estén condicionados a su permanencia, más aun, cuando por alguna arbitrariedad pueden transgredirse sus derechos, además de que existe otra contradicción al establecer un servicio de carrera, cuando a su vez prohíben una reincorporación, a pesar de que su terminación del cargo fue injustificada, medida que no está acorde con nuestra realidad social.

Por lo tanto, es necesaria la implementación de lineamientos o pautas para que exista la factibilidad de poder resolver un asunto concreto, no solo mediante una sola solución sino con otra igualmente justa, es decir, con las pautas que se han propuesto como un método integrador del derecho, sería posible hablar de un verdadero recurso efectivo, pues ahora la autoridad jurisdiccional cuenta con una opción justa para resolver el asunto puesto a su conocimiento; ya que si bien la prohibición debe continuar cuando el caso lo amerite, también lo es que cuando exista una separación injustificada del cargo, cuya conclusión fue producto del análisis de los lineamientos propuestos, se debe concluir entonces que debe ser reincorporado, aplicando una solución correcta.

### Fuentes

- Camino Vidal, Fueyo. (2005). *El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>
- Contreras, Sebastián. (2012). Ferrajoli y los Derechos Fundamentales, *Revista de la Inquisición: Intolerancia y Derechos Humanos*, 16, 121-145. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4037665.pdf>
- De la Torre Orozco, Luz Elba. (2014). *Derecho humano a la estabilidad en el empleo de los policías federales*, (Tesis de Maestría en Derechos Humanos. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México). Recuperado de [https://www.flacso.edu.mx/biblioiberoamericana/BOLETIN/Boletin\\_agosto\\_2015/TESIS.pdf](https://www.flacso.edu.mx/biblioiberoamericana/BOLETIN/Boletin_agosto_2015/TESIS.pdf)
- Dehesa Dávila, Gerardo. (2010). *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, (6ªed.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- García Máynez, Eduardo. (2011). *Introducción al Estudio del Derecho*, (63ª ed.). México: Porrúa.
- Lombardo, A. Horacio. (2012). *Diccionario Jurídico Enciclopédico*, México: UNAM.
- Medellín Urquiaga, Jimena. (2013). *Principio pro-persona metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de

[http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos\\_Principio%20pro%20persona.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf)

México (2018). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (27 de agosto de 2018). Diario Oficial de la Federación. México, México: Cámara de Diputados de H. Congreso de la Unión.

Ossorio, Manuel. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Guatemala: Datascan.

Ovalle Fabela, José. (2012). *Teoría General del Proceso*, (6ª ed.). México: Oxford.

R. David, Pedro. (1980). *Sociología jurídica, perspectivas fundamentales, conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual*, Recuperado de [http://www.derechopenalenlared.com/libros/david\\_pedro\\_sociologia\\_juridica.pdf](http://www.derechopenalenlared.com/libros/david_pedro_sociologia_juridica.pdf)

Rodrigo Díez, Gargarí. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (26), 65-106. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5986/7927>

Santos Azuela, Héctor. (1980). *Diccionario Jurídico: el nuevo derecho mexicano, historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*. (6ª ed.). México.

Vázquez, Luis Daniel., Serrano, Sandra. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, apuntes para su aplicación práctica*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>



## El contrato de explotación minera<sup>(\*)</sup>

### The mining contract

Iván Manuel Haro Bocanegra<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **I.** Marco legal de la pequeña minería y minería artesanal. **II.** Concepto. **III.** Elementos constitutivos. **IV.** Naturaleza jurídica. **V.** Contenido. **VI.** Derechos y obligaciones de las partes. **VII.** Características. **VIII.** El contrato de explotación minera y figuras afines. **IX.** Extinción del contrato. **X.** Efectos jurídicos de la extinción. **XI.** Importancia. **XII.** Comentarios al artículo 34 del reglamento de inscripciones del registro de derechos mineros. **XIII.** Algunas cuestiones planteadas en la jurisprudencia registral sobre contratos de explotación minera. **XIV.** Jurisprudencia. – Bibliografía consultada.

**Resumen:** En el presente trabajo, el autor realiza un análisis sobre el contrato de explotación minera como instrumento jurídico válido para extraer minerales de una concesión minera, cuya importancia hoy en día se sustenta en que constituye un medio

---

(\*) Recibido: 15 octubre 2019 | Aceptado: 30 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial en Posgrado de la misma casa de estudios. Actualmente es abogado en la Cuarta Sala del Tribunal Registral con sede en Trujillo, Perú y anteriormente en el Registro de Derechos Mineros de la Zona Registral V de dicha sede. Autor de diversos artículos sobre el Derecho minero y registral publicados en revistas especializadas. Asistente en la Cátedra de Derecho minero y energético en la Universidad Privada de Trujillo. Miembro de la Sociedad de Derecho Registral, Notarial y Minero del Instituto Interdisciplinario “Apex Iuris”.  
[harobocanegra@gmail.com](mailto:harobocanegra@gmail.com)

alternativo para lograr la formalización minera integral de la pequeña minería y minería artesanal. Desde esta perspectiva, se hace un estudio del marco legal de la pequeña minería y minería artesanal, dentro del cual se destaca la problemática actual del proceso de formalización minera; asimismo, se aborda la noción de este contrato, su naturaleza jurídica, finalidad, contenido esencial, elementos esenciales, principales características y sus semejanzas y diferencias con otros contratos como el usufructo, el arrendamiento y la cesión minera. También se destaca el hecho que por tratarse de un contrato que incide directamente sobre los recursos minerales, tiene relevancia el análisis social y económico, así como sus efectos que se expone. Se analiza brevemente sus aspectos registrales teniendo en cuenta la importancia para el propio Estado y los terceros que el contrato de explotación minera conste inscrito. Finalmente, se analizan algunas cuestiones planteadas en la jurisprudencia registral sobre el contrato en estudio.

**Palabras claves:** Derecho minero, concesión minera, contrato minero, explotación minera, recursos minerales, pequeña minería y minería artesanal, formalización minera, jurisprudencia minera.

**Abstract:** In this paper, the author analyzes the mining contract as a valid legal instrument to extract minerals from a mining concession, the importance of which today is based on the fact that it constitutes an alternative means to achieve the integral mining formalization of small-scale and artisanal mining. From this perspective, a study is made of the legal framework of small-scale mining and artisanal mining, within which the current problems of the mining formalization process are highlighted; likewise, the notion of this contract, its legal nature, purpose, essential content, essential elements, main characteristics and its similarities and differences with other contracts such as usufruct, leasing and mining assignment are addressed. Also noteworthy is the fact that since it is a contract that directly affects mineral resources, the social and economic analysis, as well as its effects, is relevant. A brief analysis is made of the registry aspects, taking into account the importance for the State and third parties that the mining contract is registered. Finally, some questions raised in the registry jurisprudence on the contract under study are analyzed.

**Keywords:** Mining law, mining concession, mining contract, mining exploitation, mineral resources, small-scale and artisanal mining, mining formalization, mining jurisprudence.

## Introducción

Una de las instituciones jurídicas mineras importantes que introdujo la Ley 27651 –Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal (*El Peruano*, 24-1-2002) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 013-2002-EM (*El Peruano*, 21-3-2002), fue la posibilidad de celebrar contratos de explotación minera artesanal como requisito alternativo a la tenencia de derechos mineros para acreditar la condición de productor minero artesanal y, con ello, tener algunos beneficios previstos en la mencionada normativa. Posteriormente, con la promulgación del Decreto Legislativo 1105 (*El Peruano*, 19-4-2012) la celebración de este contrato se constituye en uno de los instrumentos legales destinados a cumplir con el proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal. Hoy en día continúa siendo un requisito para la culminación de la formalización minera integral, según lo ha establecido el artículo 3° del Decreto Legislativo 1336 (*El Peruano*, 6-1-2017). Es dentro de este ámbito donde mejor utilidad jurídica y práctica tiene dicha figura contractual.

El contrato en cuestión, sin embargo, como instrumento válido para extraer minerales de una concesión minera por un tercero, no es una categoría jurídica exclusiva de aquel régimen especial, sino que se pueden perfectamente celebrar contratos de explotación teniendo como marco legal los principios y disposiciones generales de la contratación minera regulados en la Ley General de Minería<sup>2</sup>, no teniendo como finalidad, en este caso, acreditar la condición de minero artesanal ni servir de medio alternativo para cumplir con el proceso de formalización minera.

En ese sentido, teniendo en cuenta la gran importancia hoy en día del contrato de explotación en la industria minera de nuestro país, sobre todo a pequeña escala, nos lleva a la necesidad de estudiar y analizar su contexto normativo, noción, naturaleza jurídica, finalidad, contenido, elementos esenciales y principales características, así como sus semejanzas y diferencias con otros contratos como el usufructo, el arrendamiento y la cesión minera, y otros aspectos distintivos. Además, tratándose de un contrato que incide directamente sobre los recursos minerales, analizaremos su relevancia social y económica, y sus efectos.

---

<sup>2</sup> Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de junio de 1992 (en adelante LGM o, simplemente, la Ley).

Cabe mencionar que nos abocaremos básicamente a desarrollar el contrato de explotación minera en su aspecto general, precisando que cuando aludamos al contrato de explotación minera artesanal regulado en la Ley 27651 y el Decreto Legislativo 1105 –categoría jurídica más especial– lo haremos expresamente. Aunque nuestra motivación –debemos resaltar– está dada por el mayor uso que en la actualidad tiene este último en el marco de la formalización minera.

## **I. Marco legal de la pequeña minería y minería artesanal**

Considero indispensable para los fines del presente trabajo, desarrollar y analizar de manera previa y concreta el marco general, legal e histórico de la pequeña minería y minería artesanal, dentro del cual destacaremos el proceso de formalización minera, sus principales problemas y las perspectivas de la formalización minera hacia el año 2020, a fin de comprender el contexto donde se desenvuelve el contrato de explotación minera artesanal.

### **1.1. Estratos de la industria minera**

La minería en nuestro país se desarrolla en función de tres estratos separados y bien definidos: la gran minería, la mediana minería y la minería en pequeña escala, dentro de esta última tenemos a la pequeña minería y minería artesanal.

La distinción de estos estamentos fueron determinados por la Ley 27651, cuyo artículo 4° modificó el artículo III de la LGM en los siguientes términos: “*el Estado protege y promueve la pequeña minería y la minería artesanal, así como la mediana minería, y promueve la gran minería*”<sup>3</sup>, texto ratificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo 1100 que señala que “*el Estado promueve el ordenamiento y la formalización con inclusión social de la minería a pequeña escala*”<sup>4</sup>.

Veamos brevemente cada una de estas tres clases de minería.

#### **A) La gran minería**

---

<sup>3</sup> El texto originario señalaba: “*III. El Estado protege la pequeña y mediana minería y promueve la gran minería*”.

<sup>4</sup> Este art. 1°, asimismo, declaró de necesidad pública, interés nacional y de ejecución prioritaria las acciones de interdicción relacionadas con la minería ilegal, a fin de garantizar la salud de la población, la seguridad de las personas, la conservación del patrimonio natural y de los ecosistemas frágiles, la recaudación tributaria y el desarrollo de actividades económicas sostenibles.

La gran minería abarca todas las actividades de la industria minera que nuestra legislación prevé (artículo VI de la LGM): cateo<sup>5</sup>, prospección<sup>6</sup>, exploración<sup>7</sup>, explotación<sup>8</sup>, labor general<sup>9</sup>, beneficio<sup>10</sup>, comercialización<sup>11</sup> y transporte minero<sup>12</sup>. Se caracteriza por ser altamente mecanizada y por explotar yacimientos de clase mundial principalmente a cielo abierto<sup>13</sup>. La actividad que se realiza en la gran minería es con una capacidad productiva mayor a 5,000 toneladas métricas por día (TM/d).

## **B) La mediana minería**

La mediana minería, por su parte, agrupa alrededor de 100 empresas que operan unidades mineras principalmente subterráneas. Este sector, si bien se caracteriza por contar con un considerable grado de mecanización y adecuada infraestructura, limita sus operaciones a la extracción y concentración de minerales, por lo que la fundición y refinación

---

<sup>5</sup> El cateo es la actividad conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales (art. 1° de la LGM).

<sup>6</sup> La prospección es la actividad de investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión (art. 1° de la LGM).

<sup>7</sup> La exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales (art. 8° de la LGM).

<sup>8</sup> La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento (art. 8° de la LGM).

<sup>9</sup> Labor general es la actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios (art. 19 de la LGM).

<sup>10</sup> Beneficio es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que realiza su titular para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales. Comprende las siguientes etapas: a) la preparación mecánica, proceso por el cual se reduce de tamaño, se clasifica y/o lava un mineral; b) la metalurgia, conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que se realizan para concentrar y/o extraer las sustancias valiosas de los minerales; y c) la refinación que es el proceso para purificar los metales de los productos obtenidos de los procedimientos metalúrgicos anteriores (art. 18 de la LGM).

<sup>11</sup> No existe una definición legal de esta actividad. El art. 3° de la LGM se limita a señalar que la comercialización de productos minerales es libre, interna y externamente y para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión. Sin embargo, la comercialización puede definirse como la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera.

<sup>12</sup> Transporte es un sistema utilizado para el transporte masivo y continuo de productos minerales, por métodos no convencionales. Los sistemas a utilizarse podrán ser: fajas transportadoras, tuberías o cable carriles (art. 22 de la LGM).

<sup>13</sup> Cfr. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario minero 2014*, 1ra. edición, Lima, marzo 2015, p. 16.

principalmente están a cargo de empresas de la gran minería<sup>14</sup>. En este estrato la actividad se realiza con una capacidad productiva entre 350 y 5,000 TM/d.

### **C) La pequeña minería**

La pequeña minería, según se desprende del vigente artículo 2° de la Ley 27651, es la actividad minera habitual de explotación y/o beneficio directo de sustancias metálicas y no metálicas ejercida a pequeña escala, llevadas a cabo únicamente por personas naturales o conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o por cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras sin propósito de lucro, dentro de los límites de extensión y capacidad instalada de producción y/o beneficio establecidos legalmente, utilizando métodos y/o equipos medianamente tecnificados y empleo de mano de obra local, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas y, por consiguiente, fortalecer su desarrollo a nivel nacional.

Los límites legales de esta actividad son de entre 1,000 hasta 2,000 hectáreas y/o con una capacidad productiva entre 25 y 350 TM/d.

### **D) La minería artesanal**

La minería artesanal es también aquella actividad llevada a cabo por las mismas personas para la pequeña minería y dentro de los límites de extensión y capacidad que la ley establece, pero –he ahí la diferencia- utilizando intensivamente su propia mano de obra y métodos manuales<sup>15</sup> y/o equipos básicos<sup>16</sup>, con la finalidad esencial de subsistencia de quienes la ejercen<sup>17</sup>, generando, además, beneficios colaterales productivos en las áreas de

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Métodos manuales son aquellos que involucran la fuerza física, habilidad manual y destreza personal, para la extracción y escogido de minerales, así como para la recuperación de metales por métodos sencillos de beneficio tales como gravimetría, amalgamación, cianuración, lixiviación y otros en pequeña escala (art. 2° del D.S. 013-2002-EM).

<sup>16</sup> Equipos básicos son las lampas, picos, combas, barretas, cinceles, carretillas, carros mineros, zarandas, quimbaletes, maritatas, tolvas, perforadoras eléctricas y bombas eléctricas de hasta cuatro pulgadas de diámetro y de hasta 25 HP, y demás elementos y equipos similares, para la extracción y beneficio de sustancias auríferas, cupríferas, polimetálicas y no metálicas. (Cfr. art. 2° del D.S. 013-2002-EM).

<sup>17</sup> Actividad minera como medio de sustento es aquella realizada por los productores mineros artesanales, en el ámbito de una circunscripción territorial, cuyos productos están destinados al sustento familiar. No constituye actividad minera de sustento la transferencia o cesión de su derecho minero, salvo para la realización de tal actividad; ni la celebración de acuerdo o contrato de explotación sobre el total o parte del área de su derecho minero (cfr. art. 2° del D.S. 013-2002-EM).

influencia de sus operaciones, que son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo.

Se realiza sobre 100 hasta 1,000 hectáreas y/o con una capacidad productiva menor a 25 TM/día.

### **E) Diferencias entre los estratos mineros**

Como se advierte, la diferencia entre los tipos de minería está en función, uno respecto del otro, de la calidad de personas que la realizan; el tipo de actividad de la industria minera; la finalidad de su ejercicio; los medios y métodos usados en su ejecución; y, la amplitud de la actividad, la cual toma en cuenta la capacidad productiva (según el número de toneladas métricas que se produce por día) y el tamaño de la concesión minera (según el número de hectáreas que se posee).

La mediana y gran minería se asimilan, por otro lado, en el tamaño de la concesión minera que poseen, que en cualquier caso es mayor a 2,000 hectáreas, en muchos casos también en la finalidad y en la calidad de personas que llevan a cabo la actividad minera. En cuanto a los dos tipos de minería a pequeña escala, estas son semejantes en relación a los dos primeros criterios, aunque también en muchos casos ambos podrían ejercerse para mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas y de su propia subsistencia y sus familias, pues las diferencias son sutiles; y, en los otros criterios, sí existen marcadas diferencias, sobre todo en la cantidad de hectáreas que se posee como en la capacidad de producción mínima y máxima diarias.

Las diferencias entre las categorías jurídicas pequeña minería y minería artesanal parte de los requisitos que el artículo 91 de la LGM exige para tener las condiciones de pequeño productor minero y productor minero artesanal, que a continuación abordaremos.

### **1.2. Pequeños productores mineros**

De acuerdo al artículo 91 de la LGM son pequeños productores mineros los que:

- 1) En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales; y
- 2) Posean, por cualquier título, hasta 2,000 hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; y, además,

- 3) Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 350 TM/d. En el caso de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada será de hasta 1200 TM/d. Y en el caso de los yacimientos metálicos tipo placer (“lavaderos”), será de 3,000 m<sup>3</sup>/d.

### 1.3. Productores mineros artesanales

El artículo 91 citado también señala que son productores mineros artesanales los que:

- 1) En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos;
- 2) Posean, por cualquier título, hasta 1,000 hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; **o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros;** y, además,
- 3) Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 25 TM/d. En el caso de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada será de hasta 100 TM/d. Y en el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, será de 200 m<sup>3</sup>/d.

La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal está en función al cumplimiento ineludible de la concurrencia de los requisitos de extensión (cantidad de hectáreas) y capacidad de producción diaria. Su verificación está a cargo de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, quien emitirá la respectiva constancia calificándolo como tales, y cuya vigencia será de dos años, renovable.

### 1.4. Minerías ilegal, informal y formal

#### A) Minería ilegal

Esta figura jurídica es definida en el literal a) del artículo 2° del Decreto Legislativo 1105 como aquella actividad ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (sea pequeño minero o minero artesanal conforme al artículo 91 de la LGM) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medio ambiental que



rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas prohibidas<sup>18</sup> para su ejercicio.

### **B) Minería informal**

El numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Legislativo 1336 –que establece disposiciones para el proceso de formalización minera integral, publicado en *El Peruano* el 6-1-2017– define a esta categoría jurídica como la actividad minera realizada en zonas no prohibidas por aquella persona, natural o jurídica, que se encuentre inscrita en el Registro Integral de Formalización Minera<sup>19</sup> cumpliendo con las normas de carácter administrativo y además, con las condiciones previstas en el artículo 91 de la LGM.

Como se advierte, el criterio diferenciador entre la minería ilegal y la minería informal está en función al lugar donde se ejerce la actividad minera, según se lleve a cabo en zona prohibida o no prohibida para la minería, en este último caso, además, que la persona o grupo de personas se encuentren inscritas en el Registro Integral de Formalización Minera.

### **C) Minería formal**

Es definida en el numeral 2.1 del artículo 2° del mencionado Decreto Legislativo 1336, como aquella actividad ejercida por persona, natural o jurídica, que cuenta con autorización de inicio o reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio emitida por la autoridad competente.

## **1.5. Marco normativo de la pequeña minería y minería artesanal**

---

<sup>18</sup> Zonas prohibidas son, por ejemplo, las siguientes: riberas de ríos, lagos, lagunas; cabeceras de cuenca, zonas de amortiguamiento, reservas y zonas arqueológicas; áreas declaradas como de no admisión de petitorios mineros; áreas de prospectos y/o proyectos mineros insertos en proceso de promoción de la inversión privada y/o que cuenten con garantías y medidas de promoción a la inversión; zonas urbanas o de expansión urbana; áreas naturales protegidas (parques y santuarios nacionales, reservas nacionales, comunales y paisajísticas, refugios de vida silvestre, bosques de protección, cotos de caza y áreas de conservación regionales); bosques o zonas boscosas; red vial nacional, oleoductos, cuarteles, puertos u obras de defensa nacional e instituciones del Estado con fines de investigación científico–tecnológico; etc.

<sup>19</sup> El Registro Integral de Formalización Minera, el cual está a cargo de la Dirección General de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas, fue creado por Decreto Legislativo 1293 (que declara de interés nacional la reestructuración del proceso de formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal a que se refiere el Decreto Legislativo 1105; publicado en *El Peruano* el 30-12-2016). Véase en mayor detalle sobre esta normativa el apartado 1.8 del texto principal.

La pequeña minería y minería artesanal –lo hemos dicho en otra parte<sup>20</sup>– ha sido reconocida oficialmente por nuestro país a principios de este siglo al promulgarse la Ley 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 013-2002-EM. El objeto de dicha Ley, señala su artículo 1°, fue introducir en la legislación minera un marco legal que permita una adecuada regulación de las actividades mineras desarrolladas por pequeños productores mineros y mineros artesanales, propendiendo a su formalización, promoción y desarrollo ordenado y eficiente, en armonía con el medio ambiente y con estándares adecuados de seguridad e higiene minera.

En el dictamen de la Comisión de Energía y Minas del Congreso recaído en los Proyectos de Ley s 836-2001/CR y 845-2001/CR que dieron mérito a la Ley 27651, se señala a modo de “exposición de motivos” que la promulgación de esta normatividad se da en un situación de marginación de la llamada minería a pequeña escala, por la ausencia de políticas económicas y sociales, diferenciadas y selectivas, respecto de un Estado que en la década de los 90 inició su proceso la modernización, que incluía su marco jurídico, con la apertura de los mercados y la captación de la inversión privada internacional, especialmente en el sector extractivo como la actividad minera a gran escala. Solo basta señalar que con la promulgación de la LGM, en el año 1992, el Estado se obligaba a proteger la pequeña y mediana minería (artículo III, antes de su sustitución por el artículo 4° de la Ley 27651), pues en ese entonces la pequeña minería y la minería artesanal ya constituía un fenómeno importante en muchas partes del Perú y del mundo. Esa falta de atención a un problema real provocó un estado de informalidad e ilegalidad de gran parte de la minera a pequeña escala, que hasta nuestros días se ha agravado.

Hoy en día la minería ilegal, especialmente causada por la extracción del oro, está presente prácticamente en todas las regiones del país. Según datos del Ministerio de Energía y Minas, en el departamento de Madre de Dios se ha exponenciado la cantidad de focos de minería ilegal, donde la destrucción de bosques bordea las 50.000 hectáreas y hoy en día mucho más, causando efectos irreparables al ecosistema. El aumento de la actividad minera ilegal es directamente proporcional al incremento del precio del oro a nivel

---

<sup>20</sup> Véase: HARO BOCANEGRA, Ivan. “Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Comentarios a la luz de las acciones de interdicción de la minería ilegal”. Actualidad Civil, vol. 18, Instituto Pacífico, Lima, diciembre 2015, pp. 314-356. También puede encontrarse en la siguiente dirección: [www.derechocambiosocial.com](http://www.derechocambiosocial.com) (Revista Electrónica de Derecho). Allí desarrollamos ampliamente las causas y consecuencias ambientales, sociales, culturales, políticas y económicas en relación a la minería informal e ilegal, y en general de todo el marco legal de la formalización minera.

internacional. Actualmente se calcula que de los 5 millones de onzas que exporta el Perú anualmente, más de un millón (22 % aproximadamente) corresponden a la minería ilegal.<sup>21</sup>

Ante esta problemática compleja y de grandes dimensiones que tanto daño ambiental<sup>22</sup>, social<sup>23</sup> y económico<sup>24</sup> hace a nuestro país, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la delegación de competencias a fin de regular la **interdicción**<sup>25</sup> de la minería ilegal, que se concretizó en la Ley 29815. Así, en ejercicio de esas facultades, se han dictado las siguientes disposiciones normativas<sup>26</sup>:

---

<sup>21</sup> Puede consultarse en: <http://www.minam.gob.pe/mineriailegal>. Visitado el 21.06.2017.

<sup>22</sup> Dentro de las consecuencias ambientales se puede mencionar a la devastación de bosques, contaminación de ríos, lagos, lagunas, aire y los suelos a causa de los residuos tóxicos (cianuro, mercurio), destrucción de pantanos, la alteración de los sistemas de drenaje y la pérdida de hábitat para innumerables especies a causa del gran movimiento de tierras, entre otras. Mayor detalle cfr. IPENZA PERALTA, César A. (coordinador). *Minería aurífera en Madre de Dios y contaminación con mercurio. Una bomba de tiempo*. Instituto de la Amazonía Peruana - IIAP y el Ministerio del Ambiente, 1ra. edición, Lima 2011, pp. 29-66. Si bien los impactos mencionados están referidos al departamento de Madre de Dios, los mismos también se dan en otras zonas donde se realiza actividad minera ilegal.

<sup>23</sup> Los principales impactos sociales son: asentamientos precarios, trata de personas con fines de explotación laboral, explotación de menores, precariedad en los servicios de salud y educación, proliferación de enfermedades, contaminación de las personas, trata de personas con fines de prostitución y trata con fines de extracción de órganos. Cfr. IPENZA PERALTA, César A. *Op. cit.*, pp. 67-68.

<sup>24</sup> Los mayores impactos económicos son: evasión de impuestos, interferencia directa sobre otras actividades económicas como el ecoturismo, la agricultura y las actividades forestales, y afectación de zonas destinadas para la investigación científica. Cfr. IPENZA PERALTA, César A. *Op. cit.*, p. 68. En el mismo sentido: CUADROS FALLA, Julia. *Causas y consecuencias de la minería informal, ilegal, artesanal, el rol de los gobiernos regionales y alternativas de solución*. Foro Virtual - Red Participa Perú, noviembre 2013, Lima, p. 2.

<sup>25</sup> En este caso debe entenderse por interdicción a las acciones destinadas a identificar, reprimir, prohibir o vetar la realización de actividades mineras ilegales. Supone la realización de las siguientes acciones: i) identificación de los mineros ilegales por parte del MINEM y de los gobiernos regionales; ii) decomiso de bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos, poniéndolos a disposición del gobierno nacional; y iii) destrucción o demolición de bienes, maquinarias o equipos tales como dragas, bombas de succión, pozas de cianuración, quimbaletes, molinos entre otros, que por sus características o situación no resulte viable su decomiso. Cfr. IPENZA PERALTA, César A. *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*. 1ra. edición, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima 2012, p. 79.

<sup>26</sup> Cabe mencionar que el antecedente y la base para entender la figura de la interdicción a la minería ilegal regulado en los mencionados decretos legislativos ha sido el Decreto de Urgencia N° 012-2010, publicado el 18 de febrero del 2010, que declaró de interés nacional el ordenamiento minero del departamento de Madre de Dios, el mismo que posteriormente fue ampliado para su implementación mediante el Decreto de Urgencia N° 004-2011, modificado por el Decreto de

- Decreto Legislativo 1099, que aprueba acciones de interdicción de la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches;
- Decreto Legislativo 1100, que regula los procedimientos para la interdicción de la minería ilegal<sup>27</sup>;
- Decreto Legislativo 1101, establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal;
- Decreto Legislativo 1102, incorpora al Código Penal los delitos de minería ilegal<sup>28</sup>;
- Decreto Legislativo 1103, establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que puedan ser utilizados en la minería ilegal;
- Decreto Legislativo 1104, que modifica la legislación sobre pérdida del dominio<sup>29</sup>;

---

Urgencia N° 007-2011, y complementado con el Decreto Supremo N° 016-2011-EM, los mismos que fueron derogados por la Décima Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1100.

<sup>27</sup> Además, el Decreto Supremo N° 006-2012-EM, publicado el 15 marzo 2012, que aprueba medidas complementarias para la formalización de la actividad minera en las zonas comprendidas en el anexo 1 de este Decreto Legislativo N° 1100.

<sup>28</sup> De acuerdo con el artículo 307-A, incorporado al Código Penal mediante su artículo, incurre en delito de minería ilegal quien realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la autoridad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, cuya pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, y si el agente actuó por culpa, la pena será no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas. Se consideran formas agravadas (artículo 307-B) cuando el delito se comete en zonas no permitidas; en áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas; utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares; empleando instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas; si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinadas al consumo humano; si el agente aprovecha su condición de funcionario o servidor público; o si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable; en las cuales la pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa.

<sup>29</sup> El presente Decreto Legislativo –conforme a su artículo 1º- tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, así como establecer los mecanismos de distribución y administración de los bienes o fondos recaudados. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso, sin ninguna contraprestación o compensación. Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado (el artículo 2).

- Decreto Legislativo 1105, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal;
- Decreto Legislativo 1106, que otorga lineamientos para lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y al crimen organizado; y,
- Decreto Legislativo 1107, que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de las maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal, así como del producto minero obtenido en dicha actividad.

Sin embargo, **al día de hoy, la realidad nos muestra que la minería ilegal no ha sido completamente erradicada ni la minería informal ha sido formalizada**<sup>30</sup>. De acuerdo a un informe de la Defensoría del Pueblo del año 2014, las dificultades en la implementación del proceso de formalización son falta de personal especializado y logística, ambos relacionados con la falta de presupuesto; retraso en la implementación de la Ventanilla Única; inadecuada planificación del proceso de formalización (inexistencia de una línea base que hubiera permitido prever las particularidades en cada región y la falta de previsión de las dificultades en la normativa vigente, como las vinculadas al saneamiento físico legal de los inmuebles y a la superposición de derechos otorgados por el Estado)<sup>31</sup>. Generando dicha situación, por

---

<sup>30</sup> A decir verdad, de acuerdo al Plan Nacional para la Formalización de la Minería Artesanal, aprobado mediante Decreto Supremo 013-2011-EM publicado el 30 de marzo del 2011, se tenía como objetivo que al año 2016 se cuente con una actividad minera artesanal formalizada; lo que hasta el día de hoy no ha ocurrido; mas bien, con el último paquete normativo emitido por el Gobierno, se ha previsto para el año 2020.

<sup>31</sup> Conforme a dicho organismo, al vencimiento del plazo del Proceso de Formalización, el 19 de abril de 2014, de acuerdo a lo reportado por los gobiernos regionales, únicamente 7 de las 58,835 declaraciones de compromisos que se encontraban vigentes en el Registro Nacional acreditaron el cumplimiento de la autorización de inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales, último paso del proceso de formalización. Señala, además, que un balance cuantitativo de la situación descrita podría llevarnos a concluir que la política emprendida por el Estado en el año 2012 en materia de formalización minera no ha dado resultados. Sin embargo, resulta necesario destacar los avances a nivel normativo y de implementación de procedimientos administrativos que se han producido para este fin, así como adoptar las medidas que correspondan para la atención de los temas pendientes. Al respecto cfr. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Informe N.º 167: Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú. 2012-2014 Supervisión a las entidades de alcance nacional y regional*. Primera edición, diciembre de 2014, Lima, p. 251.

Según la información que consta en la página web del MINEM, al 11 de setiembre del 2015, los sujetos de formalización, entre pequeños productores y mineros artesanales, personas naturales o jurídicas, inscritos en el Registro de Saneamiento a nivel de todas las regiones y que cuentan con la condición de vigentes en el Registro Nacional de Declaración de Compromisos del Ministerio de Energía y Minas, son 32704 (la mayor cantidad de mineros inscritos se encuentran en Arequipa con 7585, luego Ayacucho 4266, Puno 3396 y Apurímac 3353 y últimos Ucayali y Lambayeque, ambos con 19, y el Callao con 8), los cuales, de cumplir con todos los compromisos asumidos en

ejemplo, que se disponga la ampliación de plazos y el retraso en el cumplimiento de los requisitos previstos.

**Compete pues, al Estado, continuar ejerciendo acciones concretas<sup>32</sup> que permitan formalizar la minería informal y erradicar la minería ilegal,** para lo cual debe existir una mayor supervisión y fiscalización por parte de los gobiernos regionales de la pequeña minería y minería artesanal (que va de la mano con dotarles de una mayores capacidades logísticas y de personal especializado)<sup>33</sup>, ejercer mayor regulación, control, supervisión y fiscalización a los insumos químicos, maquinarias, equipos utilizados en la minería informal e ilegal y productos mineros por la entidades competentes (SUNAT, Ministerio de Transportes), se ejecuten adecuadas acciones de interdicción por parte de la Policía Nacional de Perú, Ministerio Público, Ministerio de Defensa y la Dirección General de Capitanías y Guardacostas

---

su declaración, contarán con la autorización de inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales, último paso del proceso de formalización. De verificarse el incumplimiento de los compromisos suscritos por los sujetos en vía de formalización, corresponderá la cancelación de la Declaración de Compromisos y, por tanto, su inscripción en el respectivo Registro de Saneamiento, quedando el declarante excluido del proceso de formalización, en cuyo caso podrán solicitar los permisos, licencias y autorizaciones correspondientes para formalizar sus actividades mineras de acuerdo al procedimiento regular establecido en la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal (Ley N° 27651) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 013-2002-EM).

<sup>32</sup> La Defensoría del Pueblo también ha señalado que, a fin de superar las dificultades en la implementación del proceso de formalización, resulta necesario fortalecer a los gobiernos regionales, dotándoles de capacidad técnica y sostenibilidad presupuestal, de tal manera que ejerzan sus competencias en materia de pequeña minería y minería artesanal. Así también, se requiere que estos gestionen adecuadamente los recursos que se le asignen, de tal manera que cumplan con dicha labor en plazos razonables. También resulta necesaria la implementación de la ventanilla única en todas las regiones del país. Del mismo modo, se requiere la aprobación de disposiciones normativas que establezcan procedimientos claros que permitan dar solución a las controversias generadas por la superposición de derechos otorgados por el Estado, así como las destinadas a agilizar los procedimientos de saneamiento físico legal y formalización de la propiedad, considerando las disposiciones previstas en el Convenio 169 de la OIT. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Informe N.º 167*, p. 252.

<sup>33</sup> En el mismo sentido el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, en una de las recomendaciones elaboradas en su último informe sobre la fiscalización ambiental a la pequeña minería y minería artesanal, señala que las EFA (entidades de fiscalización ambiental que son los gobiernos regionales y la Dirección General de Minería del MINEM) deben realizar las acciones necesarias para cumplir con las condiciones básicas para la fiscalización ambiental minera; es decir, deben asignar los recursos económicos y logísticos, y los equipos y el personal capacitado necesarios para el desarrollo efectivo de sus funciones de fiscalización ambiental minera, con la finalidad de lograr una adecuada gestión ambiental por parte de las personas naturales y jurídicas que desarrollan actividades mineras dentro del ámbito de sus competencias. Cfr. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. *Informe 2014: Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Índice de cumplimiento de los gobiernos regionales*. Primera edición, junio 2015, Lima, p. 173.

del Perú, se formulen y ejecuten herramientas para la remediación ambiental (a cargo del Ministerio del Ambiente), así como atender los impactos sociales intensificando acciones destinadas a la erradicación del trabajo infantil, la prostitución de menores de edad y el trabajo forzoso en las zonas donde se realizan actividades mineras informales e ilegales<sup>34</sup>.

Las **ventajas** para los mineros formalizados son múltiples, en tanto les permite permanecer en su área de operaciones, sin tener que ser desalojados, pudiendo invertir en su actividad sin temer ningún riesgo de pérdida; genera derechos incuestionables, que eliminan los conflictos que pudieran surgir con la comunidad y/o con terceros; permite adquirir los insumos que se utiliza en las labores mineras a precio de mercado, sin tener que pagar sobrepagos; son beneficiados con incentivos legales en el aspecto laboral, salud y seguridad, así como en programas de capacitación en el área legal, técnica, y de gestión ambiental; y les permite acceder a créditos y financiamientos, pues puede utilizar el derecho minero como garantía de pago.<sup>35</sup>

Y, más recientemente, en el marco de una nueva delegación de facultades otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley 30506, el Poder Ejecutivo ha emitido un conjunto de normas para –a decir de la propia ley– “perfeccionar” el marco legal del proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal, así como el mejoramiento de capacidades de las Direcciones Regional de Minería para garantizar el adecuado desarrollo de las operaciones mineras a pequeña escala, de manera sostenible y compatible con el medio ambiente y a través de un proceso ordenado y simplificado. El

---

<sup>34</sup> Para un mayor detalle de las acciones concretas que deben realizar todos los organismos públicos vinculados a la formalización minera, véase las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 167, pp. 263-269.

<sup>35</sup> Sobre las ventajas de ser un minero formal, cfr. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Guía para los Pequeños Mineros y Mineros Artesanales. ¿Qué debo saber para ejercer actividades mineras formalmente?* 2ª edición, marzo de 2011, Lima, pp. 14-15. Como contraparte –*ibidem*– se muestran las desventajas de ser un minero informal, así tenemos: (i) genera inestabilidad laboral, al no contar con un área permanente de trabajo; (ii) lo expone a constantes conflictos, dentro de la comunidad y frente a terceros; (iii) le impide realizar inversiones que permitan mejorar sus operaciones, ya que tiene el constante peligro de ser desalojado en cualquier momento; (iv) obliga a pagar sobrepagos –en los llamados “mercados negros”– al momento de comprar los insumos que utiliza en sus labores mineras; (v) no le permite acceder a los beneficios mínimos que otorga la ley, tanto en el aspecto laboral, como de salud y seguridad; (vi) le dificulta ser sujeto de crédito o tener acceso a fuentes de financiamiento que permitan el desarrollo de sus actividades; y, (vii) no accede a las medidas adicionales de apoyo al sector, tales como capacitaciones legales, tecnológicas, operativas, administrativas y de gestión ambiental, que ha establecido la legislación en favor de los mineros formales.

“paquete” normativo está constituido por las siguientes (entre las más importantes):

- Decreto Legislativo 1293, que declara de interés nacional la reestructuración del proceso de formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal a que se refiere el Decreto Legislativo 1105; publicado en *El Peruano* el 30-12-2016.
- Decreto Legislativo 1336, que establece disposiciones para el proceso de formalización minera integral; publicado en *El Peruano* el 6-1-2017.
- Decreto Supremo 005-2017-EM, que establece disposiciones complementarias para el ejercicio del derecho de preferencia; publicado en *El Peruano* el 5-2-2017.
- Decreto Supremo 018-2017-EM, que establece disposiciones complementarias para la simplificación de requisitos y la obtención de incentivos económicos en el marco del Proceso de Formalización Minera Integral; publicado en *El Peruano* el 1-6-2017.
- Ley 30593, ley que deroga la sexta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1336; publicado en *El Peruano* el 24-6-2017.
- Decreto Supremo N° 021-2017-EM, que establece disposiciones complementarias para la formalización de las actividades de la Pequeña Minería y Minería Artesanal; publicado en *El Peruano* el 6-7-2017.
- Decreto Supremo 038-2017-EM, que establece disposiciones reglamentarias para el Instrumento de Gestión Ambiental para la formalización de actividades de pequeña minería y minería artesanal; publicado en *El Peruano* el 1-11-2017.
- Decreto Supremo 019-2018-EM, que establece precisiones para el Proceso de Formalización Minera Integral; publicado en *El Peruano* el 31-7-2018.

### **1.6. El proceso de formalización minera**

El proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal está definido en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1105 como “aquél mediante el cual se establecen y administran los requisitos, plazos y procedimientos para que el sujeto de formalización pueda cumplir con la legislación vigente”. Este sujeto puede ser una persona natural, jurídica o un grupo de personas organizadas para ejercer actividad minera. Dicho proceso se inicia con la presentación de declaración de compromisos y concluye con la autorización para inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales por parte del Gobierno Regional, a través de su DREM, previa opinión favorable del MINEM.

La normativa ha señalado los pasos necesarios para que el minero informal sea considerado como formal. Así, el artículo 4° del mismo dispositivo legal señala los siguientes:



- 1) Presentación de declaración de compromisos (ante el Gobierno Regional).
- 2) Acreditación de titularidad, contrato de cesión, **acuerdo o contrato de explotación sobre la concesión minera.**
- 3) Acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial.
- 4) Autorización de uso de aguas.
- 5) Aprobación del instrumento de gestión ambiental correctivo.
- 6) Autorización para inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales (por el Gobierno Regional, previa opinión del MINEM).

Con la presentación de la referida declaración de compromisos el solicitante se encuentra dentro del proceso de formalización. Cada paso es un requisito del anterior, sin perjuicio de que algunos pudieran tramitarse de manera simultánea. Empero, adicionalmente a los 6 requisitos señalados, el sujeto de formalización debe contar con un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos respecto del área donde se lleva a cabo la actividad minera, el cual será otorgado por el Ministerio de Cultura (actualmente, con la promulgación del Decreto Legislativo 1136 –artículo 3, numeral 3.2–, será suficiente una declaración jurada sujeta a fiscalización posterior por parte del Ministerio de Cultura).

En lo que concierne a la acreditación de titularidad mediante el acuerdo o contrato de explotación sobre la concesión minera debidamente inscrito en registros públicos, el artículo 6° del Decreto Legislativo 1105 establece:

El título de concesión minera no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que para dicho fin se requiere de determinadas medidas administrativas o títulos habilitantes establecidos por ley.

**La acreditación a que se refiere el presente artículo podrá darse mediante la suscripción de un contrato de cesión o de un acuerdo o contrato de explotación, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente. Los contratos anteriormente mencionados deberán encontrarse debidamente inscritos ante la SUNARP.**

Mediante la suscripción del contrato de cesión minera, conforme se encuentra establecido en la ley de la materia, el sujeto de formalización que lo suscriba se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente.

Mediante la suscripción del acuerdo o contrato de explotación, el titular del derecho minero quedará liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo que asume el minero interesado en su formalización. El acuerdo o contrato de explotación en el marco del presente proceso de

formalización podrá ser suscrito utilizando el modelo contenido en el Anexo 2 del presente dispositivo.

Los Gobiernos Regionales o el MINEM podrán intervenir, a solicitud de las partes, como intermediarios en las negociaciones de los acuerdos o contratos de explotación, ejerciendo el papel de facilitador y orientador de las partes en negociación.

Debe destacarse de este dispositivo legal que el contrato de explotación al igual que el de cesión minera<sup>36</sup> constituyen **medios alternativos para acreditar la titularidad** que permita al sujeto de formalización cumplir con su objetivo de formalizarse, debiendo dichos contratos constar inscritos en el Registro de Derechos Mineros, en la partida electrónica correspondiente a la concesión minera objeto del contrato. La otra forma de acreditación es, naturalmente, con la titularidad originaria sobre la concesión.

Cumplidos los pasos señalados y previa opinión favorable del MINEM, el artículo 12 del citado decreto legislativo establece que el gobierno regional correspondiente emitirá la resolución de inicio y/o reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales, con la cual culminará el proceso de formalización, considerándose como formales a las personas naturales o jurídicas que se sometieron a dicho proceso, pudiendo ejercer las actividades mineras correspondientes de manera lícita.

Finalmente conviene señalar las ventajas que tienen los mineros formalizados, entre las que destacamos las siguientes: les permite permanecer en su área de operaciones, sin tener que ser desalojados, pudiendo invertir en su actividad sin temer ningún riesgo de pérdida; genera derechos incuestionables, que eliminan los conflictos que pudieran surgir con la comunidad y/o con terceros; permite adquirir los insumos que se utiliza en las labores mineras a precio de mercado, sin tener que pagar sobreprecios; son beneficiados con incentivos legales en el aspecto laboral, salud y seguridad, así como en programas de capacitación en el área legal, técnica, y de gestión ambiental; permite acceder a créditos y financiamientos, pues puede utilizar el derecho minero como garantía de pago; entre otros<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> El contrato de cesión minera es el equivalente al contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil, pero con particularidades propias. En virtud de aquel, conforme lo señala el artículo 166 de la LGM, “*el concesionario podrá entregar su concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero a tercero, percibiendo una compensación. El cesionario se sustituye por este contrato en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente*”.

<sup>37</sup> Sobre las ventajas de ser un minero formal, cfr. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. “*Guía para los Pequeños Mineros y Mineros Artesanales. ¿Qué debo saber para ejercer actividades mineras formalmente?*”, 2ª edición, Lima, 2011, pp. 14-15. Como contraparte –*ibidem*– se muestran las desventajas de ser un minero informal, así tenemos: (i) genera inestabilidad laboral, al no contar con un área permanente de trabajo; (ii) lo expone a constantes conflictos, dentro de la comunidad y frente a terceros; (iii) le impide realizar inversiones que permitan mejorar sus

## 1.7. Problemática del proceso de formalización minera

En la “exposición de motivos” del Decreto Legislativo 1336, norma que establece disposiciones para el proceso de formalización minera integral, se ha desarrollado claramente esta problemática en los términos que se señalan a continuación (parte pertinente):

La problemática de la minería a pequeña escala en nuestro país es anterior al año 2002, razón por la cual se consideró necesario aprobar un procedimiento específico que permitiera a los pequeños productores mineros y mineros artesanales cumplir todos los requisitos legales, sociales y ambientales a fin de ser considerados formales.<sup>38</sup>

Sin embargo, los resultados del procedimiento instaurado en el año 2002 no fueron suficientes, y por el contrario, continuó incrementándose el número de personas naturales y jurídicas que desarrollaban minería de pequeña escala, sin contar con autorizaciones otorgadas por las Direcciones o Gerencias Regionales de Energía y Minas de los Gobiernos Regionales y otras entidades competentes, y que, en tal sentido, desarrollaban una actividad económica que permanecía no identificada para el Sector Minero y para el Estado en su conjunto.

De otra parte, respecto al proceso de formalización que se inicia en el año 2012<sup>39</sup>, y que se encuentra vigente, es de reflejado un avance considerable referente al cumplimiento de los requisitos por parte de los mineros informales; tal es el caso que, a la fecha, se cuenta con un número poco representativo de mineros formalizados respecto del universo de mineros informales inscritos en el proceso de formalización.

En ese contexto, se han identificado problemas resaltantes en la implementación del proceso de formalización minera, iniciado en el año 2002 hasta diciembre de 2016, los cuales también están descritos en la “exposición de motivos” del mencionado Decreto Legislativo. Los principales son los que se describen a continuación:

---

operaciones, ya que tiene el constante peligro de ser desalojado en cualquier momento; (iv) obliga a pagar sobrepagos –en los llamados “mercados negros”– al momento de comprar los insumos que utiliza en sus labores mineras; (v) no le permite acceder a los beneficios mínimos que otorga la ley, tanto en el aspecto laboral, como de salud y seguridad; (vi) le dificulta ser sujeto de crédito o tener acceso a fuentes de financiamiento que permitan el desarrollo de sus actividades; (vii) no accede a las medidas adicionales de apoyo al sector, tales como capacitaciones legales, tecnológicas, operativas, administrativas y de gestión ambiental, que ha establecido la legislación en favor de los mineros formales; entre otras.

<sup>38</sup> Se refiere al procedimiento regulado por la Ley 27651 –Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal – y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 013-2002-EM, y normas complementarias.

<sup>39</sup> Se refiere al Decreto Legislativo 1105 (*El Peruano*, 19-4-2012), que estableció disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, y normas complementarias.

**a) Dificultad de acreditar la titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación.** - La mayoría de mineros acogidos al proceso de formalización establecido en el Decreto Legislativo 1105, no pueden acreditar la titularidad de la concesión minera donde desarrollan sus actividades, dado que las áreas de dichas concesiones pertenecen a otras personas (naturales o jurídicas) con título de concesión vigente otorgado por el Estado.

Recordemos que este es el segundo paso del proceso de formalización. Si bien con la suscripción del contrato de explotación minera el titular del derecho minero se libera de responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales que asume el minero interesado en su formalización –según lo establece el artículo 6 del D. Leg. 1105–, ello no ha sido por sí solo un incentivo suficientemente contundente para que dichos titulares suscriban contratos de explotación, cedan sus derechos mineros o los transfieran.

**b) Dificultad para acreditar la propiedad del terreno superficial.** - Un grupo importante de mineros en proceso de formalización no pueden acreditar la propiedad del terreno superficial, dado que dichos terrenos pertenecen a terceras personas, que en la mayor parte de los casos, no cuentan con titularidad reconocida por el Estado.

**c) Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo.** - El instrumento de gestión ambiental correctivo presenta requerimientos excesivos para las labores desarrolladas por los mineros informales, lo cual representa un costo considerable y una traba más que un instrumento de gestión para el cumplimiento de sus obligaciones ambientales.

Se recalca que los problemas antes anotados se encuentran referidos a requisitos que son de necesario cumplimiento dentro del marco normativo minero vigente.

### **1.8. Proceso de formalización minera integral**

Como consecuencia de la identificación de los principales problemas que se han presentado en la implementación del proceso de formalización minera, enunciados en el apartado anterior, el Gobierno –en virtud de la delegación de facultades otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley 30506– ha propuesto, en principio, declarar de interés nacional la reestructuración del proceso de formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal contemplada en el Decreto Legislativo 1105. Dicha propuesta se efectivizó con la promulgación del Decreto Legislativo 1293. A decir de la propia “exposición de motivos” de esta última norma, dicha medida está sustentada en la creación de un “proceso de formalización minera integral” que sea simplificado, lo cual conllevará –en los términos descritos en ella– a que exista prontitud en la evaluación documental.

Dicho proceso –según el artículo 3º, numeral 3.1., del Decreto Legislativo 1293– estará a cargo de las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Energía y Minas, o de quien haga sus veces, considerando las competencias que para

tal efecto asumen los Gobiernos Regionales en materia de pequeña minería y minería artesanal.

Se ha contemplado –artículo 6º– que el proceso de formalización minera integral tenga una vigencia de 36 meses, el cual inició aproximadamente en julio del año 2017 y se prolongará hasta el año 2020, tiempo en el cual sea suficiente para que el minero inscrito en el Registro Integral pueda obtener la autorización de inicio de actividades de explotación y/o beneficio, culminando así, su formalización.

En el “proceso de formalización” se han contemplado dos ámbitos principales de acción (artículo 3º, numeral 3.2):

- a) **Creación del Registro Integral de Formalización Minera.** - Dicho está a cargo de la Dirección de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas. Tiene por objeto identificar los sujetos comprendidos dentro del proceso de formalización minera integral. Según la propia “exposición de motivos” la creación de dicho registro responde a la necesidad de integrar los registros vigentes, creados al amparo del D. Leg. 1105 y su normativa complementaria: Registro Nacional de Declaraciones de Compromisos y Registro de Saneamiento<sup>40</sup>, en un único registro integrado de mineros en proceso de formalización.

“Integral” –se dice– porque pretende dar solución a la complejidad y dificultad que conlleva administrar los dos registros administrativos de mineros informales de naturaleza distinta.

Asimismo, la creación de dicho Registro –se reseña en la “exposición de motivos”– permitirá consolidar, unificar y uniformizar la información existente en los referidos registros, de forma coherente y ordenada mediante una plataforma informática interconectada que, además, permitirá la identificación de los mineros informales mediante el RUC.

- b) **Simplificación de los mecanismos administrativos para la formalización minera.** - Esta simplificación se centrará en buscar soluciones a los problemas del proceso de formalización minera

---

<sup>40</sup> El “Registro Nacional de Declaraciones de Compromisos” (RNDC) fue creado por Resolución Ministerial 247-2012-MEM-DM, que comprendió a todos los mineros informales que se acogieron al proceso de formalización minera implementado por el D. Leg. 1105. Y el “Registro de Saneamiento” (RS) creado por Resolución Ministerial 470-2014-MEM-DM, como consecuencia de la promulgación del D.S. 029-2014-PCM que aprobó la Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, comprendiendo a los mineros informales con Declaración de Compromisos vigente y que se encuentran inscritos en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) de la SUNAT.

descritas líneas arriba (acreditación de titularidad de la concesión minera y del terreno superficial, así como la aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente).

Ahora bien, la norma en cuestión también ha establecido quiénes forman parte del Registro Integral de Formalización Minera (artículo 4°, numeral 4.1). Entre ellos menciona:

- 1) Los sujetos que cuenten con inscripción vigente en el Registro de Saneamiento, a que se refiere el artículo 2° del Decreto Supremo 029-2014-PCM<sup>41</sup>.
- 2) Los sujetos que formen parte del Registro Nacional de Declaraciones de Compromisos, con inscripción vigente, y que acrediten su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes.
- 3) Excepcionalmente, las personas naturales que se encuentren desarrollando actividades de pequeña minería o de minería artesanal de explotación, que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 91 de la Ley General de Minería, y que además realicen su actividad en una sola concesión minera, a título personal y que cuenten con inscripción en el Registro Único de Contribuyentes.

La norma (artículo 4°, numeral 4.3) precisa que las personas descritas en el numeral 3 anterior y que cumplan con dichas condiciones, deberán acreditar lo siguiente: a) La actividad minera desarrollada tenga una antigüedad no menor a cinco (05) años; b) No contar con Declaración de Compromisos cancelada, como consecuencia de no encontrarse desarrollando actividad minera; y c) No encontrarse inhabilitado para realizar actividad minera conforme a lo establecido en el Título Cuarto del de la Ley General de Minería. Se especifica que aquellos sujetos que incumplan con acreditar los requisitos antes señalados quedan excluidos del Registro Integral de Formalización Minera.

Finalmente, la norma propone en su tercera disposición complementaria final que los titulares de concesiones mineras otorgados antes de la vigencia

---

<sup>41</sup> Que aprueba la Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y de la Minería Artesanal. Artículo 2°. Del Registro de Saneamiento: “Serán objeto del Registro de Saneamiento aquellos mineros informales que al 19 de abril de 2014 cuenten con estatus de vigente en el Registro Nacional de Declaración de Compromisos del Ministerio de Energía y Minas. Mediante Resolución Ministerial del sector Energía y Minas se aprobará el Registro de Saneamiento a los ciento veinte (120) días de concluido el proceso de formalización, considerando a los mineros informales señalados en el párrafo precedente que cumplan con la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes. El Registro de Saneamiento antes referido será de acceso público a través del portal institucional del Ministerio de Energía y Minas

del Decreto de Urgencia N.º 012-2010, en áreas declaradas como zonas de exclusión minera, pueden inscribirse en el Registro Integral de Formalización Minera, debiendo realizar sólo actividades de explotación, siempre que previamente acrediten la aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental que se crea en el marco del proceso de formalización minera integral.

Asimismo, se deja la posibilidad que el instrumento de gestión ambiental presentado ante la autoridad competente bajo los alcances de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1100, puede ser evaluado y aprobado, sustituyendo al instrumento de gestión ambiental referido en el párrafo anterior.

### **1.9. Disposiciones complementarias para el proceso de formalización minera integral**

Estas disposiciones fueron publicadas inmediatamente después al Decreto Legislativo 1293 (*El peruano*, 30-12-2016), mediante Decreto Legislativo 1336 (*El peruano*, 6-1-2017), a fin de facilitar las acciones de formalización integral de la pequeña minería y minería artesanal, esto es, a efectos que sea coordinado, simplificado y aplicable a nivel nacional.

El artículo 3º de esta norma precisa los requisitos para la culminación de la formalización minera integral, la cual puede ser iniciada o continuada, según sea el caso, por el sujeto inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera que realiza su actividad, para tal efecto debe cumplir con lo siguiente:

- 1) Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal - IGAFOM o del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo cuando corresponda.
- 2) Acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial (mediante declaración jurada).
- 3) Acreditación de titularidad, contrato de cesión o **contrato de explotación respecto de la concesión minera.**
- 4) Declaración jurada de Inexistencia de Restos Arqueológicos.

Los requisitos señalados pueden ser tramitados o acreditados de manera simultánea. Una vez acreditados el cumplimiento de los mismos, la Dirección y/o Gerencia Regional de Energía y Minas, o quien haga sus veces, emite, de corresponder, la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio.

Un aspecto relevante que ha establecido esta norma es sobre las restricciones para el acceso al proceso de formalización minera integral (artículo 4°), disponiendo que no podrán acogerse a dicho proceso, aquellas personas naturales o jurídicas que ocupen áreas no permitidas para el ejercicio de la minería, tales como zonas arqueológicas, áreas naturales protegidas, reservas indígenas, reservas territoriales en proceso de adecuación y otras de acuerdo a la legislación vigente.

En lo que se refiere a la acreditación de titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación respecto de la concesión minera, concretamente a este último concreto –que es lo nos interesa aquí–, el Decreto Supremo 018-2017-EM, que establecen disposiciones complementarias para la simplificación de requisitos y la obtención de incentivos económicos en el marco del Proceso de Formalización Minera Integral, señala:

**Artículo 20.- Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión o Contrato de Explotación respecto de la concesión minera**

El minero informal inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera puede acreditar el cumplimiento del numeral 3 del párrafo 3.1 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1336, con lo siguiente:

20.1 En caso de ser titular de la concesión minera, indicar el número de partida registral y Oficina Registral de la SUNARP donde conste inscrita la titularidad de la concesión minera.

**20.2 En caso de no ser titular de la concesión minera, indicar el número de partida registral y Oficina Registral de la SUNARP donde conste inscrito el contrato de cesión minera o contrato de explotación, el cual debe estar suscrito por el respectivo titular conforme a la legislación vigente, indicando el área donde desarrolla su actividad minera.**

El título de concesión minera no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación. Para tal efecto, se requiere de las medidas administrativas o títulos habilitantes establecidos por la normativa vigente.

**Artículo 21.- Rol del Estado en la suscripción de los contratos de cesión o explotación minera**

Los Gobiernos Regionales o el Ministerio de Energía y Minas pueden intervenir, a solicitud de las partes, como intermediarios en las negociaciones de los acuerdos o contratos de explotación, ejerciendo el papel de facilitador y orientador en el desarrollo de la negociación.

Es pues, este, el contexto normativo y fáctico donde concretamente el contrato de explotación minera artesanal se desenvuelve

## II. Concepto

### 2.1. Aspectos previos



La **explotación** es la actividad de la industria minera que tiene por objeto la extracción, captación o arranque de los minerales que se encuentran en un yacimiento. Se lleva a cabo mediante la actividad denominada “*desarrollo*” que es el conjunto de operaciones necesarias que realiza el concesionario para hacer posible la explotación (cfr. artículo 8° de la LGM).

Los sistemas técnicos clásicos para llevar a cabo la extracción de minerales son dos: (i) *a cielo o tajo abierto*, que se usa cuando los minerales a explotar se ubican casi en la superficie del terreno, dispersos o diseminados, o se encuentran al aire libre; y, (ii) *a tajo cerrado o subterráneo*, el cual se ejecuta en socavones, galerías o túneles, pues el mineral se encuentra en el subsuelo en forma de vetas o filones. El método a usar dependerá de varios factores, fundamentalmente de las características del yacimiento minero.

Para ejercer esta actividad forzosamente se requiere contar con un título de **concesión minera** otorgado por la autoridad minera competente<sup>42</sup>. Con dicho título el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente las labores de exploración<sup>43</sup> y explotación de minerales dentro de un área debidamente delimitada, así como los demás derechos que reconoce la LGM, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan.

En efecto, en virtud del artículo 9° de la LGM “(1) a concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada [...]”. También se caracteriza por ser un derecho real de naturaleza administrativa, es legal, formal, irrevocable, indefinida, imprescriptible, registrable y no otorga la propiedad sobre ningún predio.

## 2.2. Definición

---

<sup>42</sup> Las entidades competentes para otorgar los títulos de concesiones mineras son el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico, que tiene competencia a nivel nacional; y las Direcciones Regionales de Energía y Minas, únicamente para el caso de la pequeña minería y minería artesanal de alcance regional.

<sup>43</sup> La exploración –fase previa indispensable para la explotación– “*es la actividad minera que tiene por finalidad demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales*” (artículo 8° de la LGM).

En general, el contrato de explotación minera es un acuerdo formal entre el titular de concesión minera, denominado titular minero<sup>44</sup>, y otra persona natural o jurídica, legalmente capaz, denominada operador minero, con la finalidad de que esta desarrolle, siguiendo las reglas y técnicas pactadas y establecidas por ley, exclusivamente la extracción de sustancias minerales concedidas en una parte o en el área total de la concesión, obteniendo el derecho de usar y disfrutar de ellas, a cambio de una contraprestación a favor del titular y por un plazo determinado o indeterminado, al cabo del cual el operador devolverá la concesión o la parte en la situación que se encuentre, no siendo responsable por la disminución de los minerales que a consecuencia de la explotación razonable sobrevenga, sin perjuicio de remediar los daños ambientales que por esa misma razón se hayan generado.

La definición propuesta contiene los elementos y características esenciales del contrato *sub materia*, los cuales desarrollaremos a lo largo de este trabajo.

Y una definición específica vinculada a la **minería a pequeña escala** la encontramos en el artículo 18 del Decreto Supremo 013-2002-EM, según el cual “(p)or el acuerdo o contrato de explotación el titular de un derecho minero autoriza a personas naturales o jurídicas a desarrollar actividad minera artesanal para extraer minerales en una parte o en el área total de la concesión minera, a cambio de una contraprestación”.

La particularidad de este contrato especial es que constituye un requisito alternativo a la tenencia de derechos mineros dentro del proceso administrativo de formalización minera.

La noción general de contrato de explotación minera debe aplicarse a la contratación minera del régimen común, mas no al régimen especial de la pequeña minería y minería artesanal que tiene elementos particulares, aunque ambas –como se podrá advertir– tienen elementos comunes. La característica más saltante en el caso de la explotación minera artesanal es que dicha actividad se desarrolla con la finalidad esencial de subsistencia del operador minero y de su familia, y de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas a las operaciones de extracción.<sup>45</sup>

### III. Elementos constitutivos

---

<sup>44</sup> La condición de titular minero puede recaer en el concesionario o cesionario. En el caso del cesionario, por virtud de los artículos 166 y 170 de la LGM, está habilitado para celebrar todo tipo de actos y contratos necesarios para la actividad minera de la concesión, como el caso de contratos de explotación, exigiéndose como dos únicos requisitos que el cedente, titular de la concesión objeto de explotación, lo autorice previa o simultáneamente, y que no exceda el plazo de vigencia de la cesión.

<sup>45</sup> Cfr. artículo 2° de la Ley 27651.

### 3.1. Partes contratantes

Son elementos personales de esta relación jurídica el **titular minero** y el **operador minero**. El primero es el concesionario de la concesión minera, generalmente es una empresa de la mediana o gran minería, y el segundo es un tercero dedicado habitualmente a la minería de pequeña escala (pequeño minero o minero artesanal). Pero no siempre pertenecen a los estratos señalados. La única prohibición que fija el artículo 24 del D.S. 013-2002-EM es que el titular minero no debe tener la condición de productor minero artesanal.

En la hipótesis de que el contrato de explotación sea otorgado por el cesionario, como consecuencia de un contrato de cesión minera a su favor, en este recaerá la condición de titular minero. Se exige, en este caso, como se ha dicho, la previa o simultánea autorización del concesionario. La limitación descrita también se aplica al cesionario.

### 3.2. Objeto del contrato

El objeto del contrato *sub examine* debe ser necesariamente **concesiones mineras**, en tanto son las únicas que otorgan un derecho (real) a llevar a cabo las actividades de exploración y explotación de sustancias minerales dentro del área otorgada. Cuando el área objeto de explotación sea sobre una parte de la concesión, deberá estar debidamente delimitada con coordenadas U.T.M. o, en su defecto, indicarse, en calidad de límites, las cotas superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.

Asimismo, el objeto puede recaer en los llamados **denuncios mineros** que son derechos reales pero de naturaleza provisional otorgados bajo normas anteriores al 14 de diciembre de 1991.

El objeto también está constituido por las **partes integrantes** de la concesión minera, que son todas las labores mineras previamente ejecutadas por el titular de la concesión tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales, y las **accesorias**, bienes de propiedad del concesionario previamente asignados y de modo permanente al fin económico de la concesión, salvo que se pacte su diferenciación.

No podrá ser objeto del contrato los **petitorios mineros** (antes denominados denuncios mineros), en tanto estos son derechos expectaticios o de existencia futura que no faculta a realizar actividades de exploración y explotación de minerales. En caso se celebren contratos de explotación sobre petitorios mineros, serán nulos por ser el objeto jurídicamente imposible (artículo 219,

inciso 3, del Código civil), y de ejecutarse actividades mineras sobre ellos serán consideradas ilícitas.

De igual manera, por obvias razones, están excluidas del objeto de este contrato las concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero.

### **3.3. Contraprestación**

Constituye requisito esencial del contrato que se fije una contraprestación a favor del titular por la entrega de todo o parte de su concesión minera para la explotación de minerales a cargo del operador. Esta puede ser una compensación de dar, de hacer o de no hacer, siendo la más usual la primera de las modalidades a través de la entrega de una especie de renta, que en esencia es un pago monetario, generalmente mensual, trimestral, anual o incluso por única vez, de acuerdo a lo pactado.

La compensación también puede consistir en un porcentaje de los minerales extraídos o de las utilidades finales, que impropriamente suele denominarse regalía.

Otra modalidad de compensación *sui generis* que en la práctica viene usándose masivamente es mediante un “pacto de exclusividad”, según el cual el operador se obliga a vender el mineral extraído a favor del titular y este pagar su valor luego de la liquidación final, inclusive se compensa con un pago monetario adicional a favor de este último.

También puede darse el caso que no exista compensación cuando se otorga a título gratuito; aunque por su naturaleza este contrato es oneroso.

En suma, las partes contratantes tienen plena libertad para fijar las condiciones de la contraprestación de acuerdo a sus conveniencias.

### **3.4. Plazo**

Una deficiencia de la legislación minera es que no señala un plazo para el contrato de explotación minera. Se deja entonces a la autonomía de voluntad de las partes contratantes decidir sobre la duración del acuerdo, que podría ser determinado, determinable o indeterminado; sin embargo, por las características de esta actividad es usual que se acuerde un plazo fijo.

No obstante, aun cuando se fije un plazo determinado, la vigencia del contrato siempre estará supeditada a la vigencia de la concesión minera, y si esta se extingue por cualquier causal fijada en la ley<sup>46</sup>, aquel se resolverá indefectiblemente por imposibilidad del objeto. De igual manera, la vigencia

---

<sup>46</sup> Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación (artículos 58 y ss. de la LGM).

del plazo estará en función de la existencia de las sustancias minerales en el área de la concesión cedida.

En una importante resolución jurisprudencial, el Tribunal Registral ha señalado que “una de sus principales características de la contratación minera se deriva de la naturaleza fortuita y accesorio de la actividad minera. Es así que es común que los plazos que se pacten para la explotación no tengan un plazo definido, o en todo caso estén relacionados a la cantidad de minerales o sus derivados que pudieran encontrarse en una determinada concesión. Los minerales como sabemos son recursos no renovables y, por lo tanto, una vez agotados carecen de objeto continuar con cualquier relación jurídica o actividad derivada de su explotación. Entonces, estando a la naturaleza de la actividad minera, no resulta aplicable el artículo 1365 del Código Civil en los contratos de explotación minera con plazos máximos que esté relacionados a la propia actividad minera. Salvo que ambas partes fijen como causal de resolución la terminación unilateral anticipada” (resolución 107-2014-SUNARP-TR-L del 20-1-2014, fundamento 8).

Cabe anotar que no podría aplicarse a este contrato el plazo máximo de 10 años que fija el Código civil para el contrato de arrendamiento (artículo 1688), pues este tiene otra naturaleza. Por la misma razón tampoco podría aplicarse los plazos legales establecidos para el usufructo (artículo 1001).

### **3.5. Finalidad**

El propósito fundamental de este contrato es la extracción de los minerales que en materia prima se encuentran en los yacimientos o depósitos naturales que han sido objeto del contrato. Sea de toda la extensión de la concesión minera o de una parte.

Cuando dicha actividad se lleva a cabo en la minería a gran escala (gran y mediana minerías), por su magnitud económica, para ser cumplida, exige una fuerte inversión de capitales; pero, cuando se trata de la minera a pequeña escala, la inversión es menor por cuanto en este ámbito se utilizan métodos y equipos medianamente tecnificados, en el caso de la pequeña minería, o intensivamente la propia mano de obra y métodos manuales y equipos básicos, en el caso de la minería artesanal.

Se excluyen de la finalidad del contrato de explotación llevar a cabo las otras actividades de la industria minera: cateo, prospección, exploración, labor general, beneficio, comercialización y transporte.

### **3.6. Formalidad**

El acuerdo de explotación minera es un contrato “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”, pues su formación se hace de manera consensuada,

perfeccionándose con el solo consentimiento de las partes. No requiere de alguna formalidad adicional para su validez entre ellas, pues la ley no sanciona con nulidad esa omisión.

Sin embargo, para que goce de validez y eficacia ante el Estado y los terceros, los artículos 106 y 163 de la LGM y 20 del D. S. 013-2002-EM exigen que debe necesariamente formalizarse por escritura pública e inscribirse en la partida registral correspondiente a la concesión minera afectada en el Registro de Derechos Mineros de la Sunarp. En consecuencia, la inscripción registral no es constitutiva sino antes bien le otorga los **efectos de oponibilidad**<sup>47</sup>, en tanto la información que se publicita se presume legítima.<sup>48</sup>

En caso de renuencia de alguna de las partes a formalizar el contrato, la otra puede compeler a completar la formalidad exigida por ley (artículo 1412 del Código civil), inclusive acudir a la vía judicial en proceso sumarísimo.

### **3.7. Título vigente de concesión minera**

Una de las características de la concesión minera en nuestro país es que se otorga por plazo indefinido, en la medida que el concesionario cumpla una serie de obligaciones fijadas por ley para mantener vigente su derecho de exploración-explotación sobre aquella, tales como pagar oportunamente los derechos de vigencia y/o penalidad, realizar una inversión mínima y ejecutar una producción igualmente mínima. En caso de incumplimiento de dichas obligaciones, la LGM prevé que la concesión caducará de pleno derecho y por tanto se producirá su extinción (artículos 58 y 59). La extinción genera que el derecho que ostentaba el concesionario salga de su esfera de dominio y se revierta a la del Estado como titular originario, quien además declarará a la concesión de libre denunciabilidad. Por lo tanto, el contrato de explotación carecerá de objeto y debe ser resuelto por causal sobreviniente

---

<sup>47</sup> En nuestro sistema registral el principio de inoponibilidad de lo no inscrito no está recogido expresamente en ninguna norma jurídica como tal. Sin embargo, el Tribunal Registral mediante la resolución 113-2002-SUNARP/TRN del 14.8.2002, y en un sinnúmero de pronunciamientos posteriores, ha señalado que dicho principio se deduce de la interpretación conjunta de normas como los artículos 2022, 2034 y 2038 del Código civil. Así dice: “En virtud de dicho principio se privilegia la situación jurídica inscrita frente a la no inscrita. Lo no inscrito no puede oponerse al tercero; en otras palabras, a quien no haya inscrito su título le resulta imposible fundar en dicho título no inscrito algún derecho o pretensión dirigida contra el tercero subadquiriente” (resolución 110-2013-SUNARP-TR-T del 8.3.2013).

<sup>48</sup> Las inscripciones en el Registro, en virtud del principio de legitimación, son reputadas exactas y válidas mientras no sean rectificadas por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme. Así lo establecen los artículos 2013 del Código civil y VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos.

(artículo 1371 del Código civil), sin perjuicio de las indemnizaciones a que diere lugar. En suma, como se ve, es imprescindible que el título habilitante de concesión minera se encuentre vigente para la ejecución de la explotación minera.

Además de la caducidad, las concesiones mineras se extinguen por abandono, nulidad, renuncia y cancelación. Los efectos serán los mismos que hemos señalado en el párrafo anterior.

### **3.8. Una de las partes contratantes debe ser titular de la concesión minera**

Esta característica constituye un requisito fundamental para la celebración del contrato materia de comentario (y de todos los contratos mineros cuyo objeto una concesión minera).

La titularidad puede acreditarse de varias maneras: con el título habilitante de concesión minera, con los respectivos contratos traslativos de dominio (transferencia, donación, dación en pago, sucesión, etc.), incluso con el contrato de cesión minera, en este último caso con expresa autorización del titular.

### **3.9. En el caso de la minería a pequeña escala, la actividad debe ser artesanal**

Esta exigencia se encuentra expresamente regulada en el artículo 18 del D. S. 013-2002-EM, en tanto lo que se quiere promover es que el contrato de explotación se convierta en un instrumento legal idóneo que permita al minero artesanal ejercer actividades mineras lícitas y con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de él y la de su familia, así como de las poblaciones aledañas al área de extracción de minerales.

## **IV. Naturaleza jurídica**

El contrato minero en estudio no constituye un acto de disposición, pues la concesión minera o una parte de ella, entregada para su explotación, se mantiene en el dominio del titular. Tampoco estamos ante una forma de arrendamiento, aunque tengan características similares, pues el operador minero no podría cumplir con su obligación de devolver la concesión minera al titular, luego de vencido el plazo, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario, conforme lo exige el artículo 168, inciso 10, del Código civil. Menos se trata, como algunos opinan, de una modalidad de contrato de trabajo o de prestación de servicios, pues no existe una relación de dependencia o subordinación laboral entre operador minero y titular minero ni el pago de alguna remuneración. De igual manera, no tiene

la naturaleza de un contrato civil<sup>49</sup>, aun cuando las normas civiles (inclusive comerciales) sean supletorias a las mineras. Este es un contrato que presenta características propias y limitadas al ámbito exclusivamente de la minería, porque se encuentra dentro de los denominados contratos especiales disciplinado por una normativa concreta como es la Ley General de Minería, Ley 27651 y sus reglamentos.

Por virtud del contrato de explotación el titular minero entrega su concesión minera o parte de ella a otra persona, llamada operador minero, para que extraiga por su cuenta y para sí minerales, a cambio de una contraprestación en favor del titular consistente en dinero o un porcentaje de los minerales extraídos.

Dicha explotación **se otorga a título de usufructo**<sup>50</sup>, con lo cual el operador minero adquiere los derechos de usar y disfrutar todo o parte de la concesión minera, esto es, extraer los minerales y aprovecharse de ellos (beneficiarlos y comercializarlos), no siendo responsable de la disminución de las sustancias minerales que a consecuencia de tal explotación sobrevenga.

Este tema nos lleva a mencionar un aspecto que en la doctrina y legislación, nacional y extranjera, no existe consenso: **¿puede constituirse derecho de usufructo sobre las concesiones mineras?**, habida cuenta que una de las características esenciales de este derecho real es que el usufructuario use y disfrute el bien ajeno con la obligación de conservar su forma y sustancia (en términos del artículo 1009 del Código civil: “*no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso*”), cuando sabemos que al extraer las sustancias minerales del yacimiento, este va perdiendo su atributo, alterando su sustancia, consumiendo su valor, en consecuencia, el bien no podría restituirse al concesionario sin más que su desgaste ordinario.

Contrariamente a los que niegan que el derecho de explotación minera sea un derecho real de usufructo<sup>51</sup>, bajo el ya mencionado argumento que el

---

<sup>49</sup> Así lo afirma erróneamente un autor: CASTILLO HERNANDEZ, José Abel. “*La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera*”. En: Revista de Derecho Administrativo, 15, 2015, p. 279.

<sup>50</sup> El artículo 999 del Código civil regula la definición y características del usufructo de la siguiente manera: “*El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Puede excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades. El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en los artículos 1018 a 1020*”.

<sup>51</sup> Entre ellos: BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 6ta. edición, Grijley EIRL, Lima, 1996, p. 190 (aunque este autor pareciera ser de opinión contraria en otra parte de su obra, conforme se aprecia de la siguientes cita: “*el Estado viene a ser un depositario y a su vez un administrador de la riqueza minera y esta función real se realiza y ejecuta sin desprenderse de*”).



usufructuario no podría devolver la concesión minera en el mismo estado en que la recibió, a consecuencia del natural consumo de los minerales producto de la extracción, otros autores<sup>52</sup> expresan que es perfectamente válido constituir derecho de usufructo sobre aquella, pues las facultades del usufructuario no se reducen a la mera percepción de los frutos, sino que abarca cualquier acto de explotación (artículo 1008 del Código civil: “*El usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada*”), lo cual incluye en las concesiones mineras las actividades de extracción de minerales.

Nuestra legislación civil no dice nada –al menos no es clara– sobre la posibilidad de usufructuar minas, tampoco lo prohíbe de manera expresa<sup>53</sup>. Por el contrario, el artículo 204 de la LGM parece aceptar la constitución de usufructo sobre concesiones mineras refiriéndose a que los aportes de bienes

---

*su dominio, confiriendo al concesionario tan solo el ius utendi y el ius rutendi dentro de su temporalidad”* (p.128); GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVICK INGUNZA, Militza. *Derecho Minero*, 2da.edición, Gráfica Horizonte, Lima, 2002, p. 190; BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, 5ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2013, p. 57; y ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*, Cultural Cuzco, Lima, 1998, p. 177.

<sup>52</sup> Por citar: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*, tomo II, 3ra. edición, Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 1763-1764; CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*, 1ra. edición, Editora Fecat, Lima, 1995, p. 40; entre los más destacados.

<sup>53</sup> Algunos ordenamientos jurídicos comparados aceptan, expresamente, la constitución de usufructo sobre minas, tal es el caso del Código civil chileno de 2005, artículo 784, al señalar que “*si la cosa usufructuaria comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas, y no será responsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga...*”. También el Código de Minería de este país sureño, de 1983, es mucho más claro en ese sentido, al señalar en su artículo 171 que “*tratándose de arrendamiento o de usufructo de pertenencia, se entenderá que la explotación hecha conforme al título constituye uso y goce legítimo de ella y el arrendatario o usufructuario no será responsable de la disminución de sustancias minerales que a consecuencia de tal explotación sobrevenga...*”.

En la Argentina, el Código de Minería de 1997 también regula el usufructo sobre minas señalando expresamente en su artículo 338 que “*el usufructo debe comprender toda la mina, aunque se haya constituido a favor de diferentes personas. El usufructuario tiene derecho a aprovechar los productos y beneficios de las minas, como puede aprovecharlos el propietario...*” (sobre los comentarios sobre el usufructo de minas en el derecho argentino puede verse: LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil IV: Tratado de los Derechos Reales*, vol. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, pp. 454-456).

En España, por su parte, el Código Civil de 1889 no resuelve esta cuestión del usufructo de minas, y por ello sus comentaristas siguen discutiendo sobre la posibilidad o no de que las minas fuesen objeto de usufructo. Pero en líneas generales, la doctrina española acepta la constitución de usufructo sobre minas, aun cuando su legislación civil sea confusa. Ver: PIUG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español: Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, p. 432. También en ese sentido: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ma. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 358.

(uno de los cuales debe ser, necesariamente, la concesión minera) al contrato de riesgo compartido o *joint venture* “no conllevan transferencia de propiedad sino el usufructo de los mismos”; y, con mayor claridad, la Ley 26821 –Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales– se orienta a aceptar esa naturaleza al señalar en su artículo 23 que “(l)a concesión [minera] otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse”.

La discusión sobre la procedencia de la constitución de derecho de usufructo sobre minas parece circunscribirse entonces al ámbito doctrinario, pues el legislador al mencionarlo primero en el artículo 204 de la LGM y más adelante en el artículo 23 de la Ley 26821, ha aceptado expresamente su existencia y validez.

A mayor abundamiento, nuestra posición es clara: no existiría mayor inconveniente, ni legal ni práctico, en aceptar el usufructo sobre las minas porque, en lo esencial, el concesionario (operador minero, en el caso del contrato *sub materia*) explota la concesión minera en la forma normal y acostumbrada para este tipo de bienes, es decir, de acuerdo con reglas, métodos y procedimientos técnicos propios de la industria de la extracción, y no podría ser de otro modo por su misma naturaleza. ¿O acaso podría extraerse los minerales sin desarrollar labores de explotación en la mina? Definitivamente no. Esto es así porque “la función natural del mineral es ser extraído de la mina, y el destino de la mina es producir mineral. El mineral es algo, por naturaleza, destinado a ser separado de la mina. El mineral se obtiene, pues, conforme al destino económico de la cosa. La separación [por ende] no altera la sustancia de la mina”<sup>54-55</sup>. Dicha actividad trae consigo, sin embargo, la obligación del explotador de manejar adecuadamente la extracción de los minerales, respetando las reglas que impone la ley, con el

---

<sup>54</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. “Naturaleza jurídica de los minerales ¿Tienen o no la condición de frutos?”, Anuario de Derecho Civil, Tomo VII, Fascículo II, INEJ, Madrid, 1954, p. 374.

<sup>55</sup> En este sentido se ha dicho que la mina es una cosa especial y compleja cuyo destino normal y corriente, tanto en el orden jurídico como en el económico, es la producción de mineral, siguiendo los principios técnicos preestablecidos consagrados en cada época, y lo que se obtiene o extrae de esta manera constituyen frutos industriales de la mina. Ver: MARTIN-RETORTILLO, Cirilo. “Los frutos de las minas”, Anuario de Derecho Civil, Tomo V, Fascículo III, INEJ, Madrid, 1952, p. 1037. Debemos precisar que según el Código civil peruano, los minerales tienen la condición de productos conforme lo establece el artículo 894: “Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien”; por el contrario “son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia” (art. 890)

fin salvaguardar los ámbitos social y geográfico donde aquella se lleva a cabo.

En cuanto a la “*prohibición de modificar sustancialmente el bien usufructuado*”, a que se refiere el artículo 1009 de Código civil, nosotros nos decantamos por la concepción moderna de usufructo<sup>56</sup>. Es decir, si bien la extracción de minerales implica una alteración de la concesión minera, en el sentido de consumir la parte sustancial de ella y no ser posible su renovación, ello constituye su desgaste ordinario, natural, acostumbrado, propio de la naturaleza de la mina, siendo este su destino económico<sup>57</sup>, pudiendo obtener de ella la máxima utilidad o provecho posible que es la finalidad de todo concesionario, pero dentro de los límites que la ley prevé. En ningún caso podría aceptarse una concesión inerte, inactiva para el trabajo, abandonada. Más aun cuando el Estado obliga al concesionario –con miras a un interés general– a trabajar las concesiones mineras efectuando inversiones mínimas para la producción de sustancias minerales (artículos IV y 38 de la LGM), bajo sanción de pagarse una penalidad por su incumplimiento.

Esta es una postura amplia y más conforme con el sentido del artículo 1008 del Código civil, admitiendo la posibilidad del usufructo sobre los yacimientos mineros. En todo caso, debe interpretarse como una hipótesis de excepción que no desnaturaliza la figura del usufructo, pues –como afirma Jordano Barea, citado por Castan<sup>58</sup>– “lo característico de este derecho real no es el deber de conservar, sino el derecho a disfrutar los bienes ajenos” (en este caso aprovechar los minerales). Agrega el citado autor que “el *salva rerum substantia* [conservar la cosa usufructuada<sup>59</sup>] ya no constituye, como

---

<sup>56</sup> Se dice que el concepto tradicional o clásico de usufructo que data del derecho romano, implica que la cosa ajena debe devolverse en el mismo estado en que fue recibido, sin más deterioro que su uso y disfrute ordinario. Por tal motivo, las minas no podrían ser objeto de usufructo porque no cumpliría con este requisito esencial. Se desnaturalizaría. Por el contrario, se dice, por ejemplo, que el nuevo Código civil italiano se separa de la clásica fórmula romana y, siendo una orientación moderna, pone como límite del derecho de goce de la cosa por el usufructuario, no la obligación de conservar la cosa, sino la de respetar el *destino económico* de aquella. Así, conforme a su art. 981, el usufructo atribuye al titular el derecho de goce de la cosa, pudiendo obtener de ella toda posible utilidad, pero dentro de los límites de la regulación legal y, sobre todo, el de respetar el destino económico. La doctrina entiende por destino económico aquel que el objeto tenga, por su *propia naturaleza* o por *acto de voluntad*, en el patrimonio del propietario. Ver: CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, común y foral: Derecho de Cosas*, vol. II, 12ma. edición, Reus, Madrid 1978, p. 19.

<sup>57</sup> Destino económico “*es la función que la cosa desempeña conforme a su peculiar naturaleza, aquello para lo que la cosa sirve, para lo que es comúnmente utilizada*”, así: DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 365.

<sup>58</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 26.

<sup>59</sup> PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, p. 395.

lo era en el derecho romano, una condición o límite objetivo del usufructo, sino una condición subjetiva, una simple obligación que como tal, tiene carácter accesorio y no de esencia para el usufructo”<sup>60</sup>. Es, por tanto, admisible el usufructo sobre aquellos bienes cuyo aprovechamiento implica su consumo progresivo, como es el caso de las minas.

En conclusión, el derecho a explotar una concesión minera (derecho real de naturaleza administrativa<sup>61</sup>) constituye un derecho real especial de goce y de naturaleza administrativa<sup>62</sup>, pues permite al titular (en este caso, el operador minero) la explotación directa de la totalidad o parte de un bien ajeno (como es la concesión minera) y el consiguiente aprovechamiento de los minerales extraídos (beneficiarlos y comercializarlos). En esa línea, el contrato de explotación minera constituye una limitación al derecho de dominio del concesionario y, en consecuencia, una carga que pesa sobre la concesión minera<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> La doctrina española dice que el vocablo romano característico del usufructo: “*salva rerum substantia*” (conservar la sustancia) debía significar más bien: “*no alterar el destino económico del objeto*”, la cual es una interpretación de la más destacada doctrina científica moderna y ha sido recogida, incluso, en el Código civil italiano, cuyo artículo 981 señala que “*el usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa, pero debe respetar su destino económico*”. Y esa también parece ser la línea del Código español cuando en su artículo 467 refiere que “*el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación conservar su forma y sustancia*”, y las que establecen la mayoría de las legislaciones extranjeras. Cfr.: PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, pp. 395-396.

<sup>61</sup> La concesión minera es un derecho real de naturaleza administrativa por cuanto constituye un derecho subjetivo (derecho exclusivo de aprovechamiento de recursos minerales), es de carácter real (recae sobre una cosa: recursos minerales), tiene por objeto un bien de dominio público (las minas) y nace de una concesión administrativa (título). Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero: Estudio Dogmático – Histórico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 328-330.

<sup>62</sup> Sobre el particular la doctrina afirma que cuando se otorga una concesión minera o sea el derecho a explorar-explotar, se otorga un derecho real. Son derechos reales administrativos en virtud de lo prescrito por el artículo 66 de la Constitución y el artículo 10 de la LGM. Se dice que lo particular del derecho real administrativo y diferencia con el derecho real civil, es que aquel se halla disciplinado por un régimen jurídico especial, esencialmente de derecho administrativo, cuyas características son distintas a las que exhibe el derecho real civil. La concesión minera es un derecho real administrativo porque sus atributos los fija la ley minera y no la ley civil. Cfr. GARCIA MONTUFAR y FRANCISCOVIK INGUNZA. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>63</sup> El Tribunal Registral ha señalado, por el contrario, que el contrato de explotación no constituye un gravamen, sino es un contrato *sui generis* por el cual el titular del derecho minero tan solo autoriza el desarrollo de la actividad minera en su concesión, no se trata entonces de un acto en que el titular cede su concesión minera o lo transfiere, sino que tan solo reconoce y aprueba el ejercicio de la actividad minera realizada por un tercero en el área de su concesión (cfr. las resoluciones n.ºs 662-2015-SUNARP-TR-A del 1.10.2015; 1182-2012-SUNARP-TR-L de 15.8.2012; 368-2014-SUNARP-TR-A del 18.7.2014; entre otras). Desde luego no compartimos ese extremo jurisprudencial, puesto que para nosotros el contrato de explotación minera sí

## V. Contenido

De acuerdo a la naturaleza expuesta, podemos señalar los aspectos en que se concreta el contenido del derecho de explotación minera<sup>64</sup>.

### 5.1. Se obtiene la posesión

La posesión<sup>65</sup> es consustancial al derecho de uso y goce del bien<sup>66</sup>. Es indispensable, por ello, que el titular transmita el derecho de uso que detenta sobre su concesión minera, es decir la posesión, en favor del operador minero, pues sin esta no sería posible su explotación. Constituye, de ese modo, la posesión –que debe ser directa e inmediata– presupuesto para disfrutar y gozar la mina o una parte, y con ello extraer los minerales yacientes. Desde luego, el titular, que es despojado del uso y goce del área otorgada en explotación, conserva el derecho de disponer la concesión. Por otro lado, la posesión (en nuestro país) no es causa de adquisición por prescripción de la concesión minera, que por tener la condición de bien público es imprescriptible.

### 5.2. Goce y disfrute amplio

El propósito económico de la explotación es que el operador obtenga todos los provechos o utilidades que rinde la concesión minera, por ello se le concede ampliamente el disfrute y goce de todos los recursos minerales extraídos de la misma, desarrollando y ejecutando a su discreción (salvo las obligaciones que por ley debe cumplir) las actividades que permita su aprovechamiento.

No debe limitarse el operador a conservar la sustancia sino, por el contrario, a explotar la mina en la forma normal y acostumbrada respetando su destino económico, salvo que por pacto se limiten ciertos derechos, por ejemplo, extraer solo determinados minerales. En todo caso, aun cuando la explotación se desarrolle de acuerdo con reglas, métodos y técnicas que los cánones de la industria minera prevén, los límites a esta actividad minera

---

constituye un gravamen (o carga), asimilable al usufructo, como lo hemos expuesto largamente en el texto principal. Coincidimos, más bien, en el hecho que el contrato de explotación no constituye una cesión o transferencia de la concesión minera.

<sup>64</sup> En esta parte utilizaremos el criterio expuesto por Gonzáles Barrón para desarrollar el contenido del usufructo, pero aplicando las notas propias del contrato de explotación minera. Cfr. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Op. cit.*, p. 1766-1768.

<sup>65</sup> Artículo 896 del Código civil: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Dichos poderes se hallan enumerados en el artículo 923 del mismo código: usar, disfrutar, disponer y reivindicar.

<sup>66</sup> La “posesión es presupuesto indeclinable para disfrutar una cosa”: PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, p. 400.

vienen impuesta por la ley, en razón que es una actividad que debe ejecutarse de manera sostenible dentro de un marco de interés social, en la medida que los recursos minerales son propiedad de la Nación.

En el caso concreto de la explotación minera artesanal el uso y goce se manifiesta, además, en que los productos minerales extraídos del área explotada sirven como medio de sustento de quienes lo ejercen (pequeños y artesanales mineros) y de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas a las áreas de explotación.

### **5.3. Disfrute de la concesión y partes**

La concesión minera no solo es un inmueble distinto y separado del predio donde se ubica, otorgando los derechos a explorar y explotar los recursos minerales concedidos en el título, sino también está constituida por sus **partes integrantes** que son todas aquellas labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales, y **accesorias** que son todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

Todos estos atributos otorgados por el Estado (detentador originario) al concesionario en virtud del título de concesión son transmitidos íntegramente al operador, en lo que respecta al atributo de explotación, para que ejerza ampliamente su derecho de extracción de los minerales dentro del área concedida. Par tal efecto, este tiene derecho a usar las bocas de mina, galerías, chimeneas, socavones, piques, chiflones, caminos, canales, etc. (partes integrantes), así como las plantas, campamentos, rieles, carros mineros, winches, herramientas, maquinarias, tolvas, etc. (partes accesorias), salvo que se haya pactado su reserva. Asimismo, tiene derecho a utilizar, inclusive a solicitar, servidumbres, derechos de aguas y otros derechos colaterales que estén afectados a favor de la concesión minera, los cuales son de capital importancia para el desarrollo de la actividad minera.

### **5.4. Percepción de los productos (minerales)**

Los minerales constituyen productos y estos son los provechos no renovables que se extraen de un bien. En tal sentido, el operador minero por virtud del contrato de explotación está facultado para obtener todos los provechos y utilidades del área cedida, que no son otra cosa que las sustancias minerales encontradas. Respecto de ellas tiene el derecho de extraerlos y la expectativa de convertirse en propietario una vez extraídos (esto es así porque es práctica común que un porcentaje de los minerales extraídos pasen a propiedad del titular en calidad de contraprestación). Luego podrá beneficiarlos (purificar, fundir y refinar) a fin de poder comercializarlos libremente.

### 5.5. Conservación de la forma y modificación de la sustancia

Como se ha expuesto, es válido admitir que la explotación de las concesiones mineras se efectúe a título de usufructo. Por este derecho el explotador está obligado a conservar la forma y sustancia del bien. Se dice en la doctrina que la “*forma*” equivale al “*destino económico*” del bien, mientras que la “*sustancia*” alude a su “*valor*” (tanto en su potencial permanente como en su rendimiento normal)<sup>67</sup>. En el caso concreto de las minas, su goce implica la extracción de los minerales de acuerdo con su destino económico, esto es, en la forma normal y acostumbrada para estos bienes, que es la finalidad de todo concesionario y del Estado en sí que obliga a su trabajo.

Y en lo que respecta a “*conservar la sustancia*”, este aspecto está profundamente vinculado a la naturaleza de los bienes, que en el caso de concesiones mineras no implica en modo alguno que deba exigirse su inalterabilidad, sino que el aprovechamiento ordinario consiste en consumir progresivamente los minerales que en ella yacen. Y dicha extracción no altera su sustancia. La mina seguirá siendo mina aún con la disminución progresiva de aquellos.

## VI. Derechos y obligaciones de las partes

Por la fuerza vinculatoria de todo contrato las partes incurren en derechos y obligaciones, en cuanto se hayan expresado en ellos, conforme al principio de *pacta sunt servanda* que recoge el artículo 1361 del Código civil.

Adicionalmente, dado el carácter de interés público de la industria minera previsto en el artículo VI de la LGM, todo derecho que recaiga sobre una concesión trae consigo, por mandato de la ley, la asunción al titular minero de un cúmulo de facultades para ejercitar sus derechos, así como la imposición de obligaciones que este debe cumplir al momento de ejercer su actividad minera. Dichas facultades y obligaciones serán asumidas por el operador minero si la ley así lo contempla.

El *derecho* fundamental del titular minero es percibir la contraprestación pactada (que, como se ha dicho, puede adoptar diversas modalidades); luego, tiene derecho a que se le devuelva su concesión minera o parte de ella al término del contrato, a disponer de ella, inclusive acceder a las labores de explotación, entre otros. Dentro de los *derechos conferidos por ley* al titular se encuentran los enumerados en el artículo 37 de la LGM, entre los que destacan el uso minero gratuito de terrenos eriazos en la concesión y fuera

---

<sup>67</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 22

de ella, a solicitar derechos de servidumbres, usar aguas subterráneas y superficiales, entre otros.

Y dentro de las *obligaciones contractuales* del titular se encuentran, principalmente, otorgar el uso y disfrute de su concesión minera al operador y denunciar ante las autoridades competentes el daño causado al medio ambiente por este; y en cuanto a sus *obligaciones legales* tenemos las de pagar las regalías, el canon y los derechos de vigencia y/o penalidad.

Del otro lado están los *derechos* del operador minero. Entre los más importantes tenemos: explotar la concesión por su cuenta y riesgo, bajo los términos del contrato y las normas legales aplicables, y hacerse propietario de los minerales que se extraiga. También tendrá la facultad de ejercer los derechos contemplados en el artículo 37 de la LGM, en la medida que las condiciones legales lo permitan.

Respecto a las *obligaciones contractuales* más comunes del operador se pueden mencionar las siguientes: pagar la contraprestación pactada, iniciar la explotación a partir de la fecha pactada y dentro del área concedida, devolver el área de explotación al término del contrato, no subcontratar su derecho de explotación, no deteriorar las labores mineras ni destruir los bienes muebles de propiedad del concesionario y efectuar las reparaciones ordinarias a la mina.

Y dentro de sus *obligaciones legales* tenemos: ejecutar las labores propias de la explotación, de acuerdo con sistemas, métodos y técnicas que tiendan al mejor desarrollo de la actividad; si tiene la condición de productor minero artesanal, tener una producción no inferior a US\$ 50.00 y por hectárea otorgada; evitar dañar a terceros; indemnizar por cualquier perjuicio que les cause; asumir sus responsabilidades ambientales y de seguridad y salud en el trabajo; facilitar, en cualquier tiempo, el libre acceso al titular y a la autoridad minera para la fiscalización de las obligaciones que le corresponda; presentar su declaración de impacto ambiental para iniciar sus actividades mineras y, en general, obtener los permisos administrativos correspondientes.

## **VII. Características**

Entre las principales características del contrato de explotación minera se encuentran:

### **7.1. Facultad exclusiva del titular minero**

Es el titular minero el que autoriza el desarrollo de explotación de minerales en todo o parte de su concesión. En caso que el contrato de explotación se celebre en virtud de un contrato de cesión, la condición de titular recaerá en



el cesionario, requiriéndose en este supuesto autorización, previa o simultánea, del concesionario. Esta facultad también le permite otorgar varios contratos de explotación sobre diferentes áreas no superpuestas de su concesión minera.

### **7.2. Contrato *sui generis***

No se trata de un acto de disposición, de administración, de trabajo o de naturaleza civil sino de una autorización para extraer minerales que se otorga a título de usufructo. Es decir, es un contrato especial, *sui generis*, pues a través de él se otorga un derecho real especial de goce y de naturaleza administrativa.

### **7.3. Derecho exclusivo a explotar**

El operador minero solo adquiere el derecho a explotar la mina y extraer todos los minerales, salvo pacto en contrario. No se otorga por este contrato los derechos de exploración, beneficio, transporte ni comercialización de minerales. Tampoco tiene la facultad de disponer de la concesión minera, aunque sí de transferir su derecho a explotarla, con anuencia del titular.

### **7.4. Se rige por los principios y reglas generales establecidas en la LGM**

Este contrato no se encuentra regulado en la LGM, sin embargo, ello no implica que sus principios básicos y disposiciones generales no le sean aplicables, pues toda actividad que implique el aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo, está regulada por dicha ley y su reglamento. Así mismo, se regula supletoriamente por las disposiciones del Derecho común.

En el caso del contrato de explotación minera artesanal este se rige, además, por la Ley 27651, su reglamento y normas complementarias.

### **7.5. Limitaciones para la minería artesanal**

Existen dos supuestos contemplados en el artículo 24 del D. S. N. 013-2002-EM que prohíben la celebración de un contrato de explotación: (i) en caso de invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver; y (ii) cuando se trate de derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales.

### **7.6. Medio alternativo para ser productor minero artesanal**

La celebración de un contrato de explotación minera artesanal constituye requisito alternativo para el sujeto de formalización de obtener la constancia que lo califique como productor minero artesanal (según lo previsto en el artículo 91 de la LGM), condición que le permitirá obtener ciertos beneficios

tales como el pago de un monto menor por derecho de vigencia y por penalidades, por inversión y producción, entre otros.

### **7.7. Responsabilidad ambiental**

Con la Ley 27651 las partes que suscribían un contrato de explotación minera respondían solidariamente por los daños causados al ambiente. Esta obligación quedó derogada por el artículo 6° del D. Leg. 1105, según el cual el titular minero queda liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo, las cuales son asumidas únicamente por el operador.

### **7.8. Limitaciones al dominio**

Constituye el contrato de explotación minera una restricción convencional al derecho dominial del titular de la concesión minera, concretamente sobre los atributos de uso y disfrute. Esta restricción se inscribe como carga en la partida registral de la concesión minera, a fin que surta efecto frente a terceros.

Otras características de este contrato, que a continuación enumeramos, tiene como base la metodología de clasificación sobre los contratos en general expuesto por Arias-Schreiber<sup>68</sup>, la cual es muy didáctica para los fines de conocer mejor los alcances y naturaleza de esta figura contractual minera.

### **7.9. Por su estructura es un contrato típico**

Al tratarse de un contrato minero, se encuentra regulado por las disposiciones generales de la LGM y supletoriamente por las del Código civil, y en el caso específico del contrato de explotación minera artesanal, además por la Ley 27651 y su reglamento.

### **7.10. Por su identificación es un contrato nominado**

Tiene el *nomen iuris* de “*Contrato o Acuerdo de Explotación Minera*”, que lo hace plenamente identificable y distinguible frente a otras figuras contractuales mineras, civiles o comerciales.

### **7.11. Por su forma es un contrato consensual**

Es un contrato “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”, en tanto se perfecciona por el solo consentimiento del titular y operador, no requiriéndose alguna formalidad para su validez y existencia, pues no es

---

<sup>68</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Contratos Parte General, Tomo I, 1ra. edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2006, pp. 39-62. Dejamos constancia que en cada criterio de clasificación citado consideramos las ideas básicas de dicho autor para caracterizar o distinguir el contrato *submateria*.

sancionado con nulidad; salvo para oponerlo a los terceros y el Estado, en cuyo caso debe inscribirse en el Registro.

#### **7.12. Por su complejidad es un contrato complejo**

Su celebración no origina una relación jurídica simple entre el titular y el operador (v. gr., compraventa), sino mas bien compleja, puesto que da lugar a diversas formas obligacionales, no solo entre las partes contratantes (v. gr. la contraprestación), sino para con el Estado, a quien se le debe pagar una retribución económica (regalías, canon y derecho de vigencia) por el aprovechamiento de los recursos minerales, incluso con la comunidad en tanto su explotación no puede ser separada del interés nacional. También es complejo por la eventualidad de que sea el cesionario quien otorgue el contrato de explotación, en donde se aplican normas relativas al contrato de cesión y de explotación minera, respectivamente.

#### **7.13. Por su autonomía es un contrato principal**

Es un contrato que goza de plena autonomía en su existencia, tiene vida propia, pues no está subordinado ni depende de otras figuras contractuales de naturaleza minera, común o comercial. Es decir, ni tiene la condición de accesorio como la hipoteca minera, ni de preparatorio como el contrato de opción minera.

#### **7.14. Por el área que cubre es un contrato especial**

Esta institución se encuentra dentro de los denominados contratos especiales disciplinado por una normativa concreta como es la LGM, Ley 27651 y sus reglamentos. Es un contrato que “presenta características propias y limitadas” al ámbito de la minería. No es, pues, un contrato de naturaleza civil porque no está sujeto a las normas del Código civil ni tiene las características de un contrato comercial regido por el Código de comercio.

#### **7.15. Por la prestación es un contrato recíproco**

Existe una reciprocidad de prestaciones en donde cada parte es “una respecto de la otra y recíprocamente, deudor y acreedor”. Así, el titular se obliga a entregar todo o parte de su concesión minera. Esta es su prestación. Por su parte, el operador se compromete a pagar una contraprestación por dicha entrega que puede ser monetaria o un porcentaje del mineral extraído. Esta sería su prestación.

#### **7.16. Por su función es un contrato constitutivo**

Desde el momento de la celebración del contrato de explotación minera se crea una relación jurídica determinada entre las partes contratantes, es el caso de la obligación de ejecutar las prestaciones que corresponde asumir tanto al

titular como al operador. No estamos, por ende, ante un contrato modificativo, regulatorio o extintivo.

#### **7.17. Por su valoración es un contrato oneroso**

En este contrato el titular cede temporalmente la posesión, es decir, el uso y disfrute de su concesión minera, que constituye un sacrificio, pero a la vez recibe una compensación que constituye una ventaja. El operador, por su parte, se beneficia con el uso y disfrute (extracción y beneficio de minerales) de la concesión, pero lo hace contra el pago de la compensación, la cual representa su sacrificio. En concreto, “existe para cada una de las partes un sacrificio y una ventaja”.

#### **7.18. Por el rol que desempeñan es un contrato de goce**

El contrato *sub materia* supone la cesión del uso y disfrute de la concesión minera o parte a favor del operador, con la obligación de devolver a su término al titular en el estado en que se encuentre, sin responder por el consumo de los minerales.

#### **7.19. Por el riesgo es un contrato conmutativo**

Por cuanto el titular y el operador, al momento en que se celebra el contrato de explotación, “son conscientes de un hecho cierto y concreto, pues estiman anticipadamente el sacrificio y la ventaja que pueden correlativamente lograr”. El titular “sabe anticipadamente que temporalmente no disfrutará de la posesión, uso y disfrute” de su concesión minera que cede, pero en compensación recibirá la contraprestación pactada. El operador, a su vez, “tiene plena conciencia de que por un tiempo usará y disfrutará” la concesión que recibe, pero eso sí, a cambio del pago de una compensación. Debemos acotar que si bien los minerales y su valor económico que se ubiquen en la concesión pueden ser difícilmente determinados, esta incertidumbre es subsanada por los adelantos tecnológicos que hoy en día se tiene.

#### **7.20. Por el tiempo es un contrato de ejecución continuada**

Este contrato no se agota en el mismo acto en que las partes ejecutan sus prestaciones sino que “las obligaciones que corresponden a ellas se realizan a través del tiempo”, por la naturaleza misma de la actividad minera que necesita de un conjunto de operaciones (trabajos y obras) sucesivas necesarias para hacer posible la extracción de los minerales, v gr. la preparación del túnel, de las galerías y los pozos, el armado de los rieles o winches, la puesta en operación de los carros para transportar el mineral hacia la superficie, el acto mismo de extraer el mineral de la veta o filón, entre otros, todos los cuales se ejecutan en un orden de tiempo.

### **7.21. Por la manera como se forma es un contrato de negociación previa**

No estamos frente a un contrato cuyas cláusulas o estipulaciones están previamente determinadas y diseñadas por una de las partes contratantes para que la otra solo pueda aceptarlas o rechazarlas, sino que el contrato de explotación minera es aquel que exige un proceso de tratativas y negociaciones previas para su celebración, principalmente para acordar las condiciones de la extracción, el área a explotar, el plazo y la contraprestación a abonar.

Sucede durante el proceso de formalización minera que el titular (generalmente una empresa de la mediana o gran minería) otorga múltiples contratos de explotación a cada sujeto interesado en formalizarse sobre una pequeña área de su concesión. Si bien dichos contratos se otorgan a todos ellos bajo las mismas condiciones, no implica que estos hayan sido redactados unilateralmente por el titular, al cual cada operador simplemente tenga que adherirse, sino que existe una fase previa donde se da una serie de tratativas con cada uno de los interesados (generalmente pertenecen a una determinada comunidad campesina) o en conjunto, que es lo más usual.

Podemos, asimismo, señalar dos características adicionales:

### **7.22. Fin lucrativo**

Las partes contratan con la finalidad de obtener un quantum o retribución económica, como consecuencia del desarrollo y ejecución de la explotación de minerales. Para el titular será la compensación que le paga el operador, y para este último será la ganancia por la venta o beneficio directo de los minerales extraídos.

### **7.23. Carácter específico o ad hoc**

Es un contrato que se celebra para un acto único, específico, ad hoc, es decir, el objeto de este contrato tiene como propósito únicamente la explotación de minerales.

## **VIII. El contrato de explotación minera y figuras afines**

En esta parte abordaremos la relación que tiene el contrato materia de estudio con las figuras legales del usufructo, el arrendamiento y la cesión minera, con quienes tiene muchas semejanzas y, a su vez, marcadas diferencias.

### **8.1. El contrato de explotación minera y el usufructo**

La doctrina moderna, a la cual nos hemos acogido (*supra* IV), acepta la tesis permisiva de que es posible explotar las minas bajo el título de usufructo, pues tanto el usufructuario como el operador minero tienen derecho a usar y

disfrutar un bien ajeno. No obstante ello, por nuestra parte consideramos que existen manifiestas diferencias y similitudes, las cuales resumimos a continuación:

**a) Diferencias:**

- El contrato de explotación minera nace siempre y únicamente por virtud de un negocio jurídico; el usufructo puede surgir además por mandato de la ley, por acto jurídico unilateral y por testamento (artículo 1000 del Código civil).
- El usufructo es un contrato de naturaleza civil; el contrato de explotación, de naturaleza minera.
- El usufructo recae tanto en bienes muebles como inmuebles; mas, el contrato de explotación afecta únicamente a estos últimos, como son las concesiones mineras.
- En el contrato de explotación se suele pactar como compensación a favor del titular un porcentaje del mineral extraído o un pago monetario producto de la liquidación final del mineral beneficiado, en tal caso, aquél tiene la facultad de exigir al operador de extraer determinada cantidad de minerales en cierto tiempo, pues ello trae consigo un beneficio económico directo a su favor; por su parte, en el usufructo el nudo propietario no tiene la obligación de hacer gozar al usufructuario de la cosa dada en usufructo, sino solamente permitirle plenamente su uso y goce.
- El contrato de explotación minera es por su naturaleza un acto oneroso que importa un sacrificio para cada una de las partes; por el contrario, el usufructo es generalmente gratuito (pero también puede no serlo).
- El usufructo es por su naturaleza un derecho temporal al que la ley fija plazos máximos, pero por lo general se extingue con la muerte del usufructuario (vitalicio) o al vencimiento del plazo por el que se constituyó, pero nunca es indefinido o perpetuo; el contrato de explotación, por su parte, no tiene un plazo fijo impuesto por ley, pero por su naturaleza también es temporal, aunque ello no obste que se pacte de forma indefinida hasta que los minerales existentes en el área de explotación se extingan completamente. El contrato de explotación no se extingue con la muerte del operador, pues el derecho a explotar es transmisible *mortis causa*.
- El usufructo es un derecho personal, pues –ya se dijo– se extingue siempre con la muerte del usufructuario; mientras que el contrato de explotación no tiene esa naturaleza sino es un contrato susceptible de ser

transmisible por herencia, por ello los herederos del operador pueden continuar operando la mina. En este último caso cuando se trata de minero artesanal, para seguir gozando los herederos de los beneficios que la ley otorga por tener esa calidad deben acreditarse como tal ante la autoridad minera, caso contrario se sujetarán al régimen común.

- El usufructuario está obligado a pagar las cargas usufructuarias (tributos, rentas, pensiones); en cambio el operador no tiene la obligación de pagar cualquier carga que pesa sobre la concesión (v. gr. derechos de vigencia y/o penalidad), salvo pacto en contrario.

#### **b) Similitudes**

- La similitud más destacable es que en ambos contratos se otorga el uso y disfrute de acuerdo a la naturaleza del bien. En el caso de la explotación minera al operador le estará permitido el desgaste progresivo de la concesión, que es su desgaste natural y ordinario, conforme a su destino económico, no respondiendo por aquello; en el usufructo el usufructuario tampoco responde del desgaste por el disfrute ordinario (artículo 1012 del Código civil). En los dos contratos existe la obligación de conservar la forma y sustancia del bien, es decir explotarlo de acuerdo con su destino económico. En el caso de usufructo sobre minas, el uso normal y acostumbrado será consumir el bien obteniendo el máximo provecho posible.
- En ambos contratos necesariamente coexisten dos derechos: el del nudo propietario y el del usufructuario, en caso del usufructo; y del titular y el del operador, en la explotación minera.
- Ambos derechos no se pueden adquirir por prescripción. En el usufructo porque el Código civil actual ya no regula esta modalidad de adquisición (como sí lo hacía el Código de 1936). En el contrato de explotación, de acuerdo a mandato constitucional (artículo 173) y la LGM (artículo II) los recursos minerales son imprescriptibles.
- Ambos derechos pueden ser transferidos, salvo cuando se hubiere prohibido expresamente.
- Se trata de derechos constituidos sobre bienes ajenos.
- Ambos son restricciones convencionales al derecho de propiedad y como tales susceptibles de inscripción en el Registro.
- Son estrictamente derechos temporales, limitados en el tiempo.

- Tanto el operador como el usufructuario tienen la obligación de defender el bien contra las usurpaciones de los terceros, mediante accesiones posesorias.

## **8.2. El contrato de explotación minera y el arrendamiento**

### **a) Diferencias**

- El contrato de explotación se rige por las reglas especiales de la legislación minera y supletoriamente por las reglas generales del Derecho común, es decir, por las reglas generales de los contratos contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código civil; mientras que el contrato de arrendamiento se rige por las reglas especiales relativas a los contratos nominados contenidas en la Sección Segunda de dicho Libro, en la que se encuentra regulado dicho contrato.
- El contrato de arrendamiento es de naturaleza civil; el contrato de explotación, de naturaleza minera.
- El contrato de explotación no constituye una forma de arrendamiento, aunque tengan características similares, pues el operador no podría cumplir con su obligación de devolver la concesión minera al titular, luego de vencido el plazo, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario; circunstancia que sí constituye obligación de arrendador, conforme lo establece el artículo 168, inciso 10, del Código civil.
- En el contrato de arrendamiento se otorga el uso del bien; en el contrato de explotación, el uso y disfrute de la concesión minera o una parte de ella.
- El arrendamiento es un derecho personal; la explotación minera, un derecho real de naturaleza administrativa.
- El plazo de duración del arrendamiento no puede exceder de 10 años; mientras que el contrato de explotación puede ser de plazo menor o superar ese límite, pues la ley no fija un plazo determinado, incluso puede ser indeterminado.
- El arrendamiento recae tanto en bienes muebles como inmuebles; el contrato de explotación minera únicamente afecta a estos últimos.
- El arrendatario puede subarrendar el bien, con asentimiento escrito del arrendador (artículo 1692 del Código civil); en cambio, el operador que está explotando una concesión o una parte de ella no podrá subcontratar a su vez con terceros sobre dicha concesión o una parte (artículo 170 de la LGM, de aplicación supletoria).



## **b) Similitudes**

- Ambos derechos pueden ser transferidos a un tercero, que se registrará por las reglas de la cesión de posición contractual.
- Existe en ambos contratos la obligación del locatario y titular de garantizar el uso y goce del bien al arrendatario y operador, respectivamente; aunque en el caso de la explotación minera ello se da con mayor énfasis, puesto que la extracción de minerales conlleva un beneficio directo al titular, cuando se pacta como contraprestación un porcentaje de los minerales extraídos o su valor.
- Ambos contratos nacen por negocio jurídico; ninguno tiene su fuente en la ley, la voluntad unilateral y el testamento.
- El derecho que pesa sobre ambos contratos son transmisibles por herencia.
- Por su naturaleza, ambos contratos son onerosos.
- Ambos son contratos inscribibles.

## **8.3. El contrato de explotación minera y la cesión minera**

### **a) Diferencias**

- El contrato de cesión minera está regulado expresamente en los artículos 166 al 171 de la LGM y 135 y 136 de su reglamento, rigiéndose además por los principios y consideraciones generales de dicha ley; por su parte, el contrato de explotación minera artesanal se rige por la Ley 27651 y el DS 013-2002-EM, pero también por los mismos principios y consideraciones generales de la LGM.
- Las partes intervinientes en el contrato de explotación son el titular minero y operador minero; en la cesión minera, el cedente (titular de la concesión) y el cesionario.
- En la cesión minera, el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente, es decir se comporta como si fuera el titular de la concesión; existe un desprendimiento de este último en su derecho. En el contrato de explotación, el operador tan solo adquiere el derecho a extraer minerales, no habiendo una sustitución de los demás derechos y obligaciones. Aquel es más amplio que este.
- En virtud de lo anterior, en la cesión se adquieren los derechos de explorar y explotar la concesión minera; en el contrato de explotación, solo esta última actividad.

- La cesión se otorga siempre sobre la totalidad de la concesión minera; en cambio, la explotación puede otorgarse también sobre una parte de ella, lo que posibilita la celebración de varios contratos de explotación, pero en diferentes áreas bien delimitadas y no superpuestas.
- En virtud de la cesión, el cesionario generalmente está obligado a pagar los derechos de vigencia y/o penalidad de la concesión cedida; en cambio, en la explotación minera esta obligación siempre recae sobre el titular.
- La cesión puede ser otorgada por cualquier persona titular de la concesión; en la explotación no en todos los casos, pues un minero artesanal no puede celebrar contratos de explotación sobre su concesión minera.
- Conforme al artículo 171 de la LGM, el contrato de cesión minera se resuelve por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Título Sexto, Capítulo I de dicha ley: trabajar y hacer producir la concesión minera, pagar del derecho de vigencia y/o penalidad, cumplir con la normatividad legal minera vigente y los estándares mineros y ambientales, tener los permisos propios para realizar actividad minera; además de aquellas causas que se hubiesen pactado en el contrato. El contrato de explotación, por su lado, se resuelve generalmente por causales expresamente pactadas por las partes en el contrato y por el incumplimiento de las normas ambientales por parte del operador, según lo estipula el artículo 19 de la Ley 27651.
- En cuanto a los requisitos para su inscripción, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros ha fijado que el contrato de cesión minera (artículo 32), cuando menos debe contener la siguiente información: a) la cesión que el titular hace de su derecho minero, como cedente, al cesionario; b) la sustitución del cesionario en todos los derechos y obligaciones del cedente; c) la compensación que abonará el cesionario al cedente; d) el plazo de la cesión. Mientras que los contratos de explotación (artículo 34) a que se refiere la Ley 27651, cuando menos, debe tener la siguiente información: a) en caso que el acuerdo o contrato sea sobre parte del área del derecho minero, deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, además de otras referencias de ser el caso; y, b) la contraprestación pactada.

#### **b) Semejanzas**

- Ambos son contratos mineros que se rigen por los principios y disposiciones generales de la LGM y supletoriamente por el Derecho común.
- Ambos contratos podrán ser transferidos en su totalidad a un tercero, con el consentimiento expreso del titular o cedente, según el caso, en cuyo supuesto se registrarán por las reglas de la cesión de posición contractual.
- Tanto el cesionario como el operador que estén operando una concesión o una parte de ella, según el caso, no podrán a su vez celebrar con terceros contratos de cesión minera o de explotación sobre dicha concesión o la parte. Es decir, están prohibidos de subcontratar (artículo 169 de la LGM).
- La ley no regula un plazo para ambos contratos, por lo que podrían ser de duración indeterminada; aunque, por su naturaleza, tienen un plazo determinado, sea porque la vigencia de la concesión minera está supeditada al cumplimiento de obligaciones, sea porque los minerales no son inagotables; lo cierto es que a ambos contratos no les serán aplicables los plazos máximos legales del arrendamiento y del usufructo.
- En ambos contratos se otorgan los derechos de usar y disfrutar la concesión minera, y se inscriben como carga en su partida registral correspondiente.
- Ambos contratos pueden coexistir, pero también pueden ser incompatibles. En el primer caso, cuando el titular de la concesión celebra contrato de cesión minera con el cesionario, y este, a su vez, con el operador, con consentimiento de aquel y dentro del plazo de la cesión. En el segundo, el titular de la concesión no podrá celebrar al mismo tiempo ambos contratos, pues tienen en común otorgar el derecho de explotación de minerales.

## **IX. Extinción del contrato**

Además de las causales que las partes pacten en virtud de su libertad contractual, el contrato de explotación minera puede extinguirse particularmente por:

### **9.1. Vencimiento del plazo**

Constituye la forma más usual de extinguir la relación jurídica entre el titular y el operador. El contrato de explotación es por su naturaleza un acuerdo *ad tempus* con cuya expiración se extingue. No obstante –como hemos visto– existen causales que extinguen la concesión minera, siendo la más usual la caducidad por el no pago de los derechos de vigencia o penalidad, por lo que

cualquiera fuese el plazo asignado a la duración del contrato, este se extingue por dichas causales, acaecidas antes de ese término.

## **9.2. No explotar la mina**

Cuando el operador minero no inicia labores de explotación en el área autorizada a partir de la fecha pactada en el contrato (v. gr. desde su celebración, cuando se obtengan los permisos administrativos necesarios, a partir de cierto monto mínimo de inversión u otra modalidad), el contrato se resolverá automáticamente.

Esta absoluta falta de aprovechamiento de la concesión minera constituye una sanción para el operador que no explota el yacimiento, quien tiene la obligación de hacer producir la mina, pues las utilidades obtenidas por los minerales extraídos benefician al titular, cuando así se haya pactado; inclusive la producción de sustancias minerales es una obligación para con el Estado, caso contrario se generaran penalidades anuales, y si continuase con el incumplimiento, se declarará la caducidad de la concesión, perjudicando al concesionario.

## **9.3. Transmitir el derecho sin autorización del titular**

La regla es que el operador no podrá transmitir íntegra o parcialmente su derecho de explotación, sin autorización previa o simultánea del titular. Si no mediare esta anuencia, el contrato se resolverá por dicha causa. El operador tampoco podrá enajenar la concesión minera dada en explotación, pues no cuenta con facultades de disposición, de hacerlo constituye no solo un abuso de derecho sino también un acto jurídico nulo. Solo podrá transmitir sus derechos de uso y goce, con permiso del titular.

## **9.4. Consolidación**

El contrato se resuelve automáticamente cuando en la misma persona se reúne las calidades de titular y operador mineros. La hipótesis común de suceder es el caso de que este último adquiere la titularidad de la concesión minera objeto de explotación bajo cualquier modalidad contractual: transferencia, donación, dación en pago u otro acto jurídico *inter vivos*; incluso vía *mortis causa*, cuando el operador resulta heredero o legatario. La otra hipótesis contraria puede ser discutida o por lo menos difícil de ocurrir: la adquisición del derecho de explotación por el titular de la concesión, determinado la consolidación en este.

## **9.5. Por extinción de la concesión minera**

Esta es una causal de resolución propia de todo contrato minero, por cuanto la vigencia de este se supedita a la vigencia de la concesión minera objeto

del contrato y, por tanto, el derecho del concesionario, cuya extinción, a su vez, incide directamente en el derecho del operador minero.

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación (artículos 58 y ss. de la LGM). La hipótesis más común de extinción es la caducidad que se produce por el no pago oportuno del derecho de vigencia y/o de la penalidad durante dos años consecutivos; el abandono, por incumplimiento del interesado de las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación; la nulidad, por haber sido formuladas por persona inhábil, por ejemplo por el Presidente de la República; la renuncia, por la dejación voluntaria y expresa de la concesión, siendo suficiente la solicitud que presente el titular; y la cancelación, cuando existe superposición a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable. La consecuencia de la extinción es la reversión de la concesión al Estado como su detentador originario.

### **9.6. Por terminarse los minerales**

Siendo la finalidad del contrato la extracción de minerales, no tendría razón de ser mantenerlo vigente cuando se han extinguido todos los minerales que yacían en el área de explotación, lo que implica la pérdida absoluta de su valor económico.

También se puede dar el caso que el mineral vaya perdiendo su potencia o ley de tal modo que ya no pueda obtenerse los provechos que inicialmente se proyectaron, en tal supuesto también podría ser susceptible de resolución.

¿Puede la destrucción total de la concesión minera ser causal de resolución? Este es un supuesto que difícilmente vaya ocurrir, aunque no es improbable: puede darse el caso que los minerales se encuentren diseminados en las inmediaciones de la superficie y, precisamente, la parte otorgada en explotación se destruya por causa de huaycos o deslizamiento de la tierra. Empero, consideramos que cuando se habla de destrucción del bien significa la desaparición total del valor económico de bien, en este caso de los minerales, que lo hace inapto para obtener provecho explotándolo.

### **9.7. Mutuo disenso**

Fundamentándose en el libre ejercicio de su autonomía privada (libertad contractual), el titular y operador pueden ponerle fin a la relación jurídica que los mantenía vinculados en virtud del contrato celebrado. Esta causal tiene como único requisito que todas las prestaciones a que estaban obligadas ambas partes no se hayan ejecutado completamente, caso contrario no podrá resolverse.

### **9.8. Incumplimiento del operador minero de las normas ambientales**

Esta constituye una causal especial para los casos de explotación minera artesanal regulada en el artículo 19 de la Ley 27651. El incumplimiento debe ser comprobado por la autoridad minera competente. Sin perjuicio de ello, el titular queda obligado a denunciar al operador ante dicha autoridad por los daños causados al ambiente por la ejecución incorrecta de sus operaciones mineras.

### **9.9. Resolución de pleno derecho y cláusula resolutoria expresa**

Siendo este un contrato con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del mismo y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios (artículos 1426 y 1428 del Código civil). Dicho requerimiento se hace mediante carta notarial para que se satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que, si no se cumple, el contrato quede resuelto de pleno derecho (artículo 1429 del Código civil).

También puede convenirse expresamente que el contrato de explotación se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión en el contrato. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica de forma indubitable (por lo general, vía notarial) a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria (artículo 1430 del Código civil). En caso no se haya pactado dicha cláusula no podrá resolverse por esta causa, debiendo recurrir a la vía judicial o arbitral para demandar la resolución.

### **9.10. Por resolución judicial**

El titular puede recurrir al juez cuando advierta alguna infracción del operador a los acuerdos pactados en el contrato de explotación, a fin que regule el uso o explotación de la concesión minera. Por ejemplo, cuando el operador subcontrate su derecho de explotación, deteriore las labores mineras (bocas de mina, galerías, chimeneas, caminos, etc.) o destruya los bienes muebles de propiedad del concesionario (rieles, carros mineros, winches tolvas, etc.); no efectúe las reparaciones ordinarias a la mina; no explote la mina en la forma normal y acostumbrada de acuerdo a las reglas, técnicas y procedimientos de la industria minera; entre otras. En dichos casos el juez puede declarar la extinción del contrato. Sin embargo, en la ocurrencia de estos supuestos, las partes previamente pueden llegar a un acuerdo, conciliación o transacción, inclusive valerse de la cláusula

resolutoria expresa (si así se ha pactado), no siendo necesario recurrir a la vía judicial.

Existen otras causales de resolución del contrato que podrían pactar las partes, inclusive pueden generarse causales por las circunstancias de su ejecución, por ejemplo: ¿la transferencia por el concesionario de su concesión extingue el contrato? Consideramos que no, por cuanto es una facultad del que goza todo propietario, pero el adquirente tendrá que soportar la explotación por constituir una carga que afecta la concesión.

## **X. Efectos jurídicos de la extinción**

La consecuencia lógica y primordial de la extinción del contrato de explotación es el restablecimiento del dominio al titular de toda la concesión minera o de la parte otorgada en explotación en el estado en que se encuentre, con todas sus partes integrantes y accesorias. En el caso de terminación de los minerales, aun cuando estos no existan, igualmente opera la devolución. En dichos casos, los efectos producidos son sin perjuicio de las obligaciones de remediación ambiental a que hubiere lugar.

En el caso particular de la consolidación en favor del operador minero no hay restablecimiento del dominio al titular, sino que este se queda en favor de aquél.

Debe exceptuarse el caso de extinción de la concesión que implica la pérdida de titularidad del concesionario y por consiguiente su reversión directamente al Estado.

Evidentemente, cuando una parte incumple determinada obligación a su cargo, la otra puede solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

## **XI. Importancia**

La importancia de la explotación de los yacimientos mineros debe ser vista desde dos perspectivas fundamentales: económica y social.

La función económica se concreta en la generación de riqueza no solo para quien explota directamente la mina (operador), convirtiéndose en propietario de los minerales extraídos, sino también para el titular (concesionario) a quien se le compensa económicamente por el uso de su concesión. De igual manera, resulta provechoso para el Estado a quien se le debe retribuir económicamente con el pago de regalías y canon por el aprovechamiento de los recursos minerales –de los cuales es titular dominial en representación de la Nación–, y por derechos de vigencia y/o penalidad por el mantenimiento de la concesión minera.

Con los recursos económicos obtenidos, el Estado puede hacer frente a las distintas obligaciones de carácter económico, social y ambiental dentro de la circunscripción territorial donde se lleva a cabo la explotación, y con respecto a la comunidad en general. Recordemos que el aprovechamiento de los recursos minerales debe realizarse dentro de un marco de interés social y necesidad pública. Esta constituye la función social de la explotación minera.

La función social de la explotación de los recursos minerales ha sido advertida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0048-2004-PI/TC de fecha 1 de abril de 2005, fundamento 29, en los siguientes términos:

Su explotación [de los recursos minerales] no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida por los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales – como expresión de la heredad nacional – reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como expresión jurídico-política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

Sobre el particular, el jurista chileno Alejandro Vergara Blanco también ha señalado:

A través de la institución de la concesión, tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para contabilizar sus dos intereses propios: el interés del particular de adquirir un derecho de explotación, y satisfacer así su deseo de obtener ventajas personales; y el interés del Estado de satisfacer el interés público permitiendo y promoviendo la explotación de las riquezas minerales, sin menoscabo del interés común.<sup>69</sup>

Para el caso de la minería artesanal igualmente se manifiesta esa doble perspectiva, pues la celebración del contrato de explotación conlleva un beneficio económico no sólo a favor del operador y de sus familias, como medio de sustento, sino también para las poblaciones aledañas al área de extracción, que son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo. Desde luego su importancia también radica en que constituye un instrumento legal destinado a contribuir con el proceso de formalización minera.

En concreto, todo el proceso de la industria minera de la explotación se fundamenta en el interés económico del explotador. Este elemento, subjetivo, constituye la máxima expresión para aquel que, de mutuo propio o por medio de otro, ansía extraer minerales. Luego, siendo las materias primas depositadas en su fuente natural patrimonio de la Nación, mientras no sean extraídas por un particular, implica que su explotación no puede ser

---

<sup>69</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 259.



separada del interés nacional, cuya salvaguarda corresponde al Estado como soberano pleno y total en su aprovechamiento; y es a partir de esta expresión de dominio<sup>70</sup> que se activa un interés social no solo para la localidad de donde se extrae el mineral sino para la sociedad en su conjunto.

El fundamento social trae consigo, a su vez, la atribución del Estado de controlar y fiscalizar que las actividades mineras extractivas se lleven a cabo respetando el medio donde se ejercen, así como de exigir a los particulares una contribución económica por el aprovechamiento de los recursos minerales. Aunque el interés social también lleva implícito un interés económico del Estado, dentro de su actividad empresarial, que se concreta en tener recursos para solventar sus obligaciones públicas.

Como puede apreciarse ambos intereses son indesligables, corren como dos caras de una misma moneda. La razón no es otra cosa que el interés social de la explotación de los recursos minerales.

## **XII. Comentarios al artículo 34 del reglamento de inscripciones del registro de derechos mineros**

El artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, aprobado por Resolución 052-2004-SUNARP-SN, regula como acto inscribible en dicho registro al contrato minero materia comentario bajo los siguientes términos:

Artículo 34.- Acuerdos o Contratos de Explotación a que se refiere la Ley de Promoción y Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal

El acuerdo o contrato de explotación a que se refiere la Ley de Promoción y Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, para su inscripción debe contener, cuando menos, la siguiente información:

- a) En caso que el acuerdo o contrato sea sobre parte del área del derecho minero, deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, además de otras referencias de ser el caso;
- b) Contraprestación pactada.

Estoy convencido que el proceso de formalización minera requiere de un mecanismo legal ágil y simplificado en todas las instancias públicas que intervienen en dicho proceso que permita facilitar los trámites al minero informal, de tal manera que no le demande tiempo y recursos excesivos (aspectos estos que, como se ha visto, han sido determinantes para frenar o,

---

<sup>70</sup> Ello se sustenta en el sistema dominialista que nuestra legislación ha adoptado (art. 66 de la Constitución), según el cual los yacimientos mineros pertenecen a la Nación, y el Estado, como ente jurídico representativo de esta, los explota de manera soberana, sea por él mismo o por medio de particulares mediante el régimen de concesiones.

en el mejor de los casos, prolongar su formalización). Evidentemente, todas estas acciones deben procurarse dentro de un marco de preservación del medio ambiente y el beneficio social.

Los Registros Públicos, en tanto institución que vela por la seguridad jurídica de los derechos, juega un rol preponderante para poder cumplir con el ordenamiento de la minería a pequeña escala, pues su intervención, dentro del marco de sus competencias legales, coadyuva a la formalización minera (iniciada o continuada, según sea el caso) con la publicitación de la titularidad de la concesión minera, del contrato de cesión minera y del contrato de explotación en el Registro de Derechos Mineros y de los derechos (uso, habitación, servidumbre) sobre los terrenos superficiales en donde la concesión se ubica en el Registro de Predios. Recordemos que uno de los requisitos que debe acreditar el minero informal inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera (a cargo de la Dirección General de Formalización Minera del MINEM) ante las Direcciones Regionales de Energía y Minas es la titularidad, contrato de cesión o contrato de explotación respecto de la concesión minera donde va desarrollar su actividad, así como los derechos sobre el terreno superficial. Y dicha titularidad se comprueba con su inscripción en el Registro.

En consecuencia, **el Registro no debe convertirse en un cuello de botella para los mineros informales que restrinja avanzar en su proceso de formalización.**

Dicho esto, considero que el artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros es, en cierta forma, bastante escueto en su regulación sobre el contrato de explotación minera artesanal, aunque ello no supone que sea deficiente, mas sí que ha omitido algunos elementos relevantes para terceros que debe contener el contrato para su inscripción, lo cual no supone –de ninguna manera– cargar al minero informal de mayores requisitos que traben el camino hacia su formalización.

En mi criterio debió considerarse la siguiente información mínima que debe contener el contrato relevante para terceros:

- a) En caso que el contrato sea sobre una parte del área de la concesión minera, además de la identificación mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, deberá identificarse dicha área en metros o hectáreas.
- b) La contraprestación pactada.

- c) Que el área materia de contrato de explotación no perjudica el derecho del operador por la existencia de otro contrato de explotación inscrito.
- d) Que el titular minero no se encuentra incurso en el impedimento establecido en el segundo párrafo del artículo 24 del Decreto Supremo 013-2002-EM.<sup>71</sup>

Los requisitos contenidos en los ítems b) y c) también podrían ser presentados mediante declaraciones juradas del titular con firmas legalizadas por notario o funcionario de Sunarp, por ser requisitos cuya ausencia no invalidan el contrato. No consideramos –como sí lo hace el Proyecto del Nuevo Reglamento del Registro de Derechos Mineros publicado en el año 2012 por la SUNARP, que a la fecha lamentablemente no se publica– que debe incluirse una declaración jurada del operador minero indicando que desarrollará actividad minera artesanal, por cuanto basta la voluntad explicitada de las partes en el sentido de celebrar un contrato de explotación minera artesanal al amparo de la Ley 27651 y su reglamento, para entender que el operador minero al amparo de dicho contrato desarrollara actividad minera artesanal y no otras.

Con relación al inciso a) del artículo 34 bajo comentario, conviene remitirnos al artículo 12, inciso g), y segundo párrafo del artículo 21 del Decreto Supremo 013-2002-EM que es más específico al señalar que de resultar insuficientes las coordenadas UTM para delimitar la zona objeto de explotación exclusiva a favor del minero artesanal deberá indicarse, en calidad de límites, la cota superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación. Asimismo, es relevante para terceros que se publicite el área objeto de explotación, sea en hectáreas, metros cuadrados u otro criterio aceptable.

Si bien son estos los requisitos mínimos que debe contener el contrato de explotación minera para su acceso al Registro, su configuración no debe excluir, bajo pena de desnaturalizarse, los otros elementos esenciales que hemos desarrollado a lo largo del presente artículo, tales como: objeto, finalidad, plazo, obligaciones y derechos de las partes contratantes, cláusulas expresas de resolución, las condiciones de la explotación, la declaración que el titular de la concesión no tiene la condición de minero artesanal, entre

---

<sup>71</sup>“**Artículo 24°.- Imposibilidad de celebrar acuerdos o contratos de explotación**

No se celebrarán acuerdos o contratos de explotación en casos de invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver. Los acuerdos o contratos de explotación tampoco podrán celebrarse sobre derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales”.

otros que convengan en incluir las partes, los cuales van a delimitar su naturaleza.

Además, en virtud de los artículos 104 y 163 de la LGM, y del principio de titulación auténtica<sup>72</sup> que rige nuestro sistema registral, el contrato de explotación minera y todos los actos y derechos posteriores vinculados a él, deben constar en instrumento público para su inscripción en la partida abierta para la concesión minera en el Registro de Derechos Mineros, y pueda tener eficacia y validez frente al Estado y terceros, esto es, gozar de plena oponibilidad. Adicionalmente a la formalidad requerida, deben abonarse las tasas registrales correspondientes por concepto de calificación e inscripción.

El instrumento público, cuyo título fehaciente es el respectivo parte notarial, será calificado por el registrador conforme a las reglas especiales contenidas en el Reglamento del Registro de Derechos Mineros y las reglas generales señaladas en el Reglamento General de los Registros Públicos, así como las disposiciones y principios de la LGM y normas complementarias.

Finalmente, cabe señalar que el Registro de Derechos Mineros es un registro jurídico que forma parte del Registro de Propiedad Inmueble, a cargo de los Órganos Desconcentrados de la Sunarp, en el cual se inscriben las concesiones y los actos, contratos y derechos vinculados a ellas, a que se refiere la LGM y demás disposiciones legales pertinentes.

### **XIII. Algunas cuestiones planteadas en la jurisprudencia registral sobre contratos de explotación minera**

Dada la importancia que hoy en día tiene este contrato en la industria minera, fundamentalmente porque constituye un requisito (alternativo) que debe cumplir el minero informal en el procedimiento administrativo de formalización minera de la pequeña minería y minería artesanal, a fin de lograr su formalidad y poder operar dentro del marco legal vigente, creemos conveniente en esta parte analizar algunos pronunciamientos

---

<sup>72</sup> El artículo 2010 del Código Civil concordante con el artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos regulan que “la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”. “A este principio de titulación auténtica se refiere Antonio Manzano Solano [Derecho Registral Inmobiliario, Volumen 11, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994], expresando que “(n)o basta, sin embargo, cualquier título o documento, sino que, además, ha de ser documento público y auténtico. Esta sería la segunda nota básica del procedimiento registral en nuestro sistema: principio de documentación pública frente al principio de documentación privada. Es insuficiente, pues, que los documentos que contengan derechos inscribibles estén solamente suscritos por los interesados; precisa que en su creación haya intervenido una persona dotada por el Estado de facultades legales para conferirles carácter de públicos y auténticos” (resolución 849-2019-SUNARP-TR-L de 29.3.2019, fundamento 4).

jurisprudenciales del Tribunal Registral sobre esta figura contractual, los mismos que complementan nuestros comentarios al artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros.

Los pronunciamientos de la segunda instancia registral sobre los contratos de explotación minera, particularmente la artesanal, han sido profusos en los últimos años, a causa –sin duda– de las acciones llevadas a cabo por el Estado en este tiempo en materia de interdicción de la minería ilegal y la formalización de la minería informal.

En efecto, recordemos que uno de los pasos para la formalización de la actividad minera de la pequeña minería y minería artesanal, conforme al artículo 4° del Decreto Legislativo 1105, y para la culminación del proceso de formalización minera integral a que se refiere el artículo 3° del Decreto Legislativo 1336<sup>73</sup>, es la acreditación alternativa de titularidad del derecho minero mediante contratos de cesión o de explotación mineras debidamente inscritos en los Registros Públicos. Lo cual, evidentemente, obligaba al sujeto de formalización acudir al Registro a fin de inscribir su derecho y poder acreditarlo ante la autoridad minera competente. Por ello, el número de solicitudes de inscripción se ha visto incrementado y, en consecuencia, susceptibles de apelación ante el Tribunal Registral.

En ese sentido, en esta parte del trabajo abordaremos de manera resumida las cuestiones más importantes que se ha venido dando producto de la calificación negativa del registrador y que el Tribunal Registral ha tenido que resolver.

### **13.1. Exclusividad del contrato de explotación minera**

En el CLXXIII Pleno del Tribunal Registral llevado a cabo en sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el 26 de enero de 2017 y continuada en sesión extraordinaria modalidad presencial el 3 de febrero de 2017, se aprobó el siguiente acuerdo plenario (el único, de los tres que hasta

---

<sup>73</sup> “**Artículo 3.- Requisitos para la culminación de la Formalización minera integral**

3.1 La formalización minera integral, puede ser iniciada o continuada, según sea el caso, por el sujeto inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera que realiza su actividad cumpliendo con lo siguiente:

1. Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal - IGAFOM o del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo cuando corresponda.

2. Acreditación de Propiedad o Autorización de Uso del Terreno Superficial.

**3. Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión o Contrato de Explotación respecto de la concesión minera.**

[...]”.

ahora se han aprobado sobre el Registro de Derechos Mineros, sobre el contrato *submateria*)<sup>74</sup>:

### **Exclusividad del contrato de explotación minera**

Para inscribir contratos de explotación minera celebrados individualmente con distintos mineros artesanales, debe precisarse en el contrato el polígono que le corresponde en forma exclusiva a cada minero artesanal.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Los denominados “acuerdos plenarios” si bien no vinculan a los registradores en la primera instancia, sí deben ser cumplidos de manera obligatoria por todos los vocales integrantes de las cinco salas que conforman el Tribunal Registral. A diferencia de los precedentes, los acuerdos plenarios no están regulados en el RGRP, ni expresamente en otra norma de carácter registral. Ha sido el propio Tribunal quien lo ha desarrollado mediante plenos registrales. De esta manera se estableció en el IV Pleno Registral, llevado a cabo los días 6 y 7 de junio de 2003, que “*los acuerdos de Sala Plena del Tribunal Registral obligan a sus miembros como pacto vinculante*”. Luego de aprobado un acuerdo, el criterio contenido en este es de aplicación inmediata sobre otros anteriores.

Al no tener los acuerdos plenarios efecto vinculante para los registradores públicos en la primera instancia, su inaplicación por estos no genera responsabilidades funcionales (como sí sucedería en caso de inaplicación de un precedente), pero ello no obsta que dichos acuerdos sí puedan ser empleados en la calificación registral de los títulos presentados al registro en tanto faciliten y propicien las inscripciones, ya que en caso el registrador no aplique un determinado acuerdo plenario, ante la eventual apelación del título por parte del administrado, el Tribunal Registral, como segunda y última instancia administrativa, sí estará obligado a aplicar dicho acuerdo y, por tanto, revocará o confirmará la observación, liquidación o tacha sustantiva, según sea el caso.

Por ello, la aplicación de los acuerdos plenarios por los registradores solo se justifica en la medida que garantiza la igualdad ante la ley de los administrados y la seguridad jurídica, promueve la uniformización de criterios y la predictibilidad registrales a favor de los mismos, impide la actuación arbitraria de dichos funcionarios públicos, todo lo cual conlleva a una administración pública registral eficiente y veraz.

Para mayor conocimiento sobre los acuerdos plenarios, véase nuestro trabajo titulado: “*LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE PETITORIOS MINEROS. Comentarios al acuerdo plenario registral sobre derechos mineros y su incidencia en el tráfico jurídico patrimonial.*” Actualidad Civil 24, Instituto Pacífico, Lima, julio 2016, pp. 300-355.

<sup>75</sup> Cabe precisar que inicialmente el Tribunal Registral mediante las resoluciones 2635-2016-SUNARP-TR-L y otras, tales como las numeradas del 8 al 16-2017-SUNARPTR-L que han seguido el mismo criterio, estableció que es posible pactar en el contrato de explotación como área de trabajo una en el que pueden realizar la explotación diversos mineros artesanales y no solo el minero artesanal con el que se contrata, acogiendo el planteamiento del apelante que invocaba: «El operador minero se puede desplazar e incrementar su área de trabajo dentro de las 6 ha. del polígono y, que delimitar un área más pequeña para cada minero, lo limitaría en crecimiento y en desplazamiento dentro del área de trabajo».

Es decir –a criterio del Tribunal–, la normatividad que rige la actividad minera posibilita la existencia de cotitularidad de derechos explotación minera, lo cual se estaría dando en el presente caso, no siendo necesario indicar una alícuota, ni área individualizada, de cada minero artesanal puesto que no existe norma que lo obligue, cuando esta es ejercida en forma conjunta. Si bien es cierto que en principio la normativa minera niega la posibilidad de una cotitularidad respecto a las concesiones mineras, sin embargo con el fin de viabilizar la formalización de la minería

Son fundamentos del acuerdo los siguientes (los que han sido descritos en las resoluciones <sup>s</sup> 334-2017-SUNARP-TR-L, 335, 337, 338 y de 340 a 350 todas del 14.2.2017).

- En el "Anexo A" se aprecia que se ha descrito un polígono cerrado señalando sus coordenadas UTM en sus dos sistemas (PSAD 56 y WGS84); sin embargo, en este polígono que demarca de manera referencial el área total que ocupa seis (6) has., ejercerán labores mineras diversos mineros informales.
- Estamos de acuerdo con los fundamentos de la denegatoria formulada por la Registradora, en cuanto exige precisión en la cláusula tercera respecto al "área de trabajo" que en concreto le corresponde al minero artesanal. La Registradora no señala que no es procedente la inscripción de más de un acuerdo o contrato de explotación sobre una misma concesión minera, como se afirma en las Resoluciones del Tribunal Registral ya emitidas; porque sería contrario a la norma del Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería Artesanal (Art. 21).
- Claro que esto es posible, pero **cada contrato de explotación otorgado a un minero informal debe ser exclusivo y encontrarse delimitado**. Nótese que esta norma señala, además, que si el acuerdo o contrato es sobre parte del derecho minero deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM y, de resultar insuficientes estas, para delimitar la zona objeto de explotación exclusiva a favor del minero artesanal deberá indicarse, en calidad de límites, la cota superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.
- Dicha norma también se repite en el artículo 12 del citado Reglamento de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería Artesanal, pues también señala que en caso que el acuerdo o contrato sea sobre parte del área del derecho minero, deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM. De resultar insuficientes las coordenadas UTM para delimitar la zona objeto de explotación exclusiva a favor del minero artesanal deberá indicarse, en calidad de límites la cota superior e inferior con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.
- Las normas hacen referencia a la zona objeto de explotación exclusiva a favor del minero artesanal, lo cual no se ha cumplido en señalar en el presente contrato respecto al minero artesanal. El artículo 12.g) del citado Reglamento de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería Artesanal señala que el productor minero artesanal puede ser una persona natural o una persona jurídica o persona jurídica conformada por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos. Es

---

informal, se ha previsto que el titular de una concesión pueda suscribir más de un contrato de explotación con terceros.

decir, el productor minero artesanal puede ser una persona natural o una persona jurídica o una persona jurídica conformada por personas naturales.

- El artículo 13 de mismo Reglamento establece que la Dirección General de Minería verificará que el declarante cumpla con los tres supuestos previstos en el artículo 91 del TUO de la Ley, considerando para el efecto la suma de las áreas correspondientes a denuncios, petitorios y concesiones mineras, referida a la provincia o provincias colindantes donde desarrolla sus actividades artesanales, que estén bajo las siguientes condiciones:
  - a. A título personal o en sociedad conyugal.
  - b. De los que es cesionario.
  - c. Áreas sujetas a un Acuerdo o Contrato de Explotación.
  - d. Solicitados en calidad de copeticionarios, en la proporción correspondiente.
- Los 3 supuestos están acotados en el artículo 91 del TUO de la Ley General de Minería, esto es, son productores mineros artesanales los que: 1) En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; 2) Posean, por cualquier título, hasta un mil (1,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la presente ley; y, además; 3) Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de veinticinco (25) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta cien (100) toneladas métricas por día. En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de doscientos (200) metros cúbicos por día. La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal se acreditará ante la Dirección General de Minería mediante declaración jurada bienal.

Es decir, para que la Dirección General de Minería reconozca la condición de minero artesanal debe tenerse en cuenta que se posea por cualquier título hasta el área que la ley señala; lo cual no será posible contabilizar de manera exacta si se ejerce la explotación de manera indeterminada en un área de 6 hectáreas como se pretende.

- En tal sentido, el minero artesanal puede suscribir contratos de explotación como persona natural o como conjunto de personas naturales o como persona jurídica conformada por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras, debiendo tener una zona objeto de explotación exclusiva; lo cual se condice también con la extensión de su responsabilidad a dicha área.
- En el presente caso, el contrato de explotación es con el minero artesanal, es decir con una persona natural y no con un conjunto de personas naturales, por



lo que debe darse cumplimiento a la norma, delimitándose el área de explotación que le corresponde.

- El apelante sostiene que el operador minero se puede desplazar e incrementar su área de trabajo dentro de las 6 hectáreas del polígono y que delimitar un área más pequeña para cada minero lo limitaría en crecimiento y desplazamiento dentro del área de trabajo. Precisamente lo que sostiene el apelante va contra ley, pues en las normas reseñadas (artículos 12 y 21) del Reglamento de Ley de formalización y promoción de la pequeña minería artesanal se precisa que el área de explotación exclusiva del minero artesanal debe ser delimitada.
- La ley busca formalizar la minería informal, pero ordenadamente, de tal manera que el área de explotación esté debidamente delimitada y sujeta a responsabilidad por cada minero artesanal, sino lo fuera se incrementaría el conflicto y se diluiría la determinación de responsabilidades.
- La normativa que rige la actividad minera posibilita la existencia de cotitularidad de derechos de explotación minera, siempre y cuando el contrato sea con un conjunto de personas naturales, lo cual no ocurre en el presente caso, no obstante que existe norma expresa que lo obliga, el artículo 21 del Reglamento de la Ley de formalización y promoción de la pequeña minería artesanal.
- La única forma que un número determinable de mineros artesanales puedan acceder a la misma área a través de un contrato de explotación es de manera asociada. Esto es, atendiendo a la naturaleza jurídica de la concesión minera, el titular minero no podría desconocer o trastocarla arbitrariamente. Solo podría hacer lo que las normas de formalización le permiten expresamente. No existe norma que autorice conceder varios contratos sobre la misma área para distintos mineros artesanales.
- No se puede celebrar varios contratos sobre la misma parte del derecho minero. Podría celebrar varios contratos sobre diferentes partes y obviamente, cada parte tendría que estar correctamente determinada. En todo caso lo que establece la norma es que varios mineros podrían explotar una misma área, pero dividida en cotas (es decir niveles del subsuelo) (artículos 12.g y 21 del Reglamento de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal).
- En el numeral 1.5.4 se transcribe el texto del artículo 6 del Decreto Legislativo 1105: "Mediante la suscripción del acuerdo o contrato de explotación, el titular del derecho minero quedará liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo que asume el minero interesado en su formalización".
- Si un número indeterminado de mineros artesanales (que puede ir aumentando indefinidamente) suscribe contratos de explotación sobre la misma poligonal ¿quién asumiría dicha responsabilidad? La idea de la norma siempre es que se pueda determinar al responsable de los daños ambientales y de seguridad y salud.

- En esa línea, el artículo 24 del Reglamento de la Ley de formalización y promoción de la pequeña minería artesanal, establece que los acuerdos o contratos de explotación no se podrán celebrar sobre derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales. Es decir, como ya se señaló, no se puede celebrar varios contratos sobre la misma parte del derecho minero.
- Puede concluirse, entonces, que para inscribir contratos de explotación minera celebrados individualmente con distintos mineros artesanales debe precisarse en el contrato el polígono que le corresponde en forma exclusiva a cada minero artesanal.

### **Para inscribir un contrato de explotación minera es requisito que obre registrada la concesión minera**

Esta posición ha sido asumida en las resoluciones <sup>s</sup> 317-2013-SUNARP-TR-T del 2.8.2013 y 290-2013-SUNARP-TR-T del 12.7.2013 emitidas por la Cuarta Sala del Tribunal Registral de Trujillo. Los principales fundamentos se resumen de la siguiente manera:

El petitorio es un pedido o solicitud ante la autoridad minera competente (INGEMMET o DREM) que da inicio al procedimiento administrativo para obtener una concesión minera, el cual otorga tan sólo un derecho real expectativo o en formación que tendrá existencia jurídica cuando se otorgue el título definitivo de concesión. En ese sentido, el petitorio minero no da derecho a realizar actividades de exploración y explotación de minerales sino es recién con dicho título que el Estado habilita al concesionario un derecho real concreto para realizar exclusivamente actividades mineras de exploración y explotación de los recursos minerales concedidos que se encuentren dentro de una superficie debidamente delimitada, conforme a lo establecido en el título y las leyes vigentes, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan, conforme lo han dispuesto los artículos 9 y 27 de la LGM.

A su vez, el artículo 18 del D.S. N° 013-2002-EM establece que *“(p)or el acuerdo o contrato de explotación el titular de un derecho minero autoriza a personas naturales o jurídicas a desarrollar actividad minera artesanal para extraer minerales en una parte o en el área total de su concesión minera, a cambio de una contraprestación”*.

Por tal motivo, no se puede inscribir un contrato de explotación minera en una partida abierta para un petitorio minero, sino que previamente debe inscribirse la concesión minera objeto del contrato y posteriormente dicho contrato.

### **13.2. ¿Se necesita de la intervención del cónyuge del operador minero para suscripción del contrato de explotación minera?**

El Tribunal Registral ha señalado mediante las resoluciones s 1182-2012-SUNARP-TR-L del 15.8.2012, 374-2014-SUNARP-TR-A y 368-2014-SUNARP-TR-A, ambas del 18.7.2014, y 361-2014-SUNARP-TR-A del 17.7.2014, que no se requiere la intervención del cónyuge del contratante a favor de quien se ha constituido el contrato de explotación minera, es decir, la cónyuge del operador minero, pues este contrato no constituye un acto de adquisición, disposición o gravamen de un bien inmueble. Se fundamenta en el artículo 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros<sup>76</sup>, concordante con el artículo 315 del Código Civil<sup>77</sup>, que señalan que cuando se trate de la inscripción de los actos o contratos de adquisición, disposición o gravamen de una concesión que tenga la calidad de bien social, se requiere la intervención conjunta de los cónyuges.

Se señala que, de acuerdo a la naturaleza el contrato de explotación minera, el titular del derecho minero únicamente autoriza y aprueba el desarrollo de la actividad extractiva de minerales en toda o parte de su concesión a favor de un tercero, quien por su lado no adquiere el derecho que le otorga el titular sino tan solo se encuentra autorizado ejercer labores de explotación de minerales (del cual sí es titular y lo puede disponer), sujeto a la normatividad minera y ambiental; consecuentemente, al no tratarse de un acto de disposición, no se requiere la intervención del cónyuge.

Sin embargo –a nuestro entender, según ya lo hemos dejado expuesto *supra* IV–, si bien el contrato de explotación no constituye un acto de transferencia o adquisición de la concesión minera o parte de ella, sí constituye estrictamente una carga que es asimilable al gravamen<sup>78</sup>, y por tanto, cae dentro del supuesto de los artículos 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros y 315 del Código Civil, requiriéndose la intervención de ambos cónyuges. Con mayor razón en el caso del cónyuge

---

<sup>76</sup> **Artículo 17.- Intervención conjunta de los cónyuges:** “Para la inscripción de los actos o contratos de adquisición, disposición o gravamen de una concesión que tenga calidad de bien social, deberá constar en el título la intervención de ambos cónyuges”.

<sup>77</sup> **Artículo 315.- Disposición de los bienes sociales:** “Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales”.

<sup>78</sup> El propio Tribunal Registral ha señalado que “*gravamen y carga reales constituyen una sola categoría jurídica de situación pasiva en la que se encuentra el titular de un derecho real respecto del titular de otro derecho real que recae sobre el mismo bien, que determina que el sujeto pasivo soporte o sufra las consecuencias del ejercicio de su derecho por parte del sujeto pasivo*” (resolución 137-2007-SUNARP-TR-T de 19 de junio de 2007).

del titular minero que con la entrega de su concesión para su explotación por otro, está autorizando el consumo de los minerales explotados, los cuales una vez terminados la concesión minera dejará de tener valor económico, y como tal el patrimonio del titular habrá disminuido.

### **13.3. El titular de la concesión minera que tiene la calidad de minero artesanal no puede celebrar contratos de explotación minera**

Criterio expuesto en las resoluciones <sup>s</sup> 299-2015-SUNARP-TR-T de 1.6.2015 y 248-2014-SUNARP-TR-A de 15.5.2014, aunque existe disposición legal expresa que así lo señala, por lo que solo bastaba su aplicación en la calificación registral.

Así, el artículo 24 del D.S. 013-2002-EM establece prohibiciones para celebrar contratos de explotación minera, disponiendo que *“no se celebrarán acuerdos o contratos de explotación en casos de invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver. Los acuerdos o contratos de explotación tampoco podrán celebrarse sobre derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales”*.

De esta modo, en caso un productor minero artesanal celebre contrato de explotación minera, este devendrá en nulo por la falta de capacidad del sujeto, de conformidad con el artículo 2019, inciso 1, del Código civil.

Por tal motivo, considerando que existe prohibición expresa establecida en la ley que regula este tipo de contrato, debe el registro tener certeza de que el contrato de explotación minera a inscribir no se encuentra transgrediendo la norma prevista en el artículo 24 citado; por lo que, además de los requisitos que establece el artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, para la inscripción de un contrato de explotación minera debe el titular de la concesión minera acreditar que no tiene la calidad de minero artesanal.

La acreditación puede efectuarse con cualquiera de las siguientes formas: inserción en el contrato de una cláusula declarando el titular que no tiene la condición de minero artesanal, ajuntando declaración jurada del titular con firmas legalizadas por notario señalando dicha calidad, o presentando la constancia emitida por la Dirección de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas en donde se señale que el titular no tiene dicha calificación. Cabe señalar que mediante las resoluciones jurisprudenciales pareciera entenderse que para el Tribunal Registral la única forma de acreditar es mediante este último documento, sin embargo consideramos que las dos primeras también son totalmente válidas.

Asimismo, debe tenerse presente que si quien celebra el contrato de explotación es el cesionario, la acreditación de que no tiene la condición de minero artesanal debe recaer en este, más no en el titular de la concesión, ello por cuanto en virtud del contrato de cesión regulado en el artículo 166 de la LGM, el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente. Así se ha establecido en las resoluciones s 1152-2015-SUNARP-TR-L del 12.6.2015, 299-2015-SUNARP-TR-T del 1.6.2015 y 248-2014-SUNARP-TR-A del 15.5.2014.

Cabe señalar que este criterio al ser reiterado podría ser sometido a debate en un pleno registral para su eventual aprobación como precedente de observancia obligatoria, conforme al artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos.

#### **13.4. ¿Desde cuándo surte efectos el contrato de explotación minera?**

Mediante resolución 189-2018-SUNARP-TR-A de 23.3.2018, la Quinta Sala Registral con sede en Arequipa ha precisado que el contrato de explotación minera surte efectos entre las partes desde su celebración; sin embargo, para que surta efectos frente a terceros y frente al Estado se requiere que sea elevado a escritura pública e inscrito.

El registrador observó el título porque el contrato indicaba como fecha de inicio el 13.11.2017, sin embargo la fecha de la escritura pública es del 28.11.2017, no pudiendo el inicio del contrato ser anterior a la fecha del instrumento público que los formalizó. El apelante, por su parte, alegó que no existe ninguna norma que señale que el mismo día que se firme una minuta se tiene que elevarse a escritura pública. Entonces, la controversia giró a determinar si la fecha de inicio del contrato de explotación minera anterior a la emisión de la escritura pública que lo contiene impide la inscripción de dicho contrato.

Para resolver el caso, el Tribunal se sustentó, fundamentalmente, en la interpretación conjunta del artículo 106 de la Ley General de Minería, que señala que los actos, contratos y resoluciones no inscritos, no surten efecto frente al Estado ni frente a terceros, y el artículo 163 de la misma Ley, que contempla que los contratos mineros constarán en escritura pública y deberán inscribirse en el Registro Público de Minería, para que surtan efecto frente al Estado y terceros. De dichas normas se desprende –dice el Tribunal– que “los contratos mineros surten efectos frente al Estado y frente a terceros una vez que se produce su inscripción, empero respecto de los otorgante del contrato, los efectos se producen de acuerdo a los términos planteados por aquellos, por lo tanto no cabe la posibilidad que en sede registral se cuestione

la fecha de inicio del contrato cuando los propios otorgantes han pactado que comienza el mismo día de suscripción de la minuta que con posterioridad ha sido elevado a escritura pública”.

**13.5. ¿Es obligatorio para el usuario el uso de modelos publicados en la página web de la SUNARP sobre el contrato de explotación?**

En la misma resolución 189-2018-SUNARP-TR-A también se discutió si era obligatorio que se use el contrato-modelo de explotación publicado en la página web de la SUNARP, exigido por el registrador y rechazado por el usuario. El Tribunal revocó la observación en base a los siguientes fundamentos:

“De otro lado, es menester precisar que mediante Decreto Legislativo N° 1105 que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, se aprobaron los formatos a utilizarse en dichos procesos. Al respecto, puede advertirse del Anexo N° 2 — Modelo de acuerdo o contrato de explotación aprobado, que éste no comprende dentro de sus cláusulas la declaración efectuada por el titular minero respecto al retiro que debería facilitar próximas explotaciones; sin embargo, respecto al esquema en general, el contrato presentado cumple con el requerimiento que contiene el Decreto citado.

Cierto es que el modelo publicitado por la página web de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP comprende dentro de la cláusula décimo segunda, la siguiente precisión: “(...) Asimismo, deja expresa constancia que el área otorgada en explotación que se encuentra dentro de los límites de la concesión, no se superpone con otra área ya otorgada, y además, cuenta con el debido retiro el cual facilita próximas explotaciones ”; no obstante, éste constituye un documento que puede utilizarse de forma referencial y voluntaria por el usuario, no existiendo imperativo legal que obligue a la utilización del mismo, ni que requiera la presentación de una declaración jurada adicional al instrumento público, por lo que, no procede la exigencia de dicho documento, máxime si el contrato presentado cumple con los requerimientos contemplados por el RIRDM así como con el modelo aprobado por el D. Legislativo 1105” (fundamento 7).

**13.6. ¿Es necesario que se adjunte declaración jurada del titular de la concesión minera, en la que indique que el área otorgada en explotación no se superpone con otras otorgadas de la misma concesión?**

Respecto a este punto no existe un criterio uniforme del Tribunal Registral, lo cual, desde ya, amerita la convocatoria a un pleno registral extraordinario

para que se discutan ambos criterios y se adopte el que debe prevalecer, conforme lo establece el último párrafo del numeral b.2) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos, pues la finalidad de esta norma es uniformizar la jurisprudencia registral y evitar la existencia de criterios contradictorios al interior de dicho Tribunal, de tal modo que los administrados tengan la plena certeza del resultado final de su solicitud.

En efecto, uno de los puntos controvertidos planteados en la resolución 1182-2012-SUNARP-TR-L del 15.8.2012, fundamento 8, fue si correspondía acompañar declaración jurada del titular señalando que el área otorgada en explotación no se superpone con otras. La Tercera Sala Registral de Lima señaló que la normativa actual (artículos 21 del D.S. 013-2002-2002-EM y 34 del Reglamento del Registro de Derechos Mineros) no exige declaración jurada alguna ni que el área tenga que ser precisada en hectáreas sino solo su delimitación mediante coordenadas U.T.M., siendo un exceso cualquier requerimiento adicional.

Por otro lado, mediante las resoluciones <sup>s</sup> 112-2013-SUNARP-TR-A del 14.3.2103 y 248-2014-SUNARP-TR-A del 15.5.2014, se validó la necesidad de presentar la citada declaración jurada con firma legalizada a efectos de brindar mayor protección y cautela a los derechos inscritos de terceros.

Por nuestra parte coincidimos con esta última postura, pero también será válido la inserción de una cláusula en el contrato en el sentido que el área materia de contrato de explotación no perjudica el derecho del operador por la existencia de otro contrato de explotación inscrito.

### **13.7. El cesionario de una concesión minera sí puede celebrar contratos de explotación sobre ella**

Este tema fue analizado también en la resolución 1182-2012-SUNARP-TR-L.

Conforme al artículo 166 de la LGM, el cesionario adquiere por virtud del contrato de cesión minera todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente, y este se aparta de ellos por el tiempo que dure la cesión; norma similar al inciso b) del artículo 32 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros que establece como uno de los requisitos para la inscripción del contrato de cesión minera la declaración de que el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente. A su vez, el artículo 170 de dicha ley minera establece que el contrato de cesión minera podrá ser trasferido en su totalidad a un tercero, con el consentimiento expreso del cedente.

De acuerdo a las disposiciones citadas, el cesionario está habilitado para celebrar todo tipo de actos y contratos necesarios para la actividad minera de la concesión, como el caso de contratos de explotación, exigiéndose como dos únicos requisitos: que el cedente titular de la concesión objeto de explotación lo autorice previa o simultáneamente, y que no exceda el plazo de vigencia de la cesión.

**13.8. No es necesario que para la inscripción de un contrato de explotación minera se adjunte “Declaración de Compromisos” vigente expedida por la autoridad competente**

En este caso el registrador exigió al usuario la presentación de la copia certificada de la Declaración de Compromisos vigente expedida por la autoridad competente, respecto del derecho minero objeto del contrato de explotación, a fin de acreditar que el operador minero se encuentra en proceso de formalización. El usuario rechazó esta exigencia por considerarlo excesiva y sin ningún sustento legal. El Tribunal resolvió la controversia mediante resolución 1714-2014-SUNARP-TR-L del 10.9.2014. En resumen argumentó:

La “Declaración de Compromisos”, según lo regulado en el Decreto Legislativo 1105, es un documento mediante el cual una persona, natural o jurídica, que va iniciar un proceso de formalización, declara que su actividad minera se llevará a cabo, entre otros, dentro de los parámetros de respeto a las normas ambientales y sociales. Con su presentación ante el gobierno regional competente, se considerará iniciado en el proceso de formalización. Una vez presentada dicha declaración, el sujeto de formalización debe cumplir con acreditar aquellos requisitos necesarios para culminar aquel proceso, entendiéndose que cada paso es un requisito del anterior, sin perjuicio de que algunos pudieran tramitarse de manera simultánea.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, la “Declaración de Compromisos” es un requisito destinado al proceso de formalización de la pequeña minería y minera artesanal que se lleva a cabo ante una autoridad regional y la cual debe ser inscrita en el Registro Nacional de Declaración de Compromisos (actualmente es el Registro Integral de Formalización Minera) a su cargo, generándose con su presentación un procedimiento administrativo especial; más no es un requisito exigido para la inscripción del contrato de explotación sobre la concesión minera llevado a cabo en el Registro de Derechos Mineros de la SUNARP, tampoco es un requisito de validez de dicho contrato.

Por el contrario, lo que sí es obligatorio para efectos de cumplir con el proceso de formalización es que el contrato de explotación se encuentre



inscrito en el registro de la SUNARP, tal como exige el artículo 6° del mencionado decreto legislativo, así como el artículo 20 del DS 018-2017-EM. No le compete a la entidad registral verificar que los mineros artesanales cumplan con todos los pasos de la formalización, pues la ley no le ha asignado esa facultad fiscalizadora.

En concreto, no es requisito para la inscripción de un contrato de explotación minera a favor de un minero artesanal, que se adjunte la "Declaración de compromisos" vigente expedida por autoridad competente.

### **13.9. No corresponde solicitar que se acredite ante el Registro la inscripción del operador minero en el Registro Integral de Formalización Minera.**

Similar al caso anterior, el registrador exigió que se acredite ante el Registro que el operador minero se encuentra inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera a cargo de la Dirección de Formalización Minera del Ministerio de Energía y Minas, a que se refiere el artículo 3° del Decreto Legislativo 1293 y artículo 2° del Decreto Legislativo 1336, toda vez que no se ha ubicado en el REINFO del MINEM al que se accede en línea. El usuario, naturalmente, objeto dicha exigencia alegando que ninguna norma legal prevé que se debe acreditar dicha inscripción ante el Registro.

El caso fue resuelto por la Primera Sala del Tribunal Registral de Lima mediante la resolución 2392-2018-SUNARP-TR-L del 10.10.2018, la cual, luego de analizar las normas que regulan el proceso de formalización minera, los requisitos para la inscripción de un contrato de explotación y confrontarlas con las funciones de los Registros Públicos, concluyó: “escapa a la función del Registro verificar o no la inscripción de los contratantes en el Registro de Formalización Minera Integral, pues el Registro Público no es partícipe del procedimiento de formalización de la Minería Ilegal, ya que como se ha señalado en este procedimiento intervienen entidades que supervisan los métodos de extracción del mineral y las consecuencias medioambientales que genere, aspectos para los cuales ha sido dictada la norma; por el contrario, el Registro Público se encarga de la publicidad de los actos y contratos celebrados. Si entonces el Registro Público no participa del proceso de formalización minera integral, no le corresponde por tanto solicitar se acredite la inscripción de quien va realizar la actividad de explotación en el Registro de Formalización Minera Integral como lo solicita la Registradora” (fundamento 10).

### **13.10. No es necesario que se presente plano suscrito por perito minero para efectos de identificarse el área otorgada mediante contrato de explotación**

Así ha quedado establecido en las resoluciones <sup>s</sup> 119-2013-SUNARP-TR-A del 20.3.2013 y 112-2013-SUNARP-TR-A del 14.3.2013.

EL artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros exige como requisitos mínimos para la inscripción del contrato de explotación a que se refiere la Ley 27651, en caso el acuerdo sea sobre una parte del área del derecho minero, que deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, además de otras referencias del caso, como las cotas superior e inferior con respecto al nivel del mar; y la contraprestación pactada.

Sería un exceso solicitar el cumplimiento de un requisito que no ha previsto la norma, como el caso de un plano suscrito por perito minero. La determinación del área por coordenadas UTM resulta por lo demás suficiente para la identificación del área a explotar. Reiteramos que, en caso la explotación verse sobre una parte de la concesión, será de exclusiva responsabilidad del otorgante del derecho que esta no se superponga a otras áreas ni afecte derechos de terceros.

En suma, cuando el contrato de explotación se celebra sobre parte del área del derecho minero, será suficiente identificar dicha área mediante una poligonal cerrada precisando las coordenadas UTM, no requiriéndose plano adicional.

### **13.11. No existe impedimento legal para que una asociación celebre contratos de explotación minera como operador minero**

En virtud del artículo 5° del DS 013-2002-EM un “Productor Minero Artesanal puede ser una persona natural o una persona jurídica o persona jurídica conformada por personas naturales, o por cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras, que se dedican habitualmente y como medio de sustento a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos”. De lo expuesto se tiene que no existe limitación legal alguna para que una asociación pueda actuar como productor minero artesanal, y por ende, podrá realizar actividades como operador minero en un contrato de explotación (resolución 884-2013-SUNARP-TR-L del 29.5.2013).

Debemos hacer hincapié, por nuestra parte, que en caso la asociación actúe como titular en el contrato de explotación, no debe tener la condición de minero artesanal conforme al artículo 24 de DS 013-2002-EM.

### **13.12. Un juez de paz no tiene atribuciones para extender escrituras públicas sobre contratos de explotación minera**

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 29824 –Ley de Justicia de Paz–, que regula expresamente los actos que son de su competencia dentro de su función notarial, concordante con el artículo 59 de su Reglamento, los jueces de paz se encuentran facultados –entre otros actos– para extender únicamente escrituras públicas sobre transferencia posesoria de bienes de un valor de hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, siempre que se ubiquen dentro de su jurisdicción; y no sobre otro tipo de contratos, como es el caso de contratos de explotación minera (resolución 1617-2015-SUNARP-TR-L del 19.8.2015).

#### **XIV. Jurisprudencia**

- ✓ **Definición de contrato de explotación minera.**- “Así tenemos (...) que en un contrato de explotación se autoriza a un tercero para que el mismo extraiga minerales dentro de una poligonal definida mediante coordenadas UTM, es decir, el titular otorga el derecho a un tercero a realizar dicha actividad sobre una parte de la concesión minera; y si bien la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio, también lo es, que el producto obtenido por la explotación realizada de las sustancias minerales del yacimiento, son considerados como bienes muebles para su beneficio a cambio de una contraprestación; obviamente, sin olvidarnos que dicho producto, como una actividad minera es susceptible de ser comercializado” (Resolución No. 189-2018-SUNARP-TR-A de 23.3.2018, f.j. 4).
- ✓ **Naturaleza del contrato de explotación minera.**- “El contrato de explotación es la autorización otorgada al operador minero para explotar una parte del área de la concesión minera; por lo que, no constituye un acto de adquisición, disposición o gravamen de un bien inmueble, por tratarse de un acto sui géneris previsto por la normatividad minera” (Resolución No. 695-2015-SUNARP-TR-A de 15.10.2015).
- ✓ **Naturaleza de los contratos de explotación minera.**- La autorización otorgada al operador minero para explotar una parte del área de la concesión minera, no constituye un acto de adquisición, disposición o gravamen de un bien inmueble, por lo que resulta competente para formalizar el contrato de explotación minera cualquier notario de la República” (Resolución No. 671-2015-SUNARP-TR-A de 1.10.2015 y Resolución No. 663-2015-SUNARP-TR-A de 1.10.2015).
- ✓ **Inscripción en el REINFO.**- “En la solicitud de inscripción de un contrato de explotación no corresponde solicitar se acredite la inscripción del explotador en el Registro Integral de Formalización

*Minera creado al amparo del D. Leg. 1293” (Resolución No. 2392-2018-SUNARP-TR-L de 10.10.2018).*

- ✓ **Efectos del contrato de explotación.-** “El contrato de explotación minera surte efectos entre las partes desde su celebración, sin embargo, para que surta efectos frente a terceros y frente al Estado se requiere que sea elevado a escritura pública e inscrito” (Resolución No. 189-2018-SUNARP-TR-A de 23.3.2018).
- ✓ **Título para la inscripción del contrato de explotación minera.-** “El título para la inscripción de un acto en el Registro de Derechos Mineros está constituido por instrumento público (salvo disposición legal distinta), siendo que para la inscripción del contrato de explotación minera éste debe contener cuando menos, de acuerdo al reglamento, la identificación del área afectada mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM y la contraprestación pactada”. (Resolución No. 189-2018-SUNARP-TR-A de 23.3.2018).
- ✓ **Exclusividad del contrato de explotación minera.-** “Para inscribir contratos de explotación minera celebrados individualmente con distintos mineros artesanales, debe precisarse en el contrato el polígono que le corresponde en forma exclusiva a cada minera artesanal”. (Resoluciones <sup>s</sup> 351-2017-SUNARP-TR-L de 14.2.2017; 350-2017-SUNARP-TR-L de 14.2.2017; 349-2017-SUNARP-TR-L; 348-2017-SUNARP-TR-L; 347-2017-SUNARP-TR-L; 346-2017-SUNARP-TR-L de fechas 14.2.2017; entre otras).
- ✓ **Periodicidad de pago.-** “No es objeto de verificación por parte del registro la oportunidad de pago de la contraprestación pactada en el contrato de explotación minera” (Resoluciones <sup>s</sup> 351-2017-SUNARP-TR-L de 14.2.2017; 350-2017-SUNARP-TR-L de 14.2.2017; 349-2017-SUNARP-TR-L; 348-2017-SUNARP-TR-L; 347-2017-SUNARP-TR-L; 346-2017-SUNARP-TR-L de fechas 14.2.2017; entre otras).
- ✓ **Datos del cónyuge del operador minero.-** Corresponde señalar los datos del cónyuge del minero artesanal en el contrato de explotación” (Resolución No. 340-2017-SUNARP-TR-L de 14.2.2017).
- ✓ **Facultad para celebrar varios contratos de explotación minera.-** “El titular de una concesión minera puede celebrar uno o más acuerdos o contratos de explotación sobre su derecho de concesión minera” (Resoluciones <sup>s</sup> 258-2017-SUNARP-TR-L de 2.2.2017; 257-2017-SUNARP-TR-L de 2.2.2017; 256-2017-SUNARP-TR-L de 2.2.2017; 176-2017-SUNARP-TR-L de 25.1.2017; 174-2017-SUNARP-TR-L de 25.1.2017; y 145-2017-SUNARP-TR-L de 20.1.2017).

- ✓ **Contrato de explotación minera otorgada bajo la Ley N° 30313.-** “El contrato de explotación minera celebrado ante notario ubicado en provincia distinta del lugar en el que se ubica la concesión no contraviene el artículo 4 del Decreto Legislativo del Notariado, modificado por la Ley 30313, al no ser un acto de disposición” (Resolución No. 2014-2015-SUNARP-TR-L de 6.10.2015).
- ✓ **Categoría de minero artesanal.-** “A fin de acreditar que una persona no cuenta con la categoría de minero artesanal, resulta suficiente el documento por el cual la Dirección General de Formalización Minera informe en ese sentido”. (Resolución No. 299-2015-SUNARP-TR-T de 1.7.2015).
- ✓ **Contrato de explotación sobre parte de derecho minero.-** “No se requiere indicar la cota superior del área de parte del derecho minero que es materia de contrato de explotación, si se ha indicado que se extiende hasta la superficie, pues éste sería el límite superior” (Resolución No. 299-2015-SUNARP-TR-T de 1.7.2015).
- ✓ **Contrato de explotación minera celebrado por minero artesanal:** Constituye requisito para la inscripción de un contrato de explotación minera, la acreditación de que el titular de la concesión no tiene la calidad de minero artesanal; y en el supuesto que el citado contrato sea celebrado por el cesionario del derecho minero corresponderá acreditar que éste no es minero artesanal” (Resolución No. 1152-2015-SUNARP-TR-L de 12.6.2015).
- ✓ **Declaración de compromiso.-** “No es necesario para la inscripción de un contrato de explotación minera a favor de un minero artesanal, que se adjunte la "Declaración de compromiso" vigente expedida por autoridad competente” (Resolución No. 1714-2014-SUNARP-TR-L de 10.9.2014).
- ✓ **Resolución de pleno derecho de contrato de explotación.-** El artículo 1365 del Código Civil regula la resolución de contratos con plazo indeterminados, por lo que no es aplicable a los contratos de explotación minera pues estos son contratos con plazos máximos relacionados a la actividad minera, salvo que las partes fijen como causal de resolución la terminación anticipada, en cuyo caso aquel contrato se convertirá en indeterminado” (Resolución No. 107-2014-SUNARP-TR-L de 20.1.2014).
- ✓ **Requisito previo para la inscripción de contrato de explotación minera.-** “Para inscribir un contrato de explotación minera es preciso

*que obre registrada la concesión minera” (Resoluciones s 317-2013-SUNARP-TR-T de 2.8.2013 y 290-2013-SUNARP-TR-T de 12.7.2013).*

- ✓ ***Contrato de explotación sobre parte de concesión minera.-*** “*Cuando el contrato de explotación se celebra sobre parte del área del derecho minero, será suficiente identificar dicha área mediante una poligonal cerrada precisando las coordenadas UTM, no requiriéndose plano adicional” (Resoluciones s 119-2013-SUNARP-TR-A de 20.3.2013 y 112-2013-SUNARP-TR-A de 14.3.2013).*
- ✓ ***Facultades del cesionario de un derecho minero:*** *El cesionario de una concesión si puede celebrar contratos de explotación sobre el derecho minero, dentro del término que dure la cesión, siempre que el contrato de cesión lo autorice”. (Resolución No. 1182-2012-SUNARP-TR-L de 15.8.2012).*
- ✓ ***Intervención del cónyuge del operador minero.-*** “*No se requiere la intervención del cónyuge del contratante a favor de quien se ha constituido el contrato de explotación minero”*
- ✓ ***Rol fiscalizador del estado sobre la explotación minera.-*** “*[S]i la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable. Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga, como es la protección del medio ambiente. Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado no cede su ius imperium, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de asegurarla” (Exp. N° 0048-2004-AI, f.j. 103).*
- ✓ ***Aprovechamiento de los recursos minerales.-*** “*Los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural, según lo determina el artículo 19° de la Ley 26281 (...). En cuanto a las condiciones de su otorgamiento a particulares, el artículo 20° (...) precisa, como una de sus condiciones, el pago de una retribución económica. En concreto, dicho precepto establece que:*

“*Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales*”. (Exp. N° 0048-2004-AI/TC, f.j. 46).

- ✓ **Condiciones para la explotación de los recursos naturales.**- “a) [T]odo aprovechamiento particular de recursos naturales debe retribuirse económicamente; b) [L]a retribución que establezca el Estado debe fundamentarse en criterios económicos, sociales y ambientales; c) [L]a categoría retribución económica puede incluir todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural; d) [D]entro de los conceptos entendidos como retribución económica, pueden considerarse, por un lado, a las contraprestaciones y, por otro, al derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho; y e) [D]ichas retribuciones económicas son establecidas por leyes especiales”. (Exp. N° 0048-2004-AI/TC, f.j. 46).

### **Bibliografía consultada**

- AGUADO MARTINEZ, Miguel Ángel. “*La concesión minera. Jurisdicción y procedimiento*”, En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009.
- ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Derecho Ambiental*, Gráfica Bellido, Lima 2004.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984: Los Derechos Reales*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 6ta. edición, Grijley EIRL, Lima 1996.
- BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, 5ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima 2013.
- CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, común y foral: Derecho de Cosas*, vol. II, 12va. edición, Reus, Madrid 1978, revisada y puesta al día por Marín Pérez, Pascual.

- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*, tomo II, 2da. edición, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1966.
- CASTILLO HERNANDEZ, José Abel. “*La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera*”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 15, 2015.
- CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*, 1ra. edición, Editora Fecat, Lima 1995.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Informe N° 167: Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú, 2012-2014*, primera edición, Lima, diciembre 2014 Lima.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*Comentario al artículo 1351 del Código Civil*”. En VVAA. Código Civil comentado, tomo VII, 1ra. edición, Gaceta Jurídica, Lima 2003.
- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ma. edición, Editorial Tecnos, Madrid 2001.
- FORNO CASTRO POZO, Xenia. “*El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante*”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009.
- GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIK INGUNZA, Militza. *Derecho Minero*, 2da. Edición, Gráfica Horizonte, Lima 2002.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*, Tomos I y II, 3ra. Edición, Jurista Editores, Lima 2013.
- HARO BOCANEGRA, Iván. “*Las Anotaciones Preventivas de Petitorios Mineros. Comentarios al primer acuerdo plenario registral sobre derechos mineros y su incidencia en el tráfico jurídico patrimonial*”. En: *Actualidad Civil*, N° 24, Instituto Pacífico, Lima, julio 2016.
- HARO BOCANEGRA, Iván. “*Reglamento de Inscripciones de Bienes Vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Comentarios a la luz de las acciones de interdicción de la minería ilegal*”, publicado el 01.11.2015 en el NÚMERO 42 - AÑO XII – 2015 de *Derecho y Cambio Social*. [<https://www.derechocambiosocial.com/>]. Luego se publicó una versión mejorada en: *Actualidad Civil*, 18, Instituto Pacífico, Lima, diciembre 2015.



- HARO BOCANEGRA, Iván. “*Restricción a la facultad de disposición en el derecho de propiedad. A propósito de un precedente de observancia obligatoria en materia registral*”, publicado con fecha 01.07.2015 en el NÚMERO 41 - AÑO XII – 2015 de *Derecho y Cambio Social*. [<https://www.derechoycambiosocial.com/>].
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. “*El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano*”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 14, 2014.
- IPENZA PERALTA, César A. *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, 1ra. edición, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima 2012.
- LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil IV: Tratado de los Derechos Reales*, vol. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires 1944.
- LASTRES BÉRNINZON, Enrique. “*Los contratos mineros*”, En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009.
- MARTINEZ APONTE, Humberto. “*La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación*”. En: *Advocatus*, revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 21, 2010.
- TEJADA GURMENDI, Jaime. “*Régimen de obligaciones de la concesión minera (amparo minero)*”. En: *Derecho & Sociedad*, editado por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.
- MAZEUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1960, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario minero 2014*, 1ra. edición, Lima, marzo 2015.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Guía para los Pequeños Mineros y Mineros Artesanales. ¿Qué debo saber para ejercer actividades mineras formalmente?*, 2da. edición, Lima 2011.
- ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. *Informe 2014: Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y*

*Minería Artesanal. Índice de cumplimiento de los gobiernos regionales*, primera edición, Lima, junio 2015.

PACHAS PEREZ, Diego. “*La Exploración minera en el Perú: Un breve alcance sobre las principales autorizaciones para el desarrollo de un proyecto de exploración en el Perú*”. En: *Derecho & Sociedad*, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho Civil – parte A*, vol. III, Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, México 1997.

PIUG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español: Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976.

SALAZAR NIÑO, Elvis. “*La concesión minera y el derecho de aprovechamiento. Buscando el equilibrio entre lo público y lo práctico*”. En: *Derecho & Sociedad*, editado por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.

SUNARP. *Compendio de Reglamentos y Directivas de carácter registral 2001-2007*, primera edición, editado por Dirección Técnica Registral – Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, mayo 2006.

TEJADA GURMENDI, Jaime. “*Régimen legal de la titulación minera en el Perú*”. En: *Derecho & Sociedad*, editado por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.

TONG GONZALES, Francisco y MONTERO ALVARADO, Fernando. “*Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras*”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 14, 2014.

TORRES ALVAREZ, Hernán. “*Exploración minera, compañías mineras junior y aspectos a tomar en cuenta para su promoción*”. En: *Ius et Veritas*, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, 2015.

## *Digital influencer e a responsabilidade consumerista* (\*)

### Digital influencer and consumer responsibility

### *Digital influencer y la responsabilidad del consumidor*

Júlia Bagatini<sup>1</sup>

Diego Alan Schofer Albrecht<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** A sociedade do espetáculo e o parecer nas redes sociais. **2.** Digital influencer como padrão de imagem: a publicidade de produtos e serviços. **3.** A responsabilidade civil consumerista e o digital influencer. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** O artigo tem como tema principal a responsabilidade consumerista dos influenciadores digitais. Nesse sentido, partindo-se da premissa que se está inserto em uma sociedade do espetáculo, em que o parecer se sobrepõe ao ser e até mesmo ao ter, discorre-se acerca do espetáculo com viés na sociedade da informação (internet), notadamente nas redes sociais. Após, analisa-se a responsabilidade civil consumerista e se há possibilidade de responsabilização dos influenciadores digitais por danos em produtos ou serviços publicizados por eles. A relevância da pesquisa é notória e atual, considerando o momento

---

(\*) Recibido: 17 noviembre 2019 | Aceptado: 02 diciembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Professora Adjunta de Magistério Superior da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), em Santana do Livramento/RS, doutora e mestre em Direito pela UNISC, Advogada.

[juliabagatini@bol.com.br](mailto:juliabagatini@bol.com.br)

<sup>2</sup> Mestre e Doutorando pela PUC/RS. Coordenador e Professor do curso de Direito da UCEFF, Itapiranga/SC. Avaliador do INEP/MEC. Advogado.

[diea2110@yahoo.com.br](mailto:diea2110@yahoo.com.br)

hodierno, no qual os influenciadores digitais passam a ditar o padrão para o consumo.

**Palavras-chave:** sociedade do espetáculo, responsabilização, influenciadores digitais, *digital influencer*.

**Abstract:** The article's main theme is the consumerist responsibility of digital influencers. In this sense, starting from the premise that one is inserted in a society of spectacle, in which opinion overlaps with being and even having, one discusses the spectacle with bias in the information society (internet), especially in social networks. Then, the consumer liability and the possibility of liability of digital influencers for damage to products or services advertised by them. The relevance of the research is notorious and current, considering the current moment, in which digital influencers start to dictate the pattern for consumption.

**Keywords:** show society, accountability, digital influencers.

**Resumen:** El tema principal del artículo es la responsabilidad del consumidor y de las personas con influencia digital. En este sentido, partiendo de la premisa de que estamos inmersos en una sociedad del espectáculo, en la que la opinión se superpone al ser e incluso al tener, hablamos del espectáculo con sesgo en la sociedad de la información (internet), especialmente en las redes sociales. Luego, se analiza la responsabilidad civil del consumidor y si existe o no la posibilidad de responsabilidad de los influenciadores digitales por daños en los productos o servicios anunciados por ellos. La relevancia de la investigación es notoria y actual, considerando el momento actual, en el que los *digital influencer* comienzan a dictar el estándar de consumo.

**Palabras clave:** sociedad del espectáculo, responsabilidad, influenciadores digitales, *digital influencer*.

---

## Introdução

O momento que se está inserto é da sociedade da informação, no qual a internet, especialmente as redes sociais, ditam o estilo de vida da maioria das pessoas. Nesse sentido, verifica-se que neste contexto social, os

influenciadores digitais têm ganhado cada vez mais espaço, o que faz com que entusiasmem a aquisição de produtos e serviços por eles utilizados.

O mercado, sabedor de tal influência, se utiliza desta nova profissão para então entregar bens de consumo aos influenciadores digitais e estes, via publicidade, muitas vezes sem remuneração direta, apresentam os bens no seu canal digital.

Tal fato faz com que as vendas de certo produto, quando publicizadas por um *digital influencer*, aumentem consideravelmente, por isso, se indaga se este profissional deve ou não ser responsabilizado, via relação de consumo, quando da ocorrência de algum dano em bem demonstrado em seu perfil.

### **1 A sociedade do espetáculo e o parecer nas redes sociais<sup>3</sup>**

No atual contexto informacional, que possui uma amplitude global e que visa à comunicação mundial, está a se verificar o fenômeno da informação e comunicação mediada por imagens, em que o parecer do sujeito sobrepõe-se ao ser, fato este que acaba sendo estimulado pelo mercado de consumo.

A relação mencionada, mediada por imagens, tem por base os escritos de Guy Debord (1997), o qual trabalha a sociedade do espetáculo. O livro *A sociedade do espetáculo* foi escrito por Debord em 1967, com um forte viés marxista, que visava definir o espetáculo como um conjunto das relações sociais mediadas por imagens, estando essas intimamente ligadas à produção e ao consumo de mercadoria. Debord trabalha, na sociedade do espetáculo, o fato de todas as relações serem mercantilizadas e, assim, expressas por meio de imagens (DEBORD, 1997, p. 18).

Debord, cineasta e filósofo, traz a público, em 1973, logo após a escrita do livro acima mencionado, uma versão audiovisual da obra de 1967. Tal filme mostra imagens, de forma incessante, e aparentemente aleatórias, que dão suporte à teoria do autor. Tanto no livro como no filme, o autor trabalha a base das revoltas ocorridas em *maio de 1968*, na França, que teve como alvo o auge do capitalismo pós-guerra. À época, a burguesia camponesa tinha medo do crescimento do proletariado, da classe trabalhadora, e passou, então, a desenvolver uma economia em que tal classe dependesse do capital financeiro, especialmente dos bancos.

É neste contexto que Debord lança sua teoria acerca da sociedade do espetáculo, com crítica ao capitalismo, especialmente ao consumo exacerbado, mencionando que o espetáculo é uma mediação mentirosa da vida e que as imagens mostram tal fato (DEBORD, 1997, p. 21).

---

<sup>3</sup> Parte desta pesquisa é oriunda da tese de doutoramento da autora, defendida no ano de 2018.

Logo, o espetáculo está presente em sociedades capitalistas - como a atual -, em que há estruturação em sociedade de classes, havendo desigualdades sociais, com divisão do trabalho, especialmente na distinção do trabalho manual e intelectual. É possível exemplificar o espetáculo a partir da sociedade de classes na sociedade feudal, em que o poder da nobreza sobre os servos estava vinculado à aparência construída pelos nobres, o que se dava com o vestuário sofisticado, a construção de moradias imponentes, entre outras, ou seja, por meio de imagens. As relações, no capitalismo consumista, dão-se por meio de representação em imagens, mostrando-se uma sociedade ambientada no espetáculo (DEBORD, 1997, p. 27).

Assim, não há como desvincular o capitalismo da sociedade do espetáculo, pois os espetáculos são produzidos por meio da produção e do consumo de mercadorias, os quais hoje estão mais evidentes na sociedade da informação, o que – por sua vez – se relaciona mais facilmente com imagens e, portanto, com o parecer. Nesse sentido, a teoria de Debord se mostra cada vez mais atual.

Desta forma, “toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos” (DEBORD, 1997, p. 13). Assim, o espetáculo domina os seres humanos vivos quando a economia já os dominou totalmente. Ele nada mais é que a economia desenvolvendo-se por si mesma. É o reflexo fiel da produção das coisas, e a objetivação infiel dos produtores (DEBORD, 1997, p. 18).

O espetáculo está, hodiernamente, disseminado por toda a vida social, especialmente na internet, notadamente exposto pelas redes sociais, sendo que a produção e o consumo se utilizam deste fértil espaço para a produção cada vez maior de bens e serviços. Os sujeitos não se preocupam mais com a acumulação de bens (*ter*) ou com o *ser*, mas sim com o que aparentam *ser*, isto é, o parecer. O espetáculo tem como fonte o parecer, o que pode ser obtido, cada vez mais, por meio de aquisição de produtos.

O viver de aparências passa a ser comum e aparentar ter passa a ser o valor visado, tudo o que se vivia diretamente passa a ser representativo (DEBORD, 1997, p. 13). Verifica-se uma valorização e valoração exacerbada do espetáculo e tudo isso acaba sendo representado por meio de imagens, assim, “o espetáculo é o capital em tal grau de acumulação que se torna imagem” (DEBORD, 1997, p. 25). Nesse sentido, constata-se que a mídia, meios de comunicação e em especial a publicidade têm como base o espetáculo, já que suas representações se dão por meio de imagens e servem à venda de determinado produto, que é a informação. Os influenciadores digitais

acabam sendo o fio condutor para o consumo, por meio de uma publicidade transversa.

Debord menciona que, na sociedade do espetáculo, a cisão entre qualidade e quantidade não existe, o importante é o que mais aparece, sendo que não é feito exame qualitativo do seu conteúdo. Assim, se fez sucesso e caiu na “graça” do espetáculo, é porque é bom, e o oposto também é verdadeiro: se é bom, é porque fez sucesso (DEBORD, 1997, p. 16).

O empobrecimento, a subordinação e a negação da vida real é estampada pelo espetáculo, sendo que o consumo – aqui entendido como inserção do desejo e não da necessidade nas pessoas - serve a esta sociedade do espetáculo, pois sem o espetáculo não há que se falar em consumismo.

A sociedade do espetáculo opera um desejo de “pseudo bens a desejar” (DEBORD, 1997, p. 38), ou seja, o consumo contemporâneo oferece a todo instante pseudo bens, por meio da informação, notadamente da publicidade, assim, o desejo vivo fica submetido ao “artificial ilimitado” (DEBORD, 1997, p. 38), já que toda mercadoria é apresentada como fundamental e como novidade para o consumidor. “O consumo da televisão apresenta-se mais como um hábito que como a expressão de uma escolha individual deliberada” (LIPOVETSKY, 2004, p. 75).

Assim, verifica-se a falsificação da realidade e a perversidade do mercado de consumo que impõe padrões artificiais de conduta aos sujeitos. “Cada nova mentira da publicidade é também a confissão da mentira anterior” (DEBORD, 1997, p. 47), considerando que o mercado retira o produto/serviço, antes novidade e indispensável para a vida, informando que não mais o é e, assim, o substitui por outro.

Nesse sentido, Llosa refere que a diferença essencial entre a cultura do passado e atual é que os produtos daquela pretendiam transcender o tempo presente, ou seja, ter durabilidade nas gerações futuras, enquanto os produtos atuais são fabricados para serem consumidos no momento e desaparecer, “tal como biscoitos ou pipoca.” (LLOSA, 2013, p. 17).

A manipulação dos sujeitos é de tal maneira quanto à busca da imagem, que os próprios indivíduos consumidores, a todo tempo, requerem novos produtos e serviços, para novas imagens, a fim de se sentirem parte do todo, e acabam por concretizar o espetáculo, fato este favorável ao mercado.

Nesse sentido, Llosa trabalha acerca da cultura contemporânea, informando que esta não é a consequência dos fenômenos sociais, econômicos e políticos, mas sim, a causa destes. Informa que hoje existe uma padronização, a partir do consumo, da cultura, em que os sujeitos passam a ter uma mesma imagem (LLOSA, 2013). A cultura, hoje, é globalizada e

mundializada no capitalismo e no mercado de consumo, a partir da expansão da informação, especialmente da internet.

Desta forma, Llosa menciona que a civilização do espetáculo, hoje, é aquela em que a maior valoração vigente é a do entretenimento, que se divertir e escapar do tédio é a busca universal. Embora sejam importantes tais valores, transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se traz como consequências reflexas a “banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo” (LLOSA, 2013, p. 18).

“Por isso, não é de estranhar que a literatura mais representativa de nossa época seja a literatura *light*, leve, ligeira, fácil, uma literatura que sem o menor rubor se propõe, acima de tudo e sobretudo (e quase exclusivamente), divertir” (LLOSA, 2013, p. 2013). Nesse sentido, livros de autoajuda parecem estar no topo da (des)informação social – “cada vez mais, os livros tornam-se objeto de um uso utilitário, seja em relação à atividade profissional, seja em relação à vida cotidiana: como envelhecer melhor, dormir melhor, relaxar, comer melhor” (LIPOVETSKY, 2004, p. 74) - e o consumo de drogas aumenta consideravelmente, assim como de religiões e seitas.

A falta da cultura aprofundada e crítica acaba dando espaço à publicidade, que determina quais são os valores da sociedade. Nesse sentido, Lipovetsky e Serroy (2011, p. 78-79) defendem que, contemporaneamente existe o enaltecimento de uma cultura global, chamada por eles de “cultura-mundo”, que advém do fim das fronteiras pela ação do mercado de consumo e pela revolução tecnológica da sociedade de informação.

A padronização da cultura pelo consumo tem como consequência a “futilização”, que “domina a sociedade moderna”, frente à multiplicação de mercadorias que o consumidor pode escolher e ao desaparecimento da liberdade, porque as trocas que ocorrem não são resultado de escolhas livres das pessoas, mas “do sistema econômico, do dinamismo do capitalismo” (LLOSA, 2013, p. 15).

Tal padronização pode ser vista na indústria cinematográfica, especialmente a partir de Hollywood, que globaliza os filmes, levando-os a todos os países e a todas as camadas sociais. Mais ainda, a padronização da cultura se dá pelas redes sociais e pela universalização da internet. “O mundo-tela deslocou, dessincronizou e desregulou o espaço-tempo da cultura” (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 88).



A imagem, no espetáculo, é superior à essência, o parecer sobrepõe-se ao ser (DEBORD, 1997, p. 18). Nesse sentido, que “não é por acaso que os políticos em campanha, [...] hoje procuram a adesão e o patrocínio dos cantores de rock e atores de cinema, bem como de celebridades do futebol e de outros esportes” (LLOSA, 2013, p. 23), há uma substituição dos intelectuais como mentores políticos por aqueles que aparecem na mídia e nas publicidades. O fato de pessoas ligadas à imagem estarem na vida política não necessariamente é negativo, entretanto, o protagonismo que possuem atualmente não está ligado a uma racionalidade lúcida, mas sim, ao encaminhamento da mídia. Assim, “na civilização do espetáculo, o cômico é rei” (LLOSA, 2013, p. 20).

A sociedade do espetáculo é um entrave à emancipação humana e ao autorreconhecimento do indivíduo, já que os cidadãos passam a ser padronizados pelo consumo e não mais respeitados pelas suas diferenças e diversidades. As redes sociais, exemplo clássico da sociedade de informação, demonstram a necessidade do parecer e da padronização do consumo e se mostra cada vez mais sedutora.

Nesse sentido que se insere os influenciadores digitais, que são indivíduos que se utilizam de redes sociais para influenciar a opinião de outros indivíduos, que os seguem. Tais influenciadores, na sua maioria, acabam por fazer publicidades de produtos e serviços, já que as empresas encaminham bens a eles, de forma gratuita, para que os utilizem e publicizem em suas redes. Assim, verifica-se uma publicidade transversa, já que não é diretamente feita pelo fornecedor do produto ou serviço.

O espetáculo na sociedade de informação, via influenciadores digitais, aliena o cidadão atual, acarretando a vulnerabilidade dos sujeitos na aquisição de produtos e/ou serviços, já que fãs seguidores de influenciadores digitais acabam adquirindo os bens publicizados, simplesmente por serem os utilizados por seus ícones digitais.

Hegel dizia que o sujeito busca incessantemente o reconhecimento e tal autor parece ser base do filósofo desvelador da sociedade do espetáculo, Guy Debord, tanto o é que este traz uma citação de Hegel como epígrafe do capítulo IX, chamado *A ideologia materializada*, que diz: “A consciência de si existe em si e para si quando e porque ela existe em si e para si diante de uma outra consciência de si; isto é, ela só existe como ser reconhecido” (DEBORD, 1997, p. 137).

Destarte, parece que a consciência existencial do sujeito se encontra subordinada ao reconhecimento que possui nas redes sociais, por meio de *likes*, curtidas e compartilhamentos. Inclusive, Lacan trabalha o surgimento

do eu a partir do espelho, sendo por meio deste que se faz a constituição de uma imagem de si próprio. O psicanalista refere que crianças entre 6 e 18 meses de idade se reconhecem e reagem de forma entusiasmada quando percebem sua própria imagem no espelho, já que até então a imagem que tinham de si próprio mostrava-se fragmentada (LACAN, 1998, p. 97-101).

Assim, é a partir da imagem do espelho que a criança passa a ter compreensão quanto à noção do próprio corpo, ou seja, ela passa a perceber seu corpo como unidade e concebe isso no espelho, como um imaginário, um eu ideal. Dessa forma, o espelho traz uma imagem inteira e é referência para a vida de qualquer sujeito. Analogicamente, as redes sociais passam a ser o espelho do adulto e a imagem que ali refletem – na quantidade de curtidas, por exemplo – passam a ser os referenciais dos sujeitos.

As redes sociais são a expressão contemporânea da sociedade do espetáculo trazida por Debord, em que as relações são mediadas por imagens e também por representações.

O mercado, perverso como tal, objetivando a circulação da mercadoria, utiliza-se do espetáculo, notadamente e atualmente dos influenciadores digitais, demonstrando ao sujeito a necessidade em parecer e produzir novas imagens, para então trazer o padrão social do consumo. Os influenciadores digitais acabam disseminando o padrão de imagem a ser seguida, o que se faz por meio de produtos e serviços.

## **2 *Digital influencer* como padrão de imagem: a publicidade de produtos e serviços**

O mercado se utiliza da publicidade, inclusive estampando-a nas redes sociais, fomentando um padrão social de vestimenta, de comportamento, de gastronomia, de leitura, com base na imagem do indivíduo, para então encorajá-lo ao consumismo. Nesse sentido é que se refere que a solidificação da imagem como espetáculo, para os sujeitos, é a base do consumismo, que enriquece o mercado, fato este que é adquirido, basicamente, por meio publicitário.

A cada instante, o mercado passa a produzir e trazer novos bens e serviços, muitas vezes sem a precaução e o cuidado devido, já que o que importa é a venda e o lucro, propiciando o risco na sociedade. Para que estes novos produtos sejam cativos dos sujeitos, é necessário se utilizar da espetacularização e da valorização da imagem nas pessoas. Para tanto é que se verifica a publicidade como um mecanismo importante na proliferação do padrão de bens e consumos de uma sociedade.

Aqui jaz a perversidade das empresas produtoras de bens e serviços, que objetivando a circulação da mercadoria, utilizam-se do espetáculo, ou seja, da necessidade do sujeito em parecer e produzir novas imagens, para então trazer o padrão social do consumo, fomentando o consumismo, fato este que é apreendido pelos sujeitos e posteriormente espetacularizado, especialmente nas redes sociais.

É nesse sentido de desigualdade e perversidade do mercado que surge a proteção ao consumidor, que é vulnerável. Ou seja, até início do século XX, o Estado responsabiliza-se unicamente pela ordem e segurança, e as relações civilistas, aqui imanentes as relações de consumo, são reguladas pelos próprios indivíduos, sem intervenção estatal. Estava-se diante de um Estado Liberal, em que o primado principal era o individualismo e o patrimonialismo, sendo isto assegurado pela então legislação vigente.

Frente à desigualdade latente, o Estado passa a atuar sobre o mundo econômico, visando à igualdade entre os indivíduos, e, assim, passa a desenvolver políticas públicas de proteção à saúde e segurança dos cidadãos. É neste contexto que surge a proteção dos vulneráveis, como princípio, na relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), rompendo a ideia de igualdade entre as partes, traz a igualdade não só formal, mas também material entre consumidores e fornecedores, a partir do momento em que define uma política nacional nas relações de consumo e os objetivos que se pretende alcançar.

Tal princípio norteador da política pública mencionada é um pilar que sustenta todas as regras existentes no Código de Defesa do Consumidor. Assim, parte-se do pressuposto de que na relação de consumo sempre haverá um desequilíbrio entre fornecedor e consumidor, devido à superioridade daquele em relação a este. Nesse sentido é que os desiguais devem ter tratamento diferenciado para então conquistar a igualdade material nas relações.

Por isso que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, reconhece que o consumidor é vulnerável frente ao mercado de consumo. Tal medida trazida pela legislação persegue a garantia de isonomia trazida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Desta forma, o consumidor é a parte mais fraca da relação, pois se relaciona com aqueles que possuem os meios de produção, a margem de lucro, controlam o mercado e decidem o que e para quem produzir (NUNES, 2017, p. 177), utilizando-se do espetáculo, por meio de imagens.

O consumidor é, portanto, segundo a legislação, a parte vulnerável da relação jurídica.

Ressalte-se que a “interferência da tecnologia na sociedade moderna é uma realidade concreta. Rotinas que anteriormente tinham a interferência humana, agora realizadas por meio da chamada inteligência artificial [...] em tudo temos a presença de sistemas informatizados” (EFING; FREITAS, 2008, p. 115).

Nesse sentido, sabe-se que a publicidade é a essência atual da proliferação de um produto ou serviço. Para Benjamim (2000, p. 259) “não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços.” Logo, há apenas uma faculdade por parte do fornecedor de ofertar seus bens. No entanto, caso a oferta e apresentação do produto ou do serviço ocorram, o fornecedor deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sendo o exercício da publicidade de responsabilidade exclusiva do fornecedor, portanto (artigo 31, Código de Defesa do Consumidor).<sup>4</sup>

No entanto, muitas empresas acabam por não realizar esta publicidade tradicional, mas as fazem via influenciadores digitais. O biquíni que será lançado pela marca x, por exemplo, antes de estar estampados em *outdoors* e comerciais, são, muitas vezes, encaminhados às influenciadores digitais, as quais o vestem e publicizam nas suas redes sociais, mencionando a marca e a qualidade do bem.

O alcance deste tipo de publicidade – se é que pode ser assim chamada, por não ser diretamente realizado pelo fornecedor – é imenso, já que há influenciadores digitais com cerca de 213 milhões de seguidores, como é o caso do jogador de futebol Neymar dos Santos Júnior.

Atualmente, no Brasil, 55% dos consumidores confiam nas avaliações realizadas pelos *influencers*, segundo pesquisa realizada pela QualiBest. Tal fato acontece devido ao sentimento de proximidade do público com o criador de conteúdo. De igual forma, os influenciadores possuem habilidade no trato com o seu público, eles sabem o que os agrada, o que não dará certo e, o mais importante, como falar com eles e como captar sua atenção (INFLUENCY, 2019).

Muitos são os influenciadores digitais que se tem conhecimento, eles estão nos mais diversos segmentos, como entretenimento, beleza, gastronomia, educação. Anita, cantora de estilo funk, possui cerca de 57 milhões de seguidores e acaba sendo um padrão de estilo de vida.

---

<sup>4</sup> A publicidade é, também, considerada uma atividade comercial que utiliza técnicas criativas de persuasão e convencimento veiculadas nos meios de comunicação de massa, a fim de criar uma demanda no consumidor, satisfazendo-o e desenvolvendo o bem-estar social e econômico.

É nesta toada, inclusive, que surge na novela *A dona do pedaço* da Rede Globo de Televisão a *digital influencer* Vivi Guedes, protagonizada pela atriz Paola Oliveira. Na trama, Vivi Guedes dita seu estilo de vida e de moda. Vivi Guedes encontra-se em alta não só no mundo das novelas, mas também na vida “real”, tanto é verdade que a referida emissora abriu uma conta na rede social instagram da personagem. O perfil da Vivi Guedes encontra-se, atualmente, com 1,9 milhões de seguidores.

A personagem influenciadora digital Vivi Guedes, inclusive, tem feito publicidades, via comerciais, de produtos, a exemplo da empresa automobilística *Fiat*.

Quanto à publicidade, embora haja controle desta prática pelo Estado, a exemplo do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), tal fiscalização se mostra cada vez mais difícil quando se verifica um mercado que se utiliza técnicas obscuras de publicização de produtos e serviços, como é o caso da utilização da ciência neurológica para influenciar o padrão de consumo: o *neuromarketing*.

As imagens são trazidas pelo mercado e são adquiridas como necessárias pelos sujeitos consumidores, fomentando o desejo no consumo. É nesse sentido que se menciona que a publicidade, utilizando-se do espetáculo, é um mecanismo robusto do mercado para a aquisição de bens, o que faz com que seja possível o consumidor ser alienado quanto ao consumo consciente.

Nesse contexto que se analisa se os influenciadores digitais, que de certa forma publicizam produtos ou serviços, podem ser responsabilizados pelo Código de Defesa do Consumidor quando da ocorrência de algum dano no bem trazido a público por eles.

### **3 A responsabilidade civil consumerista e o *digital influencer***

A distinção entre a reparação civil no Código Civil e a de consumo é possível a partir da análise se há ou não relação consumerista. Ocorrendo, a regra é a utilização do Código de Defesa do Consumidor. Para existência de uma relação de consumo, necessário estar-se diante de um consumidor, que pode ser padrão ou equiparado, e doutro lado de um fornecedor, tendo como objeto da relação um produto ou um serviço.

Entende-se como consumidor padrão aquele esposado no *caput* do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 2019). A conceituação legal traz três diferentes elementos: o subjetivo, que se refere às pessoas, que podem ser físicas ou jurídicas; o objetivo, que relaciona a produtos e serviços; por fim, o elemento

teleológico, que define ser consumidor apenas o destinatário final do produto ou serviço.

Quanto ao destinatário final o Código de Defesa do Consumidor se utiliza da teoria finalista, isto é, consumidor seria aquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço para seu uso ou de sua família, sem possibilidade de comercialização. Entretanto, frente ao princípio básico que norteia as relações de consumo, que é a vulnerabilidade do consumidor, decisões judiciais surgiram no sentido de compreender também como destinatário final aqueles profissionais ou empresários vulneráveis, denominando a teoria finalista para finalista aprofundada (CALIXTO, 2004, p. 5).

Compreende-se como consumidor, ao lado do padrão, os equiparados, como a coletividade, conforme artigo 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, os quais, embora indeterminados terão proteção. Dessa forma, “O sentido desta equiparação é de fazer abranger pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, não apenas consumidores atuais, participantes reais de relações de consumo, como também a consideração da universalidade” (MIRAGEM, 2012, p. 122). Assim, possível fundamentar a tutela coletiva dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos esposados a partir do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, são equiparados a consumidor as vítimas de acidentes de consumo (artigo 17, Código de Defesa do Consumidor), a exemplo do sujeito que porventura esteja observando uma vitrine e venha a se ferir por estilhaços dos vidros em decorrência de uma explosão. Neste caso, embora não haja relação contratual entre a vítima e a loja que causou o dano, este deve ser reparado como consumidor. Por fim, equiparam-se a consumidor aqueles expostos às práticas comerciais abusivas (artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor), estas entendidas como oferta, publicidade, entre outras.

Como fornecedor, na outra esfera, o Código de Defesa do Consumidor o define (BRASIL, 2019):

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço.

Para que seja considerado fornecedor, não há necessidade de ser profissional, entretanto, imperioso que a atividade seja feita com habitualidade e a relação tenha se dado por meio de remuneração, mesmo que de forma indireta, como é o caso dos serviços de estacionamento *gratuito* em supermercados.

Havendo danos há dever de reparar, a questão é se os influenciadores digitais devem ser responsabilizados pela publicização dos produtos ou serviços recebidos “gratuitamente” frente ao seu público, compreendendo-os como fornecedores e seus seguidores como consumidores.

Na atual sociedade da informação, norteadas pelo espetáculo, muitos são os danos advindos das relações de consumo, já que os sujeitos-consumidores são instados – e estimulam – a aquisição de bens e serviços a todo instante, fato este que propicia a possibilidade de problemas advindos destes bens (SOARES, 2009, p. 23). Nesse sentido, quando da ocorrência de danos na relação consumerista, necessária a verificação dos pressupostos da responsabilização civil, assim como se o dano gerado é decorrente de um defeito ou de um vício no produto ou serviço.

A responsabilidade por defeito, entendida como responsabilidade pelo fato do bem, é aquela produzida por bens postos em circulação que produzem acidente a partir da desconformidade com a expectativa legítima do consumidor. O dano gerado ao consumidor, neste caso, dá-se física e/ou psicologicamente, extrapolando o dano puramente material.

Assim, o fabricante, que segundo a legislação consumerista é o responsável pela reparação por defeito no bem, só não será responsabilizado se provar que não colocou o produto no mercado, que o defeito inexistia, ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiros.

A responsabilidade por vício do produto ou serviço, diversamente do defeito, é entendida como aquela em que há a inadequação na qualidade ou na quantidade de produto ou serviço, gerando danos de monta material ao consumidor, sendo responsáveis por isso, solidariamente, o fabricante e o comerciante (artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor).

A regra da responsabilização civil pelo Código de Defesa do Consumidor é objetiva, ou seja, sem a necessidade de demonstração da culpa, excetuando-se apenas o caso dos profissionais liberais. O regramento consumerista visa a amparar as relações na atual sociedade de risco, em que há dificuldades na demonstração dos elementos básicos da reparação civil.

Interpretando o *digital influencer* como um fornecedor de produto, que o publiciza, este sendo responsável por qualquer possível dano nele, a discussão que pode ser feita é se ele se equipara ou não a um profissional liberal, em que a culpa deve ser demonstrada para a reparação.

Neste cenário, verifica-se uma maior facilidade na ocorrência de danos advindos do espetáculo no âmbito consumerista, já que é nesta sociedade que há o fomento da produção desenfreada de bens. Numa análise superficial e sedimentada, utilizar-se-ia o Código Civil para relações civilistas; quando

consumeristas, utilizar-se-ia o Código de Defesa do Consumidor, partindo-se do princípio de que a lei especial derroga a lei geral. Entretanto, as duas fontes – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor –, frente à proteção constitucional à pessoa, dialogam entre si, devendo ser utilizado o diploma que melhor proteja a vítima do infortúnio, independentemente do tipo de relação - consumerista ou puramente civilista.

Desta feita, verificando o contexto em que os *digitais influencers* laboram, assim como a utilização deles pelo mercado de consumo para disseminação e publicização de produtos e serviços, parece que alguma forma de responsabilização deve ser destacada a eles, considerando a influência que possuem no estilo de vida e no consumo de seus seguidores.

### **Conclusão**

A sociedade da informação, entendida como uma conexão em rede, que tem as tecnologias de informação como razão de ser, na qual a internet possui relevância, e assim passa a ser relevante forma de comunicação do ser humano. As mídias proliferam os riscos sociais com uma facilidade e velocidade muito maior que outrora, chegando a diferentes locais e pessoas. A informação de uma dieta milagrosa, por exemplo, com alto risco à saúde da humanidade, é proliferada rapidamente e o alcance é inimaginável, especialmente se publicizada por um influenciador digital.

O espetáculo, a imagem, são ditames da atual sociedade, a qual, é explorada pelo mercado, que se utiliza de pessoas famosas, que se colocam na posição de influenciadores digitais, para então consumir determinado produto ou serviço.

Neste contexto, os influenciadores digitais, quando realizam publicidade em seus canais de redes sociais, acerca de determinado bem e este vem a causar algum dano a um seguidor do influenciador, deve este ser responsabilizado, pois é também a ele que se deve o consumo do bem defeituoso ou viciado.

### **Referências**

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em out 2019.



- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Responsabilidade civil do fonecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- INFLUENCY. **Os maiores influenciadores digitais do Brasil**. Disponível em: <<https://www.influency.me/blog/os-maiores-influenciadores-digitais/>>. Acesso em out 2019.
- LACAN, Jacques. **O estúdio do espelho como formador da função do eu**. In: J. Lacan, *Escritos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- LLOSA, Mário Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LIPOVETSKY, Gilles e SERROY, Jean. **A cultura-mundo, respostas a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Metamorfoses da cultura liberal**. Ética, mídia e empresa. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004.
- MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

## A responsabilização administrativa das pessoas jurídicas sob a ótica da lei anticorrupção (\*)

The administrative accountability of legal entities under the anti-corruption law

La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas desde la perspectiva de la Ley contra la corrupción

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza<sup>1</sup>

Thiago Menezes Ramos<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** O Fenômeno da corrupção empresarial. **2.** A Responsabilização Administrativa das Pessoas Jurídicas por atos contra a Administração Pública. **3.** A Efetividade da Lei

---

(\*) Recibido: 14 junio 2019 | Aceptado: 30 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020



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

<sup>1</sup> 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.  
<https://orcid.org/0000-0002-3725-6339> | [patncss@gmail.com](mailto:patncss@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Bolsista da Capes (Bolsa Prosup/Taxa-Unit). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na contemporaneidade (CNPQ/UNIT).  
[thiagomenezesr@hotmail.com](mailto:thiagomenezesr@hotmail.com)

Anticorrupção Empresarial. – Considerações Finais. – Referências.

**Resumo:** O combate à corrupção constitui um dos maiores desafios e necessidades do mundo contemporâneo, o qual tem sido marcado pela globalização da economia e pelo aumento das relações entre o poder público e o setor privado. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar, por meio do método dedutivo, a importância da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) no âmbito do combate às ilicitudes praticadas por pessoas jurídicas no Brasil, com enfoque para a dimensão sancionatória da norma. Assim, surge o seguinte questionamento: O que muda com a lei nº 12.846/2013 no combate a ilicitudes praticadas por pessoas jurídicas no Brasil? A metodologia utilizada no trabalho foi por meio de uma pesquisa bibliográfica sobre o tema em comento, haja vista se tratar de um acontecimento jurídico hodierno, tendo como referenciais teóricos doutrinadores consagrados do Direito Administrativo. Observa-se que a lei ainda é aplicada de maneira incipiente no ordenamento jurídico pátrio, encontrando-se em um constante processo de aprimoramento, o que não exclui, por óbvio, a sua relevância, em virtude da mesma constituir um marco na consolidação de um sistema jurídico que engendra esforços para reduzir a impunidade que tanto assola o país. A pesquisa apontou para mudanças significativas no atual cenário brasileiro, à frente da Lei Anticorrupção, tanto que dispõe já no seu art.1º que a responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos ao patrimônio público é objetiva, dispensando a análise do elemento subjetivo da conduta lesiva ao erário.

**Palavras-chave:** corrupção, democracia, pessoa jurídica, responsabilização administrativa.

**Abstract:** Fighting corruption is one of the greatest needs of the contemporary world, which has been marked by the globalization of the economy and by the increase of the relationships between public authorities and the private sector. In that sense, analyze, through this work, the importance of Law nº 12.846/2013 (Business Anti-corruption Law), within the framework of combating ilicitudes practiced by corporations in Brazil, focusing for sanctioning dimension of the law. Thus, the following question: What changes with the law nº 12,846/2013 to combat the ilicitudes practiced by corporations in Brazil? The methodology used in the study was by means of a bibliographical research on the topic in comment, since, in the case of a legal event today, with the doctrinative theoretical references of administrative law. It is noticed that the norm is still incipient in the way applied legal homeland and who is still in a constant

process of improvement, what does not delete, obviously, your relevance, in virtue of the same constitute a milestone in the search for the consolidation of a legal system which leads efforts to reduce the impunity that so plagues the country. The research pointed to significant changes in the current scenario in Brazil, ahead of the Anti-corruption Law, so much so that already has in your art.1º that accountability of legal persons for acts damaging to public heritage is objective, eliminating the subjective element analysis of conduct detrimental to the public assets.

**Keywords:** corruption, democracy, legal person, administrative accountability.

**Resumen:** La lucha contra la corrupción es uno de los mayores retos y necesidades del mundo contemporáneo, que ha sido marcado por la globalización de la economía y el aumento de las relaciones entre el gobierno y el sector privado. En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar, a través del método deductivo, la importancia de la Ley 12.846 / 2013 (Ley de negocios Anticorrupción) en la lucha contra la actividad ilegal cometida por personas jurídicas en Brasil, centrándose en la dimensión punitiva de la norma. Por lo tanto, se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué cambios se dan con la Ley 12.846 / 2013 sobre la lucha contra las actividades ilegales cometidas por las personas jurídicas en Brasil? La metodología utilizada en el estudio se basó en una búsqueda en la literatura sobre el tema en discusión, considerando que se trata de un caso legal actual, abordado por los estudiosos con el marco teórico establecido por el derecho administrativo. Se observa que la ley se aplica aún de manera incipiente en el sistema jurídico brasileño, que se encuentran en un proceso de mejora constante, lo cual no excluye, obviamente, su relevancia, dado que la misma constituye un hito en la consolidación de un sistema legal para reducir la impunidad que afecta al país. La investigación apuntó a cambios significativos en el escenario actual de Brasil, teniendo por delante la Ley contra la corrupción; pues, en su artículo 1 ya ha previsto la responsabilidad de personas jurídicas por los actos perjudiciales al bien público que es objetivo, lo que impide el análisis del elemento subjetivo de la conducta perjudicial al tesoro público.

**Palabras clave:** corrupción, democracia, persona jurídica, responsabilidad administrativa.

## Introdução

A Lei nº 12.846/2013, de 01 de agosto de 2013, denominada de Lei Anticorrupção Empresarial ou Lei da Empresa Limpa, estabelece normas para a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública. A aprovação da referida lei é fruto de pressões internacionais para cumprimento de acordos assumidos pela República Federativa do Brasil no âmbito do combate à corrupção, principalmente em virtude da ratificação e promulgação da Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE<sup>3</sup>, Convenção Interamericana contra a Corrupção<sup>4</sup> e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>5</sup>.

Em que pese as pessoas jurídicas já pudessem ser responsabilizadas por atos contra o erário antes mesmo da promulgação da referida norma, as hipóteses de responsabilização eram demasiadamente restritas a vínculos específicos com o poder público, a exemplo de danos praticados à Administração Pública na seara das relações contratuais regidas pela Lei nº 8.666/93 ou até mesmo quando a pessoa jurídica praticava atos lesivos ao erário em conluio com agentes públicos, respondendo pelos eventuais danos nos moldes da Lei nº 8.429/92.

Assim, a Lei nº 12.846/2013 preencheu um vazio normativo existente na ordem jurídica pátria, ao estabelecer e sistematizar sanções específicas às pessoas jurídicas, o que, até então, inexistia no Brasil em termos legais.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no *caput* do art.37 que a moralidade é princípio que deve reger a atuação administrativa na persecução do interesse público. Dessa forma, a prática de atos ilícitos, como desvio de recursos públicos ou oferecimento de propina a agentes públicos, viola de forma direta a moralidade administrativa e, por conseguinte, a própria essência do Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo respeito às leis e pela força cogente dos princípios constitucionais.

---

<sup>3</sup> Adotada pelos Estados-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 17 de dezembro de 1997, sendo aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

<sup>4</sup> Adotada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996, sendo aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

<sup>5</sup> Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, sendo promulgada em 31 de janeiro de 2006 por meio do Decreto nº 5.687.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo geral compreender a importância da Lei Anticorrupção Empresarial no combate aos atos ilícitos praticados por organizações empresariais contra a Administração Pública. Dentre os objetivos específicos, busca-se sopesar os contornos jurídicos da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, ressaltando-se os aspectos que norteiam a efetividade da lei em comento.

Aventa-se a hipótese de que os dispositivos da Lei nº 12.846/2013 trazem em seu bojo a disseminação de uma cultura político-jurídica de combate aos atos ilícitos, cuja eficácia depende essencialmente da cooperação entre as instituições democráticas e a sociedade civil e de uma ressignificação dos valores sociais na contemporaneidade.

Desse pretense rigor, surge o questionamento que nos mobiliza diante da pesquisa: O que muda com a Lei nº 12.846/2014 no combate a ilicitudes praticadas por pessoas jurídicas no Brasil?

O trabalho encontra-se dividido em três partes. Na primeira parte analisa-se o fenômeno da corrupção privada no contexto da globalização e da influência do poder econômico exercido pelas corporações empresariais. Em seguida, aborda-se a responsabilização das pessoas jurídicas com base nas penalidades administrativas estabelecidas na Lei Anticorrupção Empresarial. A terceira parte e última parte esmiúça-se nos desafios existentes em torno da efetividade da lei.

Por meio do método dedutivo e dos procedimentos técnicos baseados na pesquisa bibliográfica, o presente ensaio apresenta ponderações no que tange a dimensão punitiva da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, utilizando referenciais teóricos gerais e específicos em torno da problemática da corrupção na era da pós-modernidade.

## **1. O fenômeno da corrupção empresarial**

O termo corrupção é um dos mais palpitantes da atualidade. No Brasil, a incidência dos atos ilícitos revelados pela mídia, principalmente a partir de 2015 com o advento da Operação Lava Jato, fizeram com que o fenômeno da corrupção empresarial se tornasse pauta de grandes discussões no âmbito social, fazendo parte, até hoje, do cotidiano do povo brasileiro.

É cediço que o regime jurídico-administrativo tem como base a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Assim, os atos de corrupção se manifestam quando há sobreposição dos interesses particulares em detrimento do interesse público, o que viola frontalmente a probidade que deve nortear a atuação administrativa.

Inicialmente, destaca-se que o final da década de 90 e início do século XXI tem sido marcado pela globalização dos mercados, com ênfase para as relações comerciais nacionais e internacionais. Nessa senda, os relacionamentos entre os setores público e privado foram se tornando cada vez mais estreitos ao longo dos últimos anos, fatores que ocasionaram não só o aumento das contratações e parcerias do setor público com o setor privado, mas também a ocorrência de fraudes e ilicitudes, envolvendo ambos os setores.

Os escândalos envolvendo a esfera privada encontram-se relacionados ao monopólio de poder político e econômico exercido por essas sociedades empresárias no mercado financeiro e na economia como um todo. Nessa linha de explicitação, Mileski (2015, p. 351) considera que a corrupção privada é fruto de condutas desviadas dos centros de poder das organizações empresariais que, para satisfazer interesses pessoais dos administradores e diretores, afasta-se do interesse social da empresa, atingindo toda a coletividade.

É notório que o sistema capitalista é caracterizado essencialmente por permitir e fomentar a acumulação de riquezas. Ademais, o fato de as organizações empresariais atuarem de maneira ativa na circulação do capital na era das relações globais, potencializa a ocorrência de atos ilícitos envolvendo a Administração Pública, mormente quando a iniciativa privada se apropria das brechas nos mecanismos de fiscalização e controle, se aproveita das lacunas normativas e, sobretudo, quando agentes públicos também se envolvem e contribuem com esse dinâmico processo de cometimento de fraudes e ilicitudes envolvendo o patrimônio público.

Assim sendo, nos sistemas capitalistas, todo acúmulo significativo de riquezas sob a forma de capital privado, pressupõe a existência de um grupo social majoritário do qual se retira algo de maneira institucionalizada, para ser acumulado por outro grupo minoritário, sob a forma de capital (ALVES, 2009, p. 174).

Com efeito, em razão de os instrumentos de controle estatal, por vezes, não serem suficientemente fortes e integrados a ponto de impedirem a prática dessas ilicitudes envolvendo o poder público, tornou-se relevante o estudo dos mecanismos de combate e prevenção dos atos de corrupção, com destaque para aquelas perpetrados, inclusive, no âmbito do setor privado.

Frise-se que a corrupção constitui um problema de cunho estrutural que aflige não só o Brasil, mas diversos países em todos os continentes. De

acordo com o mais recente relatório do Índice de Percepção da Corrupção<sup>6</sup> (IPC), realizado pela Transparência Internacional, o Brasil ocupa a 96ª posição entre os 180 países avaliados, tendo caído 17 posições no ranking mundial em relação ao relatório de 2016. Ainda de acordo com o relatório, a pontuação do Brasil passou de 40 para 37 entre os anos de 2016 e 2017, o que revela, em termos práticos, a inexistência de contundentes reduções nos níveis de corrupção no país nos últimos anos.

Nova Zelândia, Dinamarca e Finlândia, por sua vez, ocupam as primeiras colocações no ranking mundial, com pontuação, respectivamente, de 89, 88 e 85. Os países desenvolvidos, de modo geral, possuem consolidados instrumentos de controle dos gastos públicos e de transparência governamental. Isso não significa que não haja ou que não possa haver ilegalidades nesses locais, porém os mecanismos de controle e de participação popular encontram-se tão imbuídos em uma mesma realidade social a ponto de tornarem mais difícil a ocorrência de atos corruptivos, inclusive os atinentes à corrupção empresarial.

É por esse motivo que a corrupção é concebida como um fenômeno estrutural, justamente por envolver fatores sociais, políticos e econômicos. Além disso, a corrupção também se manifesta como um problema cultural, visto que “para entender-se um ato como corrupto ou não, faz-se necessário buscar a definição desse ato no contexto cultural da sociedade” (MILESKI, 2015, p.364).

Ademais, a nítida influência do poder econômico exercido por grandes organizações empresariais constitui um dos fatores mais preponderantes na análise do fenômeno da corrupção, tendo em vista que a sobreposição dos interesses privados dessas organizações sobre os interesses da coletividade tem favorecido a ocorrência de ilicitudes envolvendo o setor público e o setor privado.

Nessa perspectiva, afirmar-se-á que há uma indissociável relação entre corrupção, poder econômico e globalização, cujas consequências são nocivas tanto para o desenvolvimento socioeconômico dos países, quanto para a consolidação do regime democrático.

Santos (2013, p.51-52) sustenta que

---

<sup>6</sup> O Índice de Percepção da Corrupção constitui uma ferramenta que, desde 1996, realiza a medição do nível de corrupção envolvendo o setor público em todo o mundo. Para avaliar os países, o IPC utiliza uma escala de pontuação de 0 (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro). De acordo com o índice de 2017, dos 180 países avaliados, mais de dois terços receberam notas abaixo de 50, o que significa que hodiernamente mais de 6 milhões de pessoas vivem em países com elevadíssimo grau de corrupção.



A promiscuidade crescente entre o poder político e o poder econômico, a hipertrofia das funções de acumulação do Estado em detrimento das funções de confiança e de hegemonia, as condicionalidades impostas por agências financiadoras internacionais, o papel preponderante das empresas multinacionais na economia mundial, a concentração da riqueza, tudo isto tem contribuído para reorganizar o Estado, diluindo a sua soberania, submetendo-o à crescente influência de poderosos atores econômicos nacionais e internacionais, fazendo com que os mandatos democráticos sejam subvertidos por mandatos de interesses minoritários mas muito poderosos.

Destarte, na era da globalização da economia, a crescente influência do poder econômico das organizações empresariais nacionais e internacionais tem se mostrado um fator decisivo no processo de concentração do capital e no agravamento das desigualdades sociais, tendo em vista que o desvio ilegal de recursos públicos para o setor empresarial impede, por exemplo, que políticas públicas sejam implementadas de maneira mais efetiva.

Com efeito, nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a corrupção, seja pública ou privada, constitui um fenômeno de indubitável complexidade e, sobretudo, um obstáculo ao desenvolvimento social.

Para Sobral de Souza (2011, p. 47)

Os predicativos da corrupção até aqui arrolados são: a ilegalidade, a antiguidade, o caráter de criminalidade, o fenomênico, o clientelismo, o desvio, o querer tirar vantagens, o abuso, a transgressão, a violação [...].

É preciso destacar ainda que a corrupção se manifesta não somente por meio de ilícitos envolvendo grandes corporações empresariais, se fazendo presente, inclusive, no âmbito de pequenas sociedades empresariais localizadas nas mais longínquas cidades interioranas brasileiras, se concretizando, por exemplo, quando aquelas deixam de recolher os tributos devidos ou oferecem propina e benefícios indevidos a agentes públicos.

## **2. A responsabilização administrativa das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública**

O art.1º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013 estabelece que seus dispositivos se aplicam às pessoas jurídicas em face da prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Nessa acepção, a lei institui um critério amplo de Administração Pública, abrangendo todos os órgãos e entidades incumbidas do exercício da função pública.

Outrossim, uma contundente inovação da lei é englobar a administração estrangeira<sup>7</sup> no seu rol de proteção jurídica, o que revela o enfoque no

---

<sup>7</sup> Nos termos do art.5º, §1º da Lei nº 12.846/2013, considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer

combate às ilicitudes praticadas inclusive na seara das relações internacionais, até mesmo pelo fato de a mesma ter sido aprovada em virtude da celebração de convenções internacionais.

Assim, tornou-se juridicamente cabível a aplicação da legislação brasileira para punir atos ilícitos praticados por pessoas jurídicas nacionais em face da Administração Pública de países estrangeiros. Zymler (2016, p. 25) sustenta que esse caráter de extraterritorialidade da lei é relevante por contribuir para a criação de um espaço em que as transações comerciais estrangeiras sejam pautadas por regras de conduta moralmente aceitáveis, além de estimular o combate à impunidade nos atos de corrupção.

A lei em comento, portanto, determina os sujeitos ativos, na qualidade das pessoas jurídicas, e os sujeitos passivos, que, além dos já estabelecidos na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) compreende igualmente a Administração Pública Estrangeira, como se observa da leitura do citado dispositivo.

No tocante ao alcance normativo, o art.1º, parágrafo único da lei supramencionada prevê a aplicação para as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independente da forma de organização ou modelo societário adotado. Igualmente, se aplica a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Insta salientar que as organizações religiosas e partidos políticos, apesar de constituírem pessoas jurídicas de direito privado, conforme disposto no art. 44 do Código Civil Brasileiro, não foram contempladas no texto do Projeto de Lei nº 6.826/2010, que deu origem à Lei nº 12.846/2013, não estando inseridos, por opção legislativa, no rol do art.1º da Lei Anticorrupção Empresarial.

A figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, por sua vez, também não foi contemplada no aludido projeto de lei, haja vista que somente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, ou seja, em momento posterior ao envio do projeto de lei ao Congresso Nacional. Apesar disso, as regras dispostas na Lei Anticorrupção Empresarial também se aplicam à EIRELI, conforme já se manifestou a Controladoria-Geral da União por meio do Enunciado CJU nº 17/2017, de 11 de setembro de 2017, a saber:

---

nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 À EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Em relação aos microempreendedores individuais e empresários individuais, por não constituírem pessoas jurídicas, não há que se falar em aplicabilidade da Lei Anticorrupção, caso haja o envolvimento destes em ilicitudes quando do relacionamento com a Administração Pública. Nessas hipóteses, a responsabilização será cotejada com base em outras legislações, a exemplo da Lei nº 8.429/92 ou do próprio Código Civil, a depender do caso concreto.

Para cumprir seus objetivos, a norma estabelece dois eixos integrados de atuação: um repressivo e outro preventivo. Por meio de disposições repressivas, busca-se promover a responsabilização civil e administrativa através de sanções rígidas, que visam não só a punição, mas, sobretudo, o desestímulo à prática de atos ilícitos.

Para isso, a Lei Anticorrupção Empresarial é enfática ao dispor no próprio art. 1º que a aludida responsabilização das pessoas jurídicas por danos praticados ao poder público é objetiva, ou seja, independe da perquirição de dolo ou culpa.

É sabido que, em regra, o ordenamento jurídico brasileiro exige a análise do elemento subjetivo para aferir a responsabilidade do agente pela prática de seus atos. Entretanto, em relação às pessoas jurídicas, a lei dispensa essa análise, bastando a demonstração da conduta, do dano e do nexo de causalidade entre a ação ou omissão da pessoa natural que agiu em nome da pessoa jurídica, favorecendo os interesses desta.

Assim, Osório (2009, p. 378) sinaliza que no plano do Direito Administrativo Sancionador a demonstração de culpabilidade constitui uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita a atuação do Estado quando da imposição de sanções às pessoas físicas. Ainda de acordo com o mesmo, a culpabilidade das pessoas jurídicas não possui o mesmo alcance, pois encontra-se relacionada ao grau de evitabilidade do fato e do cumprimento dos deveres objetivos de cuidado que encadeiam a relação causal da entidade.

Nessa senda, ao se estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas na forma objetiva, consagra-se, no plano normativo, a importância de a pessoa jurídica concretizar valores éticos, tendo em vista que o interesse público é indubitavelmente o objeto de proteção da lei.

Ademais, a norma visa a combater de forma efetiva os atos contra a Administração Pública, tanto que dispensa a análise de dolo ou culpa para

responsabilizar a pessoa jurídica, o que não exclui a responsabilidade individual dos seus dirigentes, sócios ou administradores, na medida de sua culpabilidade.

Moreira Neto e Freitas (2014, p. 6-7) destacam que o motivo da responsabilização das pessoas jurídicas ser objetiva é claramente fomentar que estas instituem, por iniciativa própria, sistemas de controle sobre as condutas de seus próprios agentes, de modo a evitar a prática de atos transgressores da moral administrativa.

Todavia, é importante ressaltar que a matéria não é pacífica, tanto que já fora ajuizada a ADI 5.261/DF perante o STF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, questionando a constitucionalidade da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos contra o patrimônio público à luz da Lei da Empresa Limpa. De acordo com o Partido Social Liberal (PSL), autor da referida ação, atribuir a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas viola o princípio da intranscendência das penas, por permitir que aquelas sejam responsabilizadas por atos de terceiros, sem a análise de dolo ou culpa.

O Ministério Público Federal, ao apresentar parecer no presente processo, se manifestou no sentido de que inexistente qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 12.846/2013 no que tange à responsabilização objetiva, tendo em vista que o princípio da intranscendência das penas, previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal de 1988, guarda correlação direta com sanções de natureza criminal, sendo que a Lei Anticorrupção estabelece sanções de natureza civil e administrativa, as quais independem da responsabilização dos seus sócios ou dirigentes.

Frise-se que ainda não houve a apreciação da aludida ADI perante o STF, razão pela qual continua sendo objetiva a imputação de penalidades às pessoas jurídicas por atos contra o patrimônio público.

Na seara administrativa, as sanções englobam, nos termos do art. 6º, I, a aplicação de multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual não será inferior à vantagem auferida na hipótese de não ser possível a sua estimação.

Para aplicar a pena pecuniária, a lei dispõe que a apuração tem como base o faturamento bruto da pessoa jurídica relativo ao último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Caso não seja possível realizar a referida apuração, a multa será de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme previsão do art. 6º, § 4º da norma legal.

O Decreto nº 8.420/2015, ao regulamentar a aplicação da lei na esfera federal, estabelece que o valor final da multa terá como limite máximo o menor valor entre três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida. Deste modo, em que pese a norma legal preconizar que a pena de multa nunca será inferior ao valor da vantagem auferida, o decreto regulamentar federal também prevê a possibilidade de se considerar, para fins de estabelecimento do limite máximo da sanção, o valor da vantagem pretendida pelo infrator com a prática do ato ilícito.

Partindo-se de uma interpretação literal do art.7º<sup>8</sup>, nota-se que há uma evidente margem de valoração dos critérios de aplicação da pena de multa, o que pode gerar insegurança jurídica tanto para os infratores quanto para os agentes públicos. Ao analisar a juridicidade do referido artigo, Di Pietro (2018, p. 78) destaca que o fato de existir larga margem de apreciação na dosimetria da pena não significa discricionariedade administrativa, a qual ocorre quando há possibilidade, chancelada por lei, de decidir entre duas alternativas igualmente válidas para a ordem jurídica.

Assim, a escolha de um determinado percentual de multa a ser aplicada no âmbito administrativo deverá observar as peculiaridades do caso concreto em consonância com a gravidade da conduta, a fim de que haja a devida proporcionalidade entre a sanção e o efetivo dano causado ao erário. Destaque-se ainda que a lei não previu a reincidência como critério a ser sopesado pelo administrador na aplicação da pena pecuniária.

A publicação extraordinária da decisão condenatória<sup>9</sup> constitui a segunda penalidade administrativa. A aplicabilidade da sanção está disposta na norma

---

<sup>8</sup> Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o situação econômica do infrator;

VII - efeito negativo produzido pela infração;

VI - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;

<sup>9</sup> Art.6º, §5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta)

de maneira tecnicamente inapropriada, uma vez que o termo sentença se refere a ato emanado do Poder Judiciário, e a sanção a ser aplicada constitui, em verdade, nítida exteriorização de ato administrativo punitivo. Ademais, não há especificação precisa se o prazo mínimo de 30 (trinta) dias se refere tão somente a afixação de edital ou a todas as formas de publicação da decisão exigida por lei.

Em termos práticos, tem prevalecido o entendimento de que o prazo mínimo de 30 dias se aplica tanto para a afixação do edital no próprio estabelecimento do infrator, quanto para a publicação da decisão condenatória na Internet.

Como já mencionado, a sanção pode ter natureza civil, penal e administrativa, podendo ser classificada como a determinação de uma punição àquele que não respeita uma conduta estabelecida por uma norma jurídica. Nesse intuito, a Lei nº 12.846/2013 prevê a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica.

Decerto, a responsabilização civil é a mais efetiva no que tange alcançar os anseios sancionatórios impostos às pessoas jurídicas, na medida em que o processo administrativo tem se mostrado mais adequado no combate às ilicitudes decorrentes de contratos administrativos e procedimentos licitatórios.

Na seara judicial, segundo o exposto nos incisos I, II, III e IV, do art. 19 da Lei em comento, as sanções consistem em perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Acerca da abertura do processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica, a Lei Anticorrupção prevê que a sua instauração e o julgamento, mencionadas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.846/2013, são da competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes executivo, legislativo e judiciário, que atuará de ofício ou mediante provocação, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Podendo ser a competência delegada, todavia veda a subdelegação.

Cabe pontuar, no âmbito do Poder Executivo federal, a competência concorrente da Controladoria-Geral da União (CGU) para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para

---

dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

trazer os processos instaurados com fundamento na Lei nº. 12.846/2013, com a finalidade de analisar a sua regularidade ou corrigir o seu andamento, além de deter as atribuições de apurar, processar e julgar os atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira, obedecendo o quanto disposto no art. 4º<sup>10</sup> da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais internacionais.

O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica deve ser conduzido por comissão determinada pela autoridade instauradora e integrada por dois ou mais servidores estáveis, no qual o ente público, a pedido da omissão, poderá solicitar as medidas judiciais cabíveis para o exame e o processamento das infrações, inclusive busca e apreensão.

A comissão poderá propor, através de medida cautelar, que a autoridade instauradora suspenda os resultados do ato ou processo objeto da investigação.

O processo será finalizado em até no máximo 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que o instituir, tendo a possibilidade de prorrogação através de ato fundamentado da autoridade instauradora e, ao seu término, deverá ser apresentado com relatórios especificando os fatos apurados e detalhando a eventual responsabilidade da pessoa jurídica e, ainda, trazendo a sugestão motivada sobre as sanções a serem aplicadas.

Juntamente com os relatórios, o processo administrativo será enviado à autoridade instauradora para julgamento (art. 12), a partir do qual a pessoa jurídica a ser investigada terá o prazo de 30 dias para defesa, claro, contados a partir de sua intimação.

No âmbito do processo administrativo de responsabilização, apesar do trato superficial do legislador quanto a esta seara, a competência para instaurar e julgar os procedimentos administrativos é atribuída à autoridade máxima de

---

<sup>10</sup> Artigo 4º- Jurisdição

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território.

2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.

3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.

4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, permitindo, assim, a delegação à competência concorrente da Controladoria Geral da União no âmbito do Poder Executivo federal, que resulta numa infinidade de autoridades aptas a instaurar e conduzir os referidos processos. Espera-se que este tópico seja delimitado futuramente com os decretos de regulamentação vindouros.

Um fator considerado como negativo reside na questão da possibilidade de autoridades competentes incluírem, também, ocupantes de cargos em comissão (cargos de nomeação política). Todavia, na maioria das vezes, esta afirmação não prospera, visto que a prática da corrupção começa pelo agente público que, em maior parcela, fica impune a sanções.

Uma omissão encontrada na lei anticorrupção trata da ausência de previsão recursal. Assim, a não previsão da interposição de recurso administrativo se dá em razão de ser a autoridade máxima de cada órgão ou entidade a competente para instaurar e julgar os processos administrativos.

Não se pode olvidar de um latente contributo da Lei Anticorrupção que é a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, tratada no art. 14 da Lei em análise. O dispositivo ao tratar do tema, traz uma exceção à regra geral de punição de pessoa jurídica prevista no artigo 1º, caput e parágrafo único da Lei nº. 12.846/2013. Neste viés, para que se aplique a desconsideração da personalidade jurídica, basta a ocorrência de abuso do direito para facilitar, omitir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção ou para provocar confusão patrimonial (art. 5º), sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, a Administração Pública deverá informar ao Ministério Público sobre o término do processo administrativo para análise de eventuais delitos (art. 15).

## **2.1. Os Acordos de Leniência**

Ainda no âmbito da responsabilização administrativa, a Lei Anticorrupção Empresarial dispõe sobre a possibilidade da celebração de acordos entre o poder público e a pessoa jurídica infratora, desde que essa colabore efetivamente com as investigações e com o processo administrativo.

Marrara (2015, p. 512) considera que a leniência constitui um instrumento negocial por meio do qual há o estabelecimento de obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e a obrigação de colaborar com o Estado no exercício de suas funções



repressivas. Assim, a pessoa jurídica que cooperar com as autoridades administrativas, fornecendo-lhes informações e documentos que comprovem o ilícito apurado, poderá obter a isenção da publicação extraordinária da decisão sancionatória e a redução em até 2/3 do valor da multa a ser aplicada, nos termos do art. 16, § 2º da Lei nº 12.846/2013.

Cabe destacar ainda que a iniciativa para colaborar com a apuração do ato ilícito deve partir necessariamente da própria pessoa jurídica interessada, sob pena de violação ao devido processo legal. Frise-se que a norma não estabelece isenção ou patamar mínimo de redução da penalidade pecuniária e tampouco institui reflexos na responsabilidade penal dos infratores, fatores estes que para a doutrina especializada são desestimulantes do ponto de vista dos benefícios da celebração dos acordos para as pessoas jurídicas.

Ora, todo estabelecimento de um acordo pressupõe a existência de benefícios concretos para ambas as partes. Nesse diapasão, é imperioso consignar que o fato de a celebração dos acordos de leniência partirem da iniciativa do próprio infrator não exclui a necessidade do real interesse da própria administração pública no estabelecimento do compromisso.

De tal modo, não basta que a entidade infratora reconheça a prática do ato ilegal, sendo imprescindível o fornecimento de informações e provas novas, úteis e relevantes para a investigação e que ainda não sejam de conhecimento ou não estejam plenamente à disposição da autoridade administrativa competente.

Assim, o grau de efetividade dos acordos de compromisso firmados na esfera administrativa depende essencialmente da concreta intenção da pessoa jurídica infratora em colaborar de modo efetivo com a apuração do ato ilícito, e não apenas em obter benefícios diretos na dimensão sancionatória do processo administrativo.

Deve-se evitar, portanto, a preponderância dos interesses privados dos infratores no firmamento dos acordos, o que ensejaria, sem sombra de dúvidas, a continuidade do nefasto processo de ilicitudes praticadas pelas pessoas jurídicas quando do relacionamento com o poder público. Corroborando com o exposto, Habermas (1997, p.222) afirma que “processos de compromisso devem evitar que estruturas assimétricas de poder e potenciais de ameaça injustamente distribuídos prejudiquem o êxito das negociações”.

Logo, tem-se que os acordos de leniência, previstos e incentivados pela Lei Anticorrupção Empresarial, constituem, se bem aplicados, poderosos instrumentos a serviço do combate às fraudes e a atos corruptivos envolvendo o poder público e o setor privado, haja vista que a cooperação do infrator no bojo da colheita de provas pode contribuir para a elucidação

dos fatos, para a correta aplicação das penalidades administrativas e, sobretudo, para a identificação dos demais sujeitos envolvidos na infração, acaso existentes.

### **3. A efetividade da Lei anticorrupção empresarial**

Transcorridos 5 anos desde a promulgação da Lei nº 12.846/2013, muitos desafios circundam a efetividade da norma. De início, destaca-se que a corrupção, antes mesmo de ser considerada um problema de cunho social, é reflexo de fatores eminentemente culturais. Isso porque a noção do que seja lícito ou ilícito, legal ou ilegal, proibido ou permitido, varia conforme o contexto cultural de cada povo e de cada sociedade, a qual está em constante evolução ao longo dos anos.

Nessa lógica, seria demasiadamente pretencioso afirmar que a existência da Lei Anticorrupção, por si só, é suficiente para combater e solucionar todos os males advindos das ilicitudes praticadas no Brasil, visto que o elemento cultural é um fator intrínseco e decisivo na seara da corrupção, considerando que a busca pelo favorecimento pessoal é um atributo, até certo ponto, inerente ao próprio comportamento humano em convivência com seus pares.

No entanto, ressalta-se que se deve buscar combater as ilicitudes e atrocidades envolvendo o erário público no sentido de se estabelecer um modelo de aparelhamento estatal em que a incidência dos atos corruptivos ocorra a níveis socialmente aceitáveis, de modo a não prejudicar o atendimento das necessidades vitais do povo, como saúde, educação e segurança pública.

A norma constitui, em síntese, um marco legal no enfrentamento dos atos lesivos ao poder público, mas cuja aplicação ainda é embrionária.

A Lei Anticorrupção, traz em seu capítulo VII, referente às Disposições Finais, a implantação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), no âmbito do Poder Executivo federal. Este órgão é responsável por reunir e publicizar (sem prazo determinado) as sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, que deverão informar os dados e mantê-los atualizados no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), nos moldes dos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O cadastro deverá conter a razão social e CNPJ, espécie de sanção, data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso, e, após transcorrido o prazo do cumprimento do acordo de leniência, da reparação do dano causado ou daquele determinado

no ato sancionador. Os registros poderão ser excluídos mediante solicitação do órgão sancionador.

De acordo com os dados constantes no CNEP, portanto, atualmente encontram-se em execução 72 sanções aplicadas com base na Lei da Empresa Limpa, sendo 55 de multa, 16 de publicação extraordinária da decisão condenatória e 1 de perdimento de bens, envolvendo o total de 56 sancionados. Em relação aos acordos de leniência, consta a existência de 6 compromissos em vigor, todos celebrados pelo Poder Executivo Federal por meio da Controladoria-Geral da União.

Os indigitados dados quantitativos demonstram que a Lei Anticorrupção vem sendo aplicada de maneira incipiente, porém não é inócua. Dessa forma, a dimensão sancionatória da lei tem se consolidado de modo tímido ao longo dos últimos anos, o que é razoável conceber considerando o fato de que os atos de corrupção não são combatidos do dia para a noite, especialmente no Brasil, cujos processos históricos são marcados pelo estigma do patrimonialismo e do clientelismo.

Nessa perspectiva, questiona-se: como tornar a lei anticorrupção mais efetiva? A resposta para a indagação é complexa e exige uma análise pormenorizada dos fatores sociais, econômicos, políticos e culturais que permeiam a corrupção privada, o que não é o objetivo crucial do presente trabalho. No entanto, pode-se afirmar que todo sistema de combate às ilicitudes possui como espinha dorsal o fortalecimento dos mecanismos de controle, punição e prevenção.

Com efeito, a questão da efetividade da norma anticorrupção abrange, em uma primeira dimensão, o amadurecimento e evolução das próprias estruturas do poder público. Nessa linha de argumentação, Odete Medauar (2015, p. 124) aduz sobre a necessidade de aprimoramento das técnicas e atividades fiscalizadoras, devendo-se fomentar a chamada “vocação preventiva”, a qual suscita na própria Administração Pública uma deontologia que previne as ilegalidades e que é integrada na sua atuação normal.

Aliás, a debilidade das instituições do setor público é um motivo pelo qual a busca de renda pelos empresários   end mica, sendo o predomínio da corrupção um efeito colateral do pobre funcionamento de um Estado (ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 62).

Para Santolim (2014, p.223)

Na medida que os Tribunais de Contas forem, eles próprios, capazes de, pela efetividade da fiscalização, impor aos gestores uma atuação eficiente e eficaz na aplicação da ‘Lei Anticorrupção’, a atividade da corrupção tende a tornar-se mais ‘custosa’ [...], fazendo com que agentes econ micos envolvidos,

necessariamente, a partir de um comportamento racional, tenham que computar a probabilidade de sofrerem sanções, assim como estimem a extensão desses possíveis efeitos, o que afetará a decisão sobre a realização ou não dos atos lesivos.

Em uma segunda dimensão, destaca-se a relevância da participação popular no bojo do regime democrático. Isso porque os altos índices de corrupção privada em um país, além de prejudicarem o desenvolvimento nacional, deturpam a livre concorrência e a manutenção da ordem econômica, causando, dentre outros fatores, revolta e indignação no seio popular.

Nesse viés, incumbe ao poder público aproximar o povo na gestão da coisa pública, a fim de que haja uma mútua cooperação entre administrados e administradores. Como bem salienta Silva e Souza (2017, p. 219), “a divulgação das ações incentiva a análise crítica da gestão pública, por ser intrínseca à própria natureza da democracia”.

Quanto maior o grau de transparência no trato da coisa pública, maior o nível de participação e confiabilidade do povo no Estado ao qual estão inseridos. Aliado a isso, o aumento na divulgação das próprias penalidades administrativas imputadas às pessoas jurídicas com base na Lei da Empresa Limpa constitui um potencial instrumento apto a dissuadir, ao longo dos anos, as empresas no cometimento de atos violadores da moralidade e probidade administrativa.

Ressalta-se que a Lei Anticorrupção é lacunosa em diversos aspectos, a exemplo da sistematização e aplicação dos acordos de leniência, fato que enseja a real necessidade de regulamentação específica por parte dos entes da federação para atender as suas peculiaridades. No âmbito da União, desde 2015 subsiste a regulamentação através do Decreto nº 8.420/2015. Na esfera estadual, 13 Estados<sup>11</sup> e o Distrito Federal também já esmiuçaram a aplicabilidade da Lei nº 12.846/2013 por meio de regulamentos próprios, o que indica que a regulamentação da norma ainda é um desafio a ser superado por muitos entes federativos no Brasil.

### **Considerações finais**

Dado o exposto, infere-se que o fenômeno da corrupção se encontra relacionado a fatores estruturais que estão arraigados culturalmente na sociedade. Na era da globalização da economia, a crescente influência do poder econômico de grandes organizações empresariais acentua a problemática da corrupção, subvertendo, por vezes, os interesses da

---

<sup>11</sup> Já regulamentaram a Lei Anticorrupção os Estados de Alagoas, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins e Rio de Janeiro.

coletividade em prol da manutenção dos privilégios e prioridades de dominantes grupos minoritários detentores de capital.

Contudo, a prática de ilegalidades envolvendo a administração pública não se restringe a tais grupos, existindo em todos os níveis e esferas de governo, sendo praticados, inclusive, por sociedades empresariais de menor porte.

A Lei nº 12.846/2013, ao estabelecer penalidades administrativas para as pessoas jurídicas, preenche o vazio normativo até então existente no sistema jurídico, que não contava com um instrumento legal para responsabilizar corporações e sociedades empresariais por danos causados ao poder público. Nessa senda, a norma constitui um marco no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por visar combater os atos de corrupção perpetrados na esfera privada, atos estes que, de forma velada, desnaturam a ordem econômica, depreciam a livre concorrência e, sobretudo, prejudicam o desenvolvimento nacional.

Nesse cenário, é importante destacar a possibilidade de responsabilização das empresas como um fator diferencial presente na Lei Anticorrupção, em que tenta resguardar a ética e a moralidade pública, uma vez que antes dela somente a pessoa física era punida. A presente lei também se destaca por apresentar a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, como bem exposta no seu art. 1º.

Conquanto a aplicação da lei ainda seja embrionária, as penalidades na esfera administrativa estão sendo aplicadas nos presentes dias, o que afasta, nesse sentido, eventual tese de que a norma é inócua e que “a lei não pegou”. Assim, é preciso considerar que toda norma jurídica exige tempo para enraizar os seus dispositivos na prática social, tanto pela adaptação dos próprios operadores do direito quanto pela evolução cultural da própria sociedade.

Constatou-se no presente ensaio que a Lei Anticorrupção Empresarial, de fato, tem por escopo trazer mudanças significativas no atual cenário brasileiro, tanto que dispõe já no seu art.1º que a responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos ao patrimônio público é objetiva, dispensando a análise do elemento subjetivo da conduta lesiva ao erário. A finalidade da norma, portanto, é dissuadir a prática de ilicitudes e estimular a instituição, pela própria pessoa jurídica, de mecanismos de controle sobre a atuação dos seus agentes, seja no exercício da atividade empresarial ou no próprio relacionamento com o poder público.

Assim, a sistemática da responsabilização administrativa sob a ótica da Lei Anticorrupção se amolda à realidade brasileira, prevendo instrumentos de

combate às ilicitudes, a exemplo dos acordos de leniência positivados no art. 16 da indigitada lei.

A aplicabilidade da norma anticorrupção demanda a superação de inúmeros desafios contemporâneos. Nesse contexto, é imprescindível aprimorar as próprias estruturas governamentais, com ênfase no fortalecimento dos mecanismos de controle, prevenção e punição de atos ilícitos.

Ao mesmo tempo, urge a necessidade de o povo, verdadeiro titular da soberania, atuar ativamente na gestão da coisa pública. Nesse viés, cooperação, transparência e participação popular, além de constituírem o oxigênio dos regimes democráticos, são fatores imprescindíveis no âmbito do combate à corrupção. Ademais, é preciso que os entes públicos regulamentem a Lei da Empresa Limpa, a fim de que as suas peculiaridades locais sejam atendidas.

Destarte, a luta contra a corrupção é, antes de tudo, a luta contra uma sociedade de privilégios, favorecimentos e irregularidades, o que pressupõe o aprimoramento das instituições democráticas, a adoção de medidas preventivas e repressivas, e, sobretudo, a existência de instrumentos normativos que visem reduzir as ilicitudes, tal qual se propõe a Lei Anticorrupção.

## Referências

ALVES, Alaor Caffé. Exploração Capitalista do Homem pelo Homem e Corrupção. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; NUSDEO, Fabio; SALOMÃO FILHO, Calixto (orgs). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri, SP: Manole, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13.out.2018.

BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Enunciado CGU nº 17, de 11 de setembro de 2017. Aplicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada-EIRELI. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/enunciados-e-demais-documentos-aprovados>> Acesso em: 12.out.2018.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)> Acesso em: 12.out.2018.

**BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.** Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm)> Acesso em: 12.out.2018.

**BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)> Acesso em: 12.out.2018.

**BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm)>. Acesso em: 13.out.2018.

**BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União.** Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP). Disponível em: < [http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cnep?ordenarPor=no me&direcao=asc](http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cnep?ordenarPor=no%20me&direcao=asc)>. Acesso em: 15.out.2018.

**BRASIL. Projeto de Lei nº 6.826, de 18 de fevereiro de 2010.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>> Acesso em: 12.out.2018.

**BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 13.out.2018.

- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 13. out.2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 13.out.2018.
- BRASIL. **Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm)> Acesso em: 13.out.2018.
- BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)> Acesso em: 13.out.2018.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.261. Autor: Partido Social Liberal (PSL). Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art.7º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1997.
- MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo.** Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – USP, vol. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.
- MILESKI, Hélio Saul. **O estado contemporâneo e a corrupção.** 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.



- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção**: reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em: <[http://www.fsl.adv.br/sites/www.fsl.adv.br/files/a\\_juridicidade\\_da\\_lei\\_anticorruptao\\_-\\_inclusao\\_em\\_20.02.14.pdf](http://www.fsl.adv.br/sites/www.fsl.adv.br/files/a_juridicidade_da_lei_anticorruptao_-_inclusao_em_20.02.14.pdf)>. Acesso em: 28 out.2018.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía global. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 10, p. 51-82, 1999. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb941>>. Acesso em: 06 nov.2018.
- SANTOLIM, Cesar. A Lei Anticorrupção e os Tribunais de Contas. In: LIMA, Luiz Henrique (Coord.). **Tribunais de Contas**: temas polêmicos na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.
- SILVA, Lucas Gonçalves da; SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. O controle social como instrumento de defesa da democracia. **Revista Jurídica – Unicuritiba**, vol. 04, n.º. 49, Curitiba, p.207-230, 2017.
- SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. **Corrupção e Improbidade Críticas e Controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. v. 001.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção**. Disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 13 out. 2018.
- ZYMLER, Benjamin. **Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**: uma visão do controle externo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

## **DERECHO PROCESAL CIVIL**

## A perícia forense sob a égide do novo processo civil brasileiro<sup>(\*)</sup>

### Forensic expertise under the aegis of the new Brazilian civil suit

### Peritaje forense bajo la égida del nuevo proceso civil brasilero

Vanessa Azevedo Maranhão Dias<sup>1</sup>

Diogo Severino Ramos da Silva<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** O perito. **2.** O estudo da prova pericial no novo CPC. **3.** Honorários. **4.** Forma e procedimento da produção da prova pericial. **5.** Laudo pericial. – Conclusão. – Referência.

**Resumo:** O artigo tem como objetivo de analisar o novo código do processo civil brasileiro na perícia forense, que vai prestigiar o perito trazendo qualidade para a sua indicação, reforçando a necessidade de ter alguém que possa auxiliar o juiz nas áreas que ele não tenham dominância sobre o conhecimento técnico e científico de determinado caso, dando condições objetivas para que ele tome decisões possíveis, formando seu conhecimento a

---

(\*) Recibido: 27 marzo 2019 | Aceptado: 15 julio 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife- FICR- Recife. 10º Período.

[Vanessamaranhão9@gmail.com](mailto:Vanessamaranhão9@gmail.com)

<sup>2</sup> Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife - Recife. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717).

[diogoramos.adv@gmail.com](mailto:diogoramos.adv@gmail.com)

partir de um esclarecimento técnico, sendo resultado do perito, que estará expresso no laudo pericial sendo como uma prova mais sensível do processo civil, digna de merecer total atenção do legislador, a começar pelos critérios de escolha do perito. Como fontes de referência para base teórica, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema, contribuindo para formação correta do conteúdo proposto para análise.

**Palavra-chave:** perito, assistente técnico, Código de Processo Civil, Brasil.

**Summary:** The article aims to analyze the new code of Brazilian civil procedure in forensic expertise, which will give prestige to the expert bringing quality to his appointment, reinforcing the need to have someone who can assist the judge in airlines that he does not have dominance over the technical and scientific knowledge of a particular case, giving objective conditions for him to take possible decisions, forming his knowledge from a technical clarification, being the result of the expert, which will be expressed in the expert report being as a more sensitive evidence of the civil process, worthy of full attention of the legislator, starting with the criteria for choosing the expert. As reference sources for theoretical basis, journal articles were used, in addition to electronic data captured in Google academic and Scielo, as well as in books that deal with the theme, contributing to the correct formation of the content proposed for analysis.

**Keywords:** expert, technical assistant, expert evidence, Code of Civil Procedure, Brazil.

**Resumen:** El artículo tiene como objetivo analizar el nuevo código de procedimiento civil brasileño respecto del peritaje forense, que dará prestigio al experto aportando calidad a su nombramiento, reforzando la necesidad de contar con alguien que pueda asistir al juez en las líneas que no tenga dominio sobre el conocimiento técnico y científico de un caso particular. Creando así condiciones objetivas para que el juez tome posibles decisiones, formando su conocimiento a partir de una aclaración técnica, siendo el resultado del peritaje, que se expresará en el informe pericial como una prueba más sensible del proceso civil, digno de toda la atención del legislador, empezando por los criterios para la elección del perito. Como fuentes de referencia para la base teórica, se utilizaron artículos de revistas, además de datos electrónicos captados en Google academic y Scielo, así

como en libros que tratan el tema, contribuyendo a la correcta formación del contenido propuesto para el análisis.

**Palabras clave:** perito, asistente técnico, prueba pericial, Código de Procedimiento Civil, Brasil.

---

## Introdução

O artigo é realizado no âmbito do direito processual civil, onde vamos estudar sobre a prova pericial, mostrando a importância do perito em determinados casos, onde o juiz vai precisar de um auxiliar para produzir a prova pericial e com o resultado da prova, o juiz vai ter a possibilidade de tomar uma decisão coerente.

Sendo o artigo construído por uma introdução, cinco pontos de desenvolvimento e uma conclusão. No primeiro ponto, faz uma análise de quem é o perito, no segundo ponto, abordamos o estudo da prova pericial no novo código de processo civil, falando também do cabimento da perícia no novo, no terceiro ponto, abordamos sobre os honorários periciais, no quarto ponto, fazemos uma análise de que forma se dá a produção de prova pericial qual o procedimento para a produção de prova pericial e por último, no quinto ponto, estudamos o laudo pericial.

Iniciamos os estudos analisando quem é o perito, então o perito é um especialista em determinada área técnica e científica, ele que vai produzir a prova de determinado caso e do resultado da prova para o juiz apresentar as partes e ter sua conclusão do caso.

Podemos ver que no estudo da prova pericial do novo código de processo civil onde falando também do cabimento, é um tema de total importância para este artigo pois a prova pericial é aquela pela qual vai se dar a elucidação do fato com o auxílio de um perito especializado em determinada área técnica e científica.

Os honorários periciais é quando eles são nomeados o juízo intima para que ele tome conhecimento da nomeação e para que ele apresente uma proposta, verificando que tipo de perícia ele deve fazer.

De que forma se dá a produção da prova pericial e qual é o procedimento para a produção, a produção da prova pode ser determinada de ofício pelo juízo ou pelo requerimento das partes.

O laudo pericial é o resultado da prova do caso, nele deve ter a exposição do objeto da perícia, a análise técnica ou científica realizada pelo perito, a indicação do método utilizado, escarrando-o e demonstrando ser predominante aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou e a resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

Por fim, por entendermos que é um tema que tem sua especial complexidade, podendo gerar controvérsia e também fatos. Trouxemos nesse artigo alguns aspectos sobre a perícia forense no novo código de processo civil.

## **1. O perito.**

O perito é aquela pessoa que precisa ter pleno conhecimento técnico e específico sobre determinada área, ela vai auxiliar o juiz a tomar uma decisão certa, é fundamental que ela seja especialista em determinada área para que ele responda todos os questionamentos e dúvidas das partes e para produzir a prova pericial. Ele não atua no processo como um ponto parcial, ele não deve pender nem para um lado nem para o outro, deve atuar com imparcialidade e auxiliar do juízo.

No momento da elaboração do laudo pericial que será o resultado da perícia, ele pode dependendo de o caso emitir juízo de valor sobre as questões técnicas discutidas com base no seu conhecimento técnico sobre a questão técnica, o que ele não pode é emitir juízo de valor sobre questões jurídicas.

Podemos ver alguns exemplos como um caso onde a parte autora tenha adquirido um determinado imóvel tenha desmoronado, logo ela vai propor uma ação contra a pessoa que lhe vendeu o imóvel, alegando que a estrutura do determinado imóvel estava corrompida, então o juiz determina a realização de uma prova pericial para verificar a estrutura do imóvel, o perito deve analisar a estrutura do imóvel ou alguém que tenha obviamente conhecimento específico na área de engenharia civil que entenda sobre construção de imóveis, vai analisar e vai dizer se havia ou não havia algum problema na estrutura do imóvel que pudesse levar o imóvel a desmoronar ou quais forma os usos, as situações que levaram ao desmoronamento dos monumentos do determinado imóvel.

Agora podemos fazer outro exemplo onde o perito em hipótese alguma vai poder emitir juízo de valor sobre a questão jurídica, que é por exemplo: a parte esteja pedindo indenização por danos morais em razão desse fato, ele não pode se manifestar-se se é favorável ou se não favorável a indenização por danos morais, em razão daquilo pois se trata de uma questão jurídica e que deve ser resolvida pelo juiz e não pelo perito.

É exigido que o perito seja imparcial ao ser nomeado em um determinado caso, em que ele vai verificar que uma das partes é alguém próximo a ele, o próprio perito pode declarar-se de caso suspeito ou impedimento e declinar da sua nomeação, caso o perito não faça, as partes podem fazer a arguição de impedimento ou suspensão do perito. Podendo ele ser substituído no decorrer da realização da prova pericial ou mesmo antes pode se verificar que o perito não tenha conhecimento técnico ou científico suficiente que possa responder a todos os questionamentos formulados pelas partes de forma conclusiva. Ele pode ser substituído pelo juízo podendo ser de ofício ou de requerimento das partes.

## **2. O estudo da prova pericial no novo Código de Processo Civil.**

A prova pericial, é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com auxílio de um perito, especializado em determinado campo do saber, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial, o que poderá ser objeto de discursão pelas partes e por seus assistentes técnicos. (CPC)

Todos nós sabemos que o juiz é o gênio em direito mas tem casos específicos que precisam ser discutidas algumas questões que não são jurídicas, é preciso que se discutam questões relativas a outras áreas do conhecimento que o juiz por si só não domine então será necessário um auxílio por alguém que tenha total conhecimento técnico e científico sobre determinada ocasião, que ele possa analisar e oferecer um laudo pericial respondendo todos os questionamentos, perguntas, dúvidas das partes do processo, respeitando os fatos ou situações que estejam havendo naquele processo.

Vamos ver que existe três tipos que são: O exame, vistoria e a avaliação. Tendo os peritos que atua dentro de um laboratório forense e os que vão ao campo elucidar o crime, a função do perito é materializar um delito e a importância dessa materialização, é configurar o crime e fazer com que se perpetue ao longo dos anos, isso quer dizer que daqui a 10 anos, é empregar um laudo de um perito para ler e ele vai se colocar na cena daquele crime e entender claramente como aconteceu, isso porque os vestígios que é trabalhado em campo se perde ao longo dos anos mas os documentos faz com que ele se perpetue aquele vestígio.

Então o perito que trabalha no local do crime, tem a função de documentar tudo o que eles veem naquele local, vestígio é tudo aquilo que pode ou não ter relação ao crime perfeito, o perito recolhe aquilo e em uma análise posterior ele vai determinar se tem ou não relação com aquela ação criminosa, caso tenha, o vestígio vai se transformar em evidência, podendo enviar por exemplo o vestígio coletado em um local de crime para o laboratório balística, podendo ser enviando também para um laboratório

popiloscopista para documentos e ai após a coletar as amostrar pode enviar a um laboratório de DNA ou laboratório de físico químico e através do laudo complementar deles que vão juntos ao laudo do local do crime dizer que aquele vestígio passou a ser evidencia passou a ter relação com o crime.

O perito do local do crime também determina a dinâmica parcial dos fatos. Por que falar parcial? Porque o perito não presenciou a ocorrência então ele não pode dá a dinâmica total de como ela aconteceu, mas a partir de estudos dele, do olhar técnico que ele tem e de maneira objetiva, ele vai determinar a dinâmica parcial dos eventos e esclarecer como se deu, se for passível atrás de exemplos de obtenção de uma amostra de DNA, podendo determinar uma possível autoria, mas esse não é o papel principal do laudo.

O papel principal do laudo de um perito de local do crime é materializar a ocorrência perpetua, fazendo com que fique daquela mesma forma durante anos e quem lê o laudo se coloque no local do crime, também determinar como aconteceu a dinâmica daqueles fatos, onde a vítima estava, por onde ela veio como procedeu enfim são inúmeras as possibilidades que podemos relatar no laudo do crime.

Os cabimentos da perícia podemos ver que no artigo 464 do código de processo civil no seu primeiro parágrafo, no inciso primeiro, segundo e terceiro vai falar sobre as possibilidades que o juiz tem de indeferir a perícia.

Artigo 464 (...) § 1 O juiz indeferira a perícia quando:

A prova de fato não depende de conhecimento especial de técnico;

For desnecessária em vista de outras provas produzidas;

A verificação for impraticável.

A primeira possibilidade vai ser quando o juiz por si só pode esclarecer o caso por meio de prova, então o juiz indefere a produção da prova pericial, na segunda possibilidade é quando o juiz analisa os autos do processo e verifica que já tem provas colocadas pelas partes na petição inicial ou na contestação sendo suficientes para esclarecer aquele fato, não sendo necessário um perito, sendo assim o juiz vai indeferir por já existir esclarecimento por meios de provas e a terceira possibilidade será quando não tiver meios de produzir a prova pericial, como por exemplo: não existir mais a coisa por uma seria de motivos que levam a impossibilidade de praticar ou realizar a prova pericial.

Nos parágrafos seguintes trazem uma novidade, que é a possibilidade de produção de provas técnicas simplificadas, vem em homenagem a economia processual e a duração razoável do processo, inspiração da legislação dos juizados especiais e a Lei 9.099 de 1995, que prevê a possibilidade de prova



técnica simplificada trazida para o procedimento comum do processo civil, e que proíbe a produção de prova pericial complexa.

### **3. Honorários.**

O perito tem o direito de receber honorários periciais, quando for nomeado o juízo intima para que ele tome conhecimento da nomeação e para que ele apresente uma proposta de honorários. Verificando que tipo de perícia, com isso ele vai apresentar uma proposta de honorário ao juiz, abrindo o prazo para as partes se manifestarem a respeito daquela proposta de honorários.

Quem vai arcar com o pagamento dos honorários do perito, vai ser uma das partes ou as duas partes, vai depender de quem pediu a produção da prova pericial mas se caso houver inversão do ônus da prova é ela que vai arcar com o pagamento dos honorários periciais, nada mais justo do que as partes se manifestarem a respeito desses honorários, é fundamental que isso aconteça a fim de evitar que o perito cobre um valor muito alto, valor fora do mercado ou mesmo para evitar que o valor da perícia seja mais custoso ou maior que o valor da causa.

As partes se manifestando uma vez, o juiz com base na proposta feita pelo perito na manifestação das partes, o juiz então vai deferir, arbitrar os honorários a serem pagos de uma vez mas o código prever também possibilidade de que se adiante 50% do valor dos honorários antes da perícia e uma vez antes que o laudo pericial entregues sejam pagos os demais 50% do valor daqueles honorários periciais que foram arbitrados para aquela perícia e ao fim é possível que o juiz reduza o valor dos honorários inicialmente fixados, se entender que a perícia foi inconclusiva ou seja que ela não foi suficiente para esclarecer todas as dúvidas.

Caso o perito não agiu, não produziu um laudo perfeitamente adequado então é possível que o juiz reduza o valor dos honorários periciais, essas são as características relativas aos honorários do perito.

Nessa configuração da prova pericial, além da figura do perito é possível que haja também a participação de assistente técnico, eles diferentemente do perito, não são escolhidos pelo juízo, eles são escolhidos pelas partes, em uma prova pericial não há obrigatoriedade de indicações de assistentes técnicos, é possível que as partes indiquem mas isso é opcional, cada parte que vai decidir, se pretende ou não pretende contratar um assistente técnico para acompanhar a produção daquela prova pericial.

Enquanto o perito tem que ser imparcial, um dos assistentes técnicos são parcial porque são contratados por cada uma das partes para que acompanhe aquela perícia que vai ser produzida e apresentada ao final, um parecer

técnico e seja concordante com o laudo pericial apresentada pelo perito ou discorde dele mas eles serão auxiliares das partes na produção daquela prova.

Além disso o assistente técnico, quando auxiliam as partes quer dizer que eles fiscalizam a atuação do perito durante a realização da prova, isso porque quando se trata de um esclarecimento da necessidade de esclarecer sobre um determinado fato que diga a respeito a uma área específica de conhecimento que as partes não dominem ou que os seus advogados não dominem, é fundamental a realização de uma prova pericial e as partes então podem se valer dos assistentes técnicos.

Para que eles acompanhe e tenham plena certeza de que o perito está produzindo a melhor prova pericial possível, logo os assistentes técnicos são contratados pelas as partes, a remuneração deles fica a cargo de cada uma das partes, não há ingerência do juízo sobre os honorários a serem pagos aos assistentes técnicos, eles acompanham a produção da prova pericial e terão acesso ao laudo pericial apresentada pelo perito ao final, para que a partir desse laudo eles possam apresentar os seus pareceres técnicos e indicando as suas conclusões a respeito do que é o fato e isso vai ser apresentando e ser juntado nos autos esses dois pareceres.

O juiz então irá analisar o laudo pericial acompanhado dos dois pareceres técnicos ou de outros pareceres técnicos dependendo do número de assistentes técnicos e que as partes tenham apresentado, dependendo também obviamente do número das partes de tal processo.

#### **4. Forma e procedimento da produção de prova pericial.**

A produção da prova pericial pode ser determinada de ofício pelo juízo ou pelo requerimento das partes, o requerimento para a produção de prova pericial o autor faz na sua petição inicial e o réu faz na sua contestação e depois eles vão reafirmar esse pedido no momento de especificação das provas, após ser pedido pelo autor ou pelo o réu durante a fase postulatória, o juiz pode determinar a realização de prova pericial de ofício, porque o juiz possui poder instrutório e que ele pode então determinar de ofício a produção de provas, caso ele entenda necessária a provavai ser definido na decisão que sanear o feito.

O saneamento é um momento que o juiz fixar os pontos contravertidos, vai distribuir o ônus da prova e dizer quais provas devem ser produzidas, então se haver a necessidade de prova pericial o juiz vai determinar que seja produzida a partir da decisão que sanear o efeito, ganhou o feito, definiu que

a necessidade de produção de prova pericial, ele vai nomear um perito, nomeando.

O perito intima as partes para que ela se manifestem e tenham o respeito desse perito e as partes então tem 15 dias, o que as partes podem fazer a partir da nomeação do perito, elas podem arguir impedimento ou suspensão se for o caso, se aquele perito se enquadra em alguma das hipóteses de impedimento ou suspensão as partes então em 15 dias a partir do momento em que elas sejam intimadas de nomeação do perito para apresentar a arguição de impedimento ou suspensão caso ela não haja nenhuma das coisas de impedimento e suspensão.

As partes então vão aceitar o perito e podem indicar um assistente técnico, e vão formular os seus quesitos o que são as perguntas a respeito daquelas questões técnicas ou científicas que as partes querem ver respondidos pelo perito.

Depois dessa fase, o perito vai ser intimado para que em 5 dias diga se aceita ou não aceita o encargo para ser perito naquele processo. Vai propor seus honorários, e ao mesmo tempo apresentar o seu currículo, com seus dados periciais, também os seus contatos terão que ser via e-mail, porque a partir daquele momento o perito será intimado, sempre por correio eletrônico, a respeito dos atos processuais, tornando o processo mais sério.

Essa intimação ao perito é para ele dizer se ele aceita ou não aceita o encargo de ser perito naquele caso, propor seus honorários indicar seus dados profissionais e contatos para que então ele possa ser intimando dos atos subsequentes no processo, uma vez que a proposta de honorários for apresentada as partes são novamente intimados para que elas se manifestem em questão dos honorários para dizer se concordam ou não, caso não concordem terão que dizer o porquê e apresentar elementos para o juiz, tentando convencer ele de que a proposta de honorários apresentada pelo perito é uma propostas que está fora do padrão do mercado, daquela determinada área e além disso, superados toda essa questão, uma vez que foram arbitradas nos honorários será realizada a perícia.

No código de processo civil nos seus artigos ele estabelece como vai ser produzida essa prova, é possível que no decorrer de produção da prova pericial, as partes apresentam quesitos suplementais, quesitos decorrentes de dúvidas que tenham surgida a partir do que esteja sendo produzido.

Uma vez que o perito realizou exame, vistoria e avaliação faz tudo o que necessitara fazer para se esclarecer, ele vai produzir o seu laudo pericial no preço fixado pelo juiz e entrega o seu laudo, para que ele seja juntado aos custos do processo.

## 5. Laudo pericial.

O artigo 473 vai tratar dos requisitos do laudo pericial.

Artigo 473: O laudo pericial deverá conter:

I - A exposição do objeto da perícia;

II - A análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - Resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

Então é de suma importância que o laudo pericial tenha todos esses elementos indicados nos incisos do artigo 473, no inciso primeiro ele vai analisar o que foi que o perito analisou, no segundo vai ter que descrever a análise que ele realizou, já no terceiro ele deve ter um método aceito predominantemente pelos os especialistas naquela área, tudo isso para que se possa ter certeza de que o perito percorreu os caminhos corretos para que no final ele possa concluir a respeito dos quesitos formulados pelas partes e o quarto é a resposta onde tem que ser conclusiva.

Ainda no artigo 473 nos seus parágrafos primeiro, segundo e terceiro podemos ver todas as exigências e possibilidades que podem e que o perito tem, o que é bastante importante frisar, está lá no parágrafo primeiro “No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões”. Então ter uma linguagem simples por esta se tratando de uma questão técnica ou científica muito específica, as partes não detêm esse conhecimento, nem o juiz então é necessário que o perito seja um tradutor naquela linguagem técnica e científica do saber, ele traduz essa linguagem para uma linguagem simples com coerência ou seja com uma fundamentação coerente nesse laudo.

O artigo 477 segue falando também do laudo pericial e diz assim:

O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer.

Então o perito vai apresentar o seu laudo pericial há prazo fixado pelo juiz e esse laudo deve ser apresentada pelo menos 20 dias antes da audiência de

instrução para possibilitar que caso seja necessário o perito comparecer na audiência de instrução para prestar maiores esclarecimentos a respeito daquele laudo pericial, uma vez apresentando o laudo pericial o juiz vai intimar as partes para que elas se manifestem a respeito do laudo, então as partes podem apresentar os pareceres técnicos no prazo de 15 dias dos seus assistentes técnicos, para verificar se os assistentes concordam ou discordam com o perito, com essa conclusão do laudo.

É mais elementos para que o juiz possa decidir aquele caso, indo para o parágrafo segundo, diz que a partir das manifestações que as partes apresentem ao parecer dos seus respectivos assistentes técnicos é necessário que o perito responda no caso do inciso segundo, o determinado ponto divergente que tenha sido levantado no parecer técnico, então o perito precisa esclarecer as dúvidas, no parágrafo terceiro e quarto dizem assim:

§ 3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.

§ 4º O perito ou o assistente técnico será intimado por meio eletrônico, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da audiência.

Continua tratando da obrigação do perito de responder todas as dúvidas que existem, e em último caso se as respostas não forem satisfatórias por escrito, é possível que o perito seja intimado para comparecer na audiência de instrução e então possa ser diretamente atribuído pelo o juiz ou pelas as partes a fim de que não haja mais nenhuma dúvida a respeito daquele ponto controverso na perícia.

O artigo 471 também traz uma outra novidade a respeito da prova pericial, ele diz assim:

“As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - Sejam plenamente capazes;

II - A causa possa ser resolvida por autocomposição.

Essa disposição é novidade, ela trata de um negócio processual de um negócio jurídico processual que possa ser entabulado entre as partes para que elas escolham o perito, então ele não será escolhido pelo juiz e sim de comum acordo pelas partes se houver a possibilidade das partes não escolherem então elas não foram com base no artigo 471.

O artigo 479 trata da valoração da prova pericial, o valor que o juiz vai atribuir para a prova pericial, “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no artigo 371, indicando na sentença os motivos que o

levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”

Quando o artigo faz referência ao artigo 371, ele está tratando daquela possibilidade que o juiz tem de valorar a prova, ele vai avaliar todas as provas produzidas e vai atribuir a elas o valor que elas mereçam, só que o fazer isso obviamente por força do princípio democrático o juiz deve justificar a sua decisão, caso ele não aceite as conclusões do perito, quais foram as razões que o levaram a discordar do perito, o que a nas outras provas que convenceram mais do que a perícia, assim também com relação as demais provas.

É fundamental que se entenda, pois, o juiz vai valorar a essas provas de acordo com o valor que elas possam merecer e diz assim: indicando na sentença os motivos que o levem a considerar ou deixar de considerar as conclusões de laudo além disso, ele deve levar em conta o método utilizado pelo perito, tudo isso o juiz deve levar em consideração no momento da valoração de prova pericial.

No artigo 480 do novo código do processo civil, fala a respeito da possibilidade da produção de uma nova perícia.

Artigo 480: O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que está conduzindo.

§ 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Tratando da possibilidade de que o juiz se perceber que tem dúvidas a respeito do que esteja sendo discutido naquele processo, pode então determinar a produção de uma nova prova pericial de uma segunda prova pericial, mas é importante também frisar essa segunda prova pericial vai ter o mesmo objeto da primeira prova e mais que isso, as duas provas, os dois laudos permaneceram nos autos do processo e no momento de decidir na sentença.

O juiz assim vai valorar esses dois laudos periciais e vai dar a eles o valor que eles possam merecer, dizendo qual a razão de ter valorado um deste modo ao daquele modo, é assim a possibilidade do artigo 480 para a

produção de uma segunda prova pericial no caso do primeiro não ter sido conclusiva.

### **Conclusão**

Conforme o artigo apresentado acima podemos analisar algumas novidades no novo Código de Processo Civil, a lei 13.105/2015, demonstra a importância da prova pericial, pois haverá alguns casos mais concretos que o juiz por si só não dará conta por esta diante de fatos que versam sobre questões técnicas ou científicas, cujo o juiz não domina ou não tem conhecimento total sobre o caso, logo ele vai precisar de um auxílio do perito especializado na respectiva área, que vai fazer o exame, vistoria e avaliação do objeto de discussão na lide.

O juiz vai ser responsável por nomear o perito especializado na área de conhecimento do objeto da perícia, o perito terá que mostrar o seu currículo com a prova de especialização, tendo por finalidade de levar aos autos do processo todos os conhecimentos necessários para a compreensão da matéria, não podendo deixar nenhuma dúvida, observar escrupulosamente cada detalhe, sob pena de trabalho pericial e respectivo laudo a serem considerados insuficientes e lacônicos, acarretando a invalidade.

A lei incorporou diversos entendimentos jurisprudências adotados na vigência do código revogado, trazendo enriquecimento para a legislação e afastando as possibilidades de discussão muitas vezes infundadas e que tinham como origem a falta de um regramento mais minucioso.

### **Referências**

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. Revista dos Tribunais. 2018.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. Ed. RT, jun de 2015.

CHE YEE, Zung; Perícia civil e o novo código de processo civil. Manual prático, Ed. Juruá. Abril de 2016.

CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES, Livia e ROCHA, Fabiana Dias. Código de processo civil comparados 2015 – 1973.ed. Saraiva, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

KOITLA, Victor Maximadschy. As inovações na indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos no projeto do novo CPC. Ed. Forense, 2014.

### **Webgrafia**

<https://roteirodepericias.com.br/2016/04/20/perito-judicial-mais-transparencia-e-maior-oportunidade-no-novo-codigo-de-processo-civil-artigos-do-novo-cpc-referentes-a-pericia-judicial/>

<https://jus.com.br/artigos/48217/a-prova-pericial-na-lei-n-13-105-2015>

[https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/10332/1/DM\\_SusanaPereira\\_MSO\\_L2016.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/10332/1/DM_SusanaPereira_MSO_L2016.pdf)

<HTTPS://GILBERTOMELO.COM.BR/PROVA-PERICIAL-NO-NOVO-CPC/>



## **DERECHO PROCESAL PENAL**

## Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano (\*)

### The challenges of the unique interview in Gesell camera in the Perú penal process

Alexander Robles Sevilla<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **1.** Aproximación a la problemática de la declaración del menor en el proceso penal. **2.** La aplicación del interés superior del niño como principio orientador en el derecho procesal penal. **3.** La psicología del testimonio del menor: aspectos generales, falsedades y condenas erróneas. **4.** La cámara Gesell y su valoración probatoria según los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia. **5.** Los criterios de valoración aplicables para la entrevista única en cámara Gesell. **6.** Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell. – Conclusiones y recomendaciones. – Referencias.

**Resumen:** La entrevista única en cámara Gesell, es una herramienta que posibilita la toma del testimonio de menores en casos de delitos sexuales por parte de un especialista y, a la vez, evita su revictimización en el proceso penal. El análisis de este medio de prueba pericial, debe responder a criterios de valoración

---

(\*) Recibido: 15 octubre 2019 | Aceptado: 27 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Director de Tesseract-Cualificación en Ciencias Penales. Integrante del Centro de Estudios en Derecho Procesal Penal – USMP. Integrante de la Comisión de Derecho Penal de la Sociedad Peruana de Derecho (SPD). Investigador y autor de artículos de investigación en ciencias penales. Correo electrónico: [alex.robles.s@hotmail.com](mailto:alex.robles.s@hotmail.com)

provenientes no solo desde la dogmática procesal penal, sino también, desde la epistemología del testimonio. De tal manera que, se tenga en cuenta al profesional especialista en psicología, la forma del interrogatorio y contenido del informe pericial, lo que sin duda, implica también desafíos para todo el sistema procesal penal.

**Palabras clave:** entrevista única en cámara Gesell, Gesell, psicología del testimonio, pericia psicológica, testimonio de menores.

**Abstract:** The unique interview in the Gesell chamber, is a tool that allows the taking of the testimony of minors in cases of sexual offences by a specialist and, at the same time, prevents their revictimization in the criminal process. The analysis of this expert evidence must meet valuation criteria from not only criminal procedural dogmatics, but also from the epistemology of testimony. In such a way that the professional specialist in psychology, the form of the questioning and content of the expert report, is taken into account, which undoubtedly also implies challenges for the entire criminal procedure system.

**Key words:** unique interview in camera Gesell, Gesell, psychology of testimony, psychological expertise, testimony of minors.

---

“Si la historia de las penas es una historia de horrores,  
la historia de los juicios es una historia de errores”.

Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*.

## Introducción

El presente artículo, constituye una apreciación particular sobre el estado de la cuestión en lo relativo al tratamiento de la pericia psicológica en menores de edad en nuestro proceso penal, que como bien sabemos, utiliza la herramienta de la cámara Gesell. En ese sentido, el problema que motiva este trabajo, es advertir que la inserción de la declaración de menores en el proceso penal, sea como víctimas del hecho delictivo o en calidad de testigos, propicia un escenario de tensiones, por un lado, la vigencia del interés

superior del niño que evita su revictimización y por el otro, la eficacia de la persecución penal, ante el cual, el Derecho procesal penal como instrumento racionalizador del proceso penal no puede ser ajeno.

Desde esta perspectiva, creer que el testimonio del menor de edad puede resolverse desde el Derecho procesal penal, es perder de vista la complejidad del fenómeno de prueba testifical, la cual se agudiza en estos casos, por lo susceptibles que son los menores de edad a influencias externas que pueden determinar o afectar muchas veces su testimonio. Un análisis solo desde el Derecho procesal penal, es por tanto incompleto, pues por más líneas de interpretación de la norma se escriban, ello no va a evitar la continuidad de aquellas prácticas que precisamente influyen en las decisiones judiciales.

Con esto dicho, nos hemos fijado como objetivos para el presente artículo: 1) Afirmar la vigencia irrestricta del derecho al interés superior del niño en el proceso penal, el cual adquiere una especial cualidad en estos casos; 2) Exponer las graves dificultades en cuanto a la fiabilidad y veracidad de los testimonios de menores; 3) Que la cámara Gesell como herramienta para evitar la revictimización solo puede ser efectiva si se dan las condiciones necesarias; y 4) Que la valoración de la pericia psicológica en menores tratada por el Acuerdo Plenario N° 4 – 2015/CIJ-116 emitido por la Corte Suprema del Perú, implica un desafío y retos para los operadores jurídicos y para la propia administración de justicia penal.

## **1. Aproximación a la problemática de la declaración del menor en el proceso penal**

Ingresar al análisis del papel del menor de edad en el proceso penal y entender las problemáticas que puedan surgir de su valoración probatoria; es comenzar por comprender al proceso penal como parte integrante del sistema penal, que aunado al derecho penal sirven de instrumentos para la materialización de una opción ideológica y política respecto al tratamiento normativo de las conductas desviadas o delictivas; esto último, lleva pues el nombre de política criminal, que como bien ha expuesto Binder (1997) siguiendo el concepto de Delmas Marty, es “el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal” (p. 33).

El sistema penal, entonces, integrado por el proceso penal como un subsistema, propugna para este, objetivos generales y específicos delimitados por esta política criminal. Si por un lado, el derecho penal y la criminología sirven para delinear la política criminal en cuanto a su formulación; el proceso penal y las instituciones que participan instrumentalmente en la aplicación de la ley penal en la realidad son

responsables de su configuración. Ello, tiene dos consecuencias: a) La primera, es la necesaria coherencia político criminal de los subsistemas, y b) la coherencia intrasistemática de los propios subsistemas; de tal manera que, al hacer frente a una determinada problemática social de carácter criminal, la respuesta no deberá propiciarse por los subsistemas aisladamente (Binder, 1997).

Sin embargo, a pesar de dicha aspiración, en nuestras realidades latinoamericanas, vemos como las leyes penales, si bien se encuentran acorde a las nuevas tendencias dogmáticas, muchas veces son emitidas en un determinado contexto político, cayendo en el simbolismo de la pena más grave para generar esa sensación de seguridad en la población. Así es frecuente, encontrar en nuestras legislaciones latinoamericanas, como señala Diez Ripollés (2008), “leyes acordes con las más modernas propuestas dogmáticas pero que no pasen del texto escrito, pues aún conviven con sistemas, estructuras o instituciones de aplicación de la ley inoperantes o sectarios” (p. 3).

El tratamiento del menor de edad en el sistema penal no dista mucho de esta realidad. Vemos, pues, que el tratamiento del menor de edad se encuentra delineado por una política criminal que dependiendo de la perspectiva con la que se aborde tendremos problemáticas distintas, así la forma de hacer frente del sistema penal será – quizás erróneamente – también diferente, ya sea que se considere al menor de edad como víctima, imputado o testigo<sup>2</sup>; pero, la doctrina es unánime al afirmar que no existe hasta ahora una política integral para el tratamiento del menor que logre uniformizar criterios normativos, institucionales y operativos (Beloff, 2009) (Binder, 1997).

En ese contexto, la presente investigación se centra en el análisis del tratamiento normativo y jurisprudencial de la declaración del menor de edad, específicamente sobre los problemas que surgen en su valoración cuando es víctima de delitos sexuales, los cuales intentaremos dar respuesta en las siguientes líneas.

## **2. La aplicación del interés superior del niño como principio orientador en el proceso penal**

Actualmente, desde el ámbito supranacional existen estándares internacionales y regionales que regulan la protección del menor de edad en

---

<sup>2</sup> Referirnos al estado de la cuestión de cada una de estos enfoques del tratamiento del menor de edad en el sistema penal, excedería la finalidad y la capacidad asignada para el presente trabajo; sin embargo, creemos necesario realizar un balance de los avances en el tratamiento del menor en el proceso penal para abordar correctamente dichas problemáticas desde la perspectiva de sistema.

el proceso penal desde el sistema universal<sup>3</sup> al interamericano<sup>4</sup>. La interpretación de esta normativa internacional ha provenído desde opiniones consultivas desde ambos sistemas. Así, desde el sistema universal, la Observación General N° 14 emitido por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de fecha de 29 de mayo de 2013, ha precisado que el art. 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del niño que estipula el interés superior del niño, debe ser interpretado como un derecho, un principio y una norma de procedimiento:

- a) Como derecho sustantivo: el derecho del del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales (Observación General N° 14, 2013, párrafo 6)

Asimismo, respecto a la vinculación entre el interés superior del niño y los tribunales de justicia, entendiéndose por estos a todos los procedimientos judiciales, la Observación General N° 14 ha señalado que en la vía penal:

El principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser

---

<sup>3</sup> Declaración de los derechos del niño (1959); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores – Reglas de Beijing – (1985); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad – Reglas de Tokio - (1990); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil – Directrices de Riad – (1990).

<sup>4</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Convención Americana de Derechos de Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes (Observación General N° 14, 2013, párrafo 28).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tenemos la Opinión Consultiva OC – 17/2002 emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto de 2002, que ubica al interés superior del niño como un principio regulador. En ese sentido, en lo relevante para la presente investigación – referente al menor de edad como testigo - conviene citar el siguiente párrafo que desarrolla una interpretación respecto del principio de publicidad:

Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. (Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 134)

Estos instrumentos internacionales y opiniones interpretativas de la normativa supranacional, reconocen que si el menor es víctima del delito le asiste una doble protección: una en tanto víctima del delito y la otra por su condición de niño o niña (Beloff, 2009); lo que ha merecido la atención de la jurisprudencia, en concreto, en lo que se refiere a la aplicación del principio del interés superior del niño del proceso penal; concepto ideal y vago, pero que pronunciamientos jurisprudenciales han intentado definir y fijar sus alcances en el proceso penal.

En la jurisprudencia interamericana de Derechos humanos, también tenemos pronunciamientos que resaltan la importancia de que los Estados brinden las herramientas idóneas para proteger la integridad física y mental del menor en los procesos judiciales. Así pues, se encuentran los siguientes pronunciamientos:

[I]a obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado; y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el

niño (Corte IDH, Caso Rosendú Cantú y otra vs México. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párrafo 201).

Desde el derecho comparado, en el caso de Colombia es ilustrativo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en su Sentencia T-117/13, de fecha siete de marzo de 2007, ha señalado en su fundamento jurídico 3.7., que:

Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia, y enseña que la participación de los niños en el proceso penal no sea un ejercicio simbólico, sino real y efectivo y esto implica que se le ofrezca información que puede comprender de acuerdo a su nivel educativo.

En el Perú, tenemos pronunciamientos que también recogen esta posición<sup>5</sup>. Así, el interés superior del niño viene a ser una garantía de incuestionable cumplimiento, pues, como lo señala Montoya (2007):

Que el niño o adolescente, por su especial situación y por encontrarse en una posición de desventaja respecto de los llamados a velar por su protección debe contar con una legislación y una situación acorde con sus necesidades que a su vez, requieren un ejercicio pleno de los derechos que la Constitución le ofrece (p. 49).

De esta manera, que se ha venido a entender por “interés superior” todo aquello que favorezca su desarrollo psíquico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad (O’Donnell, 2004, p. 50). Como parte de la “justicia garantista”, el tratamiento de la cuestión del niño o adolescente infractor constituye uno de los termómetros más sensibles para la cantidad y calidad de vida democrática de un país (García Méndez, 2000, p. 90), lo cual deja fuera de discusión la prevalencia del

---

<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC, de fecha 12 de noviembre de 2008, Caso José Luis Ñiquin Huatay, fundamento jurídico cinco, ha señalado: “(...)es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación (...)Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales”. También véase: Exp. N.º 02132 – 2008 – AA/TC, Caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García; Exp. N.º 04058 – 2012 – PA/TC, Caso Silvia Patricia López Falcón; Exp. 02079 – 2009 – PHC/TC, Caso L. J.T.A. y I.M.T.A.



principio del interés superior del niño y su debida protección en el proceso penal.

Pero lo que se encuentra fuera de discusión, es como el empleo o aplicación de las reglas del proceso penal común, de corte acusatorio, que implica la necesidad de actuación de la prueba testimonial en juicio oral (Neyra, 2010, p. 566), revictimiza al menor. Es por ello que, para evitar el peligro de la revictimización, en la mayoría de países latinoamericanos se ha implementado la entrevista única de cámara Gesell, como una herramienta para obtener el testimonio de los menores de edad agraviados orientado a la protección integral del niño en la investigación fiscal y el proceso judicial.

### **3. La psicología del testimonio del menor: aspectos generales, falsedades y condenas erróneas**

#### **3.1. La importancia de la epistemología de la prueba**

La doctrina procesal, desde hace algunos años, ha reconocido abiertamente las limitaciones de la dogmática procesal para el desarrollo de instituciones procesales, como lo es el caso de la prueba judicial. Ello es así, si partimos desde una perspectiva amplia, que sostiene que la prueba judicial tiene por finalidad aportar todo aquello que sea útil para la determinación de los hechos en un caso concreto y, por tanto, su obtención se contextualiza al provenir de diversos sectores de las ciencias y disciplinas humanas o de la experiencia en general. De ahí que, “la definición de la prueba y de los conceptos correlacionados se sitúa, pues, más bien en una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica” (Taruffo, 2005, p. 345-346).

Esta dimensión epistemológica de la prueba judicial, solo toma sentido en la medida que también se reconozca que el proceso judicial asume como uno de sus fines la búsqueda de la verdad de los hechos. Cabe señalar, sobre esta última finalidad, que la discusión no ha sido pacífica en la doctrina, tal es así, que existen diversas posturas que van en contra de la misma, al afirmar que el proceso judicial solo persigue la mera solución de conflictos o consenso entre las partes y, la verdad de los hechos sería solo un objetivo secundario y prescindible – ello, principalmente en el proceso civil -; por otro lado, dentro de quienes sostienen la verdad de los hechos como finalidad principal, se han postulado diversas teorías sobre que verdad se puede obtener en el proceso judicial<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Una detallada descripción sobre las diversas teorías puede verse en Taruffo (2005) y (2008).

En el proceso penal, la discusión se ha desarrollado de un modo distinto, pues, desde un inicio se reconoció que el proceso penal tenía como finalidad la búsqueda de la verdad de los hechos y con ello, demostrar que la conducta delictiva y la culpabilidad de la persona que lo cometió. Ahora bien, si se ha llegado a sostener esta concepción del proceso penal, solo ha sido posible luego de una larga evolución histórica, inicialmente marcada por una irracionalidad en la forma de probar los hechos (Duñaiturria, 2011) y por la misma conducta de quienes se encargaban de juzgar, lo que traía como consecuencia los abusos, arbitrariedades y tragedias, que se pueden advertir desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, como bien ha sido desarrollado por Ferrajoli (1995).

Sin ánimo de ingresar a la discusión de cuál es la verdad que se puede obtener en el proceso judicial y particularmente en el proceso penal - valiosa e importante sin duda, pero que merece de una publicación completa inclusive -, tomaremos posición por la que consideramos coherente con nuestro modelo epistemológico cognoscitivo o garantista, en el cual prevalece la estricta legalidad y jurisdiccionalidad, así como, rechaza la idea que pueda obtenerse una verdad histórica o material absoluta, decantándose por una verdad formal o procesal (Ferrajoli, 1995), al cual se adhiere nuestro proceso penal peruano actualmente.

En ese sentido, la teoría de correspondencia de la verdad es coherente con este modelo epistemológico cognoscitivista, pues postula que la verdad de un enunciado fáctico consiste en su acuerdo o correspondencia con la realidad (Guzmán, 2011), de tal manera que, la verdad de un enunciado en el proceso penal estará innegablemente relacionado a su acreditación mediante su prueba correspondiente que demuestre que sucedió en la realidad, con la atingencia de que esta verdad obtenida no será absoluta sino aproximativa, pues es imposible su reproducción del hecho histórico.

Dicho esto, dentro de las teorías correspondentistas de la verdad, consideramos que en nuestro caso, podemos acoger como planteamiento teórico la teoría semántica de la verdad de Tarski, que básicamente postula dos tipos de significado de un enunciado al introducir el lenguaje-objeto y el meta-lenguaje: “el enunciado puede ser utilizado para hablar de aquello de lo que se habla, pero a su vez puede ser él, el objeto de aquello de lo que se habla, puede ser “mencionado”, lo cual ocurre cada vez que de él se predica su veracidad o falsedad” (Guzmán, 2011, p. 61). Así pues, el enunciado de un hecho será verdadero, en tanto y en cuanto se demuestra la verdad del enunciado y a la vez, que se corresponda con el hecho mismo; sin embargo, no establece cuáles son los criterios de verdad.

La importancia de esta teoría de verdad desde el enfoque epistemológico, se sostiene en que no plantea un grado objetivo y único de verdad, ya que es abierto al considerar que los criterios de verdad pueden ser definidos por otras posturas que lo pueden complementar. Como señala el propio Tarski, “podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin tener que renunciar a cualquier actitud epistemológica que tuviéramos previamente; seguimos siendo realistas infantiles, realistas críticos o idealistas, empiristas o metafísicos-.La concepción semántica es completamente neutral a estos temas” (Tarski, 1999, p.22). Ello es útil, pues permite que el juez pueda tomar en cuenta los conocimientos extrajurídicos para la valoración de la prueba y establecer los criterios de verdad.

Los medios de prueba en el proceso penal, precisamente, cumplen la función ser los medios previstos por la ley procesal penal, por los cuales se ingresa la información o elemento de prueba en el proceso penal y así, servir para dar por acreditado el enunciado fáctico que sostiene la acusación fiscal o la tesis de defensa. Es importante pues, que la epistemología tenga un papel relevante en las fases por la que atraviesa la prueba en el proceso penal, pues “la epistemología o teoría del conocimiento como se prefiera cuyo objeto de estudio son precisamente las creencias, la justificación de las creencias, la verdad de las creencias y el conocimiento, tiene mucho que decir sobre la prueba en el Derecho” (Vázquez, 2015, p. 59).

En ese sentido, la nueva doctrina procesal es abierta al estudio del derecho probatorio y, en concreto, la prueba testimonial desde las otras áreas científicas como la epistemología y la psicología del testimonio; por ello, suscribimos las palabras del profesor Vitor De Paula (2019), quien afirma:

Mediante la epistemología, por ejemplo, se estará en condiciones de debatir la posibilidad y la pertinencia de presumir como verdadero lo que diga un testigo. Con el análisis científico, sobre todo de la psicología del testimonio y de estudios sobre la percepción humana, se podrá valorar bajo qué condiciones (si es que las hay) podríamos confiar en la información que obtenemos de la prueba testifical y los errores a los que estamos sujetos cuando procedemos de ese modo (p. 37).

### **3.2 La epistemología y psicología del testimonio**

Conforme al desarrollo previo, podemos aseverar que cada medio de prueba puede ser analizado desde la perspectiva de otras disciplinas o conocimientos científicos que brinden mayores luces sobre las complejidades inherentes a los mismos. Así, el testimonio, ha sido y es actualmente, uno de los más importantes medios de prueba en el proceso, por ello, es que su regulación en la ley procesal penal, ha sido prevista de manera específica; sin embargo, no se puede obviar las complicaciones que surgen en su actuación y

valoración. Así, la epistemología del testimonio se enfoca su objeto de estudio en abordar el estudio de este medio de prueba con la finalidad de determinar cuándo es o no eficaz, a partir de la presencia de dos variables:

Por un lado, tenemos la credibilidad y la competencia del testigo, y es en torno a éstas que girarán los alegatos de las partes; por el otro tenemos la relevancia, el poder explicativo y la fuerza probatoria del testimonio, que constituyen la base objetiva para construir la fortaleza de la prueba testimonial (Páez, 2014, p. 115).

En ese contexto, la psicología del testimonio viene a servir como disciplina o ciencia formal inherente a la psicología experimental, que tiene su origen en estudios teóricos sobre la exactitud de las declaraciones de los testigos del profesor estadounidense Cattell, a finales del S. XIX; posteriormente, es desarrollado con trabajos aplicados en Francia, por el profesor Binet a principios del S. XX. A partir de ahí, su evolución paso por diversos momentos de apogeo y crisis en su desarrollo teórico, hasta que finalmente, con los aportes de la profesora Elizabeth Loftus en 1979 y la creación de asociaciones internacionales dedicadas a su estudio como la *European Association of Psychology and Law*, es que se propicia el ingreso de cursos y se fomentan revistas especializadas para las publicaciones de esta materia, otorgándole una repercusión mundial (Manzanero, 2008).

Su objeto de estudio consiste en el análisis de los testimonios brindados en el proceso a partir de dos temáticas: 1. La exactitud de la memoria de los testigos y 2. La credibilidad de las declaraciones a partir de los datos proporcionados (Manzanero, 2008). Desde una perspectiva epistemológica, es pues, necesario que el juez que tenga que valorar pruebas testimoniales, tenga conocimientos sólidos de las bases de la psicología del testimonio y los estudios de la memoria que la componen. Si bien, no es prácticamente viable, solicitar que todos los jueces en el ámbito penal tengan esta formación especializada, lo que sí se puede hacer es generar conciencia de la importancia y utilidad de fomentar el interés en su estudio.

Esta necesidad se acrecienta cuando se ingresa al análisis del testimonio a partir de la primera temática, correspondiente a la exactitud de la memoria de los testigos. Al respecto, la doctora Giuliana Mazzoni (2010), especialista en psicología, neurociencias y memoria, ha expresado acertadamente que la fiabilidad de un testimonio dependerá de la interacción de la memoria que se tenga del hecho – es decir, lo que sucedió - con lo que relata en su declaración; así pues, afirma la especialista:

Fiabilidad del testimonio y exactitud de la memoria son conceptos que, en cierto modo, se superponen. Si por un lado la fiabilidad del testimonio relativa a un hecho puede ser definida, en este contexto, como la correspondencia entre lo relatado y lo acontecido, la exactitud de la memoria relativa a ese

hecho es definida como la correspondencia entre lo representado en la memoria y lo sucedido en el transcurso del hecho, por tanto, como correspondencia entre el contenido del suceso y el contenido de la memoria (p. 17).

Los estudios de la psicología de la memoria, por tanto, aportan información valiosa para entender cómo los individuos realizan este procesamiento mental de los recuerdos y, existe en la actualidad un interés particular en el estudio de la memoria de los menores, en aquellos casos en los que son víctimas de abuso sexual, debido a la gran carga psíquica que suponen aquellos eventos y por supuesto, por su debilidad a las influencias externas que pueden sugestionarlos en sus testimonios (Diges, 2014).

Por ello, en las siguientes líneas abordaremos a grandes rasgos los principales aspectos sobre la memoria del menor, que se deben evaluar cuando tiene la tarea de valorar su testimonio en el proceso penal, así como, la actuación de la entrevista en cámara Gesell como herramienta metodológica para lograr extraer la información de los hechos.

### **3.3 El testimonio del menor**

#### **A. La memoria del menor**

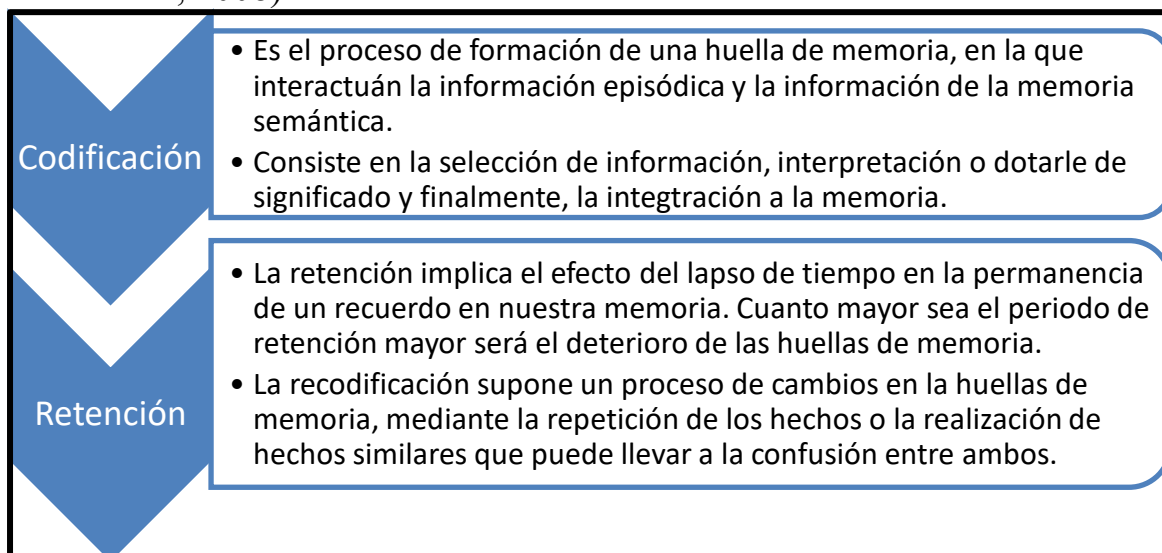
Los procesos de formación de los recuerdos del menor, es distinta a la del adulto por aspectos biológicos fácilmente apreciables. Mientras el menor se encuentra en pleno desarrollo de su psiquis, el adulto ya ha completado este desarrollo y por tanto, puede discernir completamente la realidad de la fantasía, lo que no sucede, ciertamente, en nuestros primeros años de vida. Si hacemos un ejercicio de memoria respecto de alguno de los eventos que sucedieron en nuestra niñez, muchos de nosotros podremos “recordar” cosas extraordinarias, eventos singulares o circunstancias sobrenaturales inclusive, que podemos contar como anécdotas divertidas a nuestros amigos, afirmándoles con entusiasmo que han sido reales; o, generalmente, recordar eventos comunes que no han sucedido conocidos como los falsos recuerdos.

Estos falsos recuerdos son muy comunes en la etapa infantil. Así, por ejemplo, es notorio el caso del psicólogo Piaget quien recordaba que en su niñez sufrió de un intento de secuestro, evento traumático que aun a pesar de los años recordaba con exactitud y que, sin embargo, años más tarde, la mujer que lo cuidaba y quien había frustrado su presunto secuestro confesó que todo fue una invención en la que hizo partícipe también al entonces niño Piaget (Manzanero, 2008). Como un intento de explicación, se ha postulado que puede deberse a muchos factores que inciden en el funcionamiento de la memoria de los menores y al proceso de codificación de los mismos.

En el caso de los adultos el proceso de formación de los recuerdos parte por la relación entre percepción y memoria sensorial. “Las sensaciones son el punto de partida de la percepción y, la percepción es el primer paso hacia el recuerdo. Sin sensación no hay percepción (salvo en las alucinaciones), sin percepción no hay recuerdo” (Manzanero, 2008, p. 31). Pero el ámbito de la percepción abarca también el significado que se le otorga a lo sentido externamente, de tal manera que, en la memoria se almacena no solo el hecho sino también su interpretación, casi en la mayoría de las veces sin diferencia alguna.

El resultado es guardado primero en la memoria de corto plazo o como se le conoce actualmente memoria operativa, que según la teoría, es el almacén de la memoria que se encarga del proceso de codificación de los recuerdos que finalmente irán a la memoria de largo plazo. En la memoria a largo plazo se encuentra por un lado, la memoria episódica que constituye nuestro almacén de eventos autobiográficos con su respectiva contextualización y, por otro, la memoria semántica, que es básicamente el almacén para la información no autobiográfica y no contextual, es decir, se trata de nuestros conocimientos o conceptos adquiridos (Manzanero, 2008).

Lo manifestado por los testigos, sin duda, se almacena en la memoria episódica, si bien es de carácter autobiográfico, también puede almacenar lo sucedido a otras personas o su entorno, pues es evidente que solo podemos percibir aquello que se encuentra cerca a nuestros sentidos. De ahí que, tenga mayor valor probatorio la declaración de un testigo presencial, de aquella brindada por un testigo no presencial o de referencia como se conoce en nuestra ley procesal penal, cuya información proviene de otra persona o fuente. Lo percibido por el testigo debe convertirse en una huella de memoria y ser almacenado, a través de las siguientes fases del proceso (Cfr. Manzanero, 2008):



Fuente: Elaboración propia (2019).

Lo relevante de la recodificación como fase del proceso de formación de recuerdos en la memoria episódica, es que puede propiciar los recuerdos falsos, mediante lo que se conoce como el solapamiento, es decir, cuando lo que se repite es un contexto de representación en particular y a partir de ello, se funden hechos futuros y pasados generando estos recuerdos que se creen verdaderos. De esta manera, a diferencia de una experiencia subjetiva llamada recuerdo, se puede obtener una creencia de saber, “cuándo un sujeto cree que determinado detalle estaba presente, piensa que lo ha visto, pero no lo recuerda de forma vívida” (Pagano, 2003, p. 198).

En cuanto a la memoria del menor, cabe resaltar que el proceso de formación de recuerdos es mucho más veloz a comparación de un adulto y pasa por diversas dificultades. Entre ellos, la teoría ha señalado, que los menores en una edad temprana se encuentran en el proceso de formación de su lenguaje, siendo su percepción muy distinta a la del adulto y, con ello, la interpretación que puedan realizar de los hechos, a partir de la memoria semántica, se encuentra muy limitada (Manzanero, 2008). En ese sentido, el testimonio sobre abusos sexuales realizados a personas cuando eran menores y que, ya de adultos los han recobrado, deben tomarse con prudencia y prestarse extremada atención, pues como refiere Manzanero (2008):

Un suceso codificado inicialmente como una situación de baño o higiene, o como una agresión física, debido a que los niños hasta cierta edad no suelen tener conocimientos sobre lo que es una conducta sexual, difícilmente puede ser recuperado años después como una agresión sexual. El contexto semántico (conocimiento y experiencias previas) sesga la interpretación que hacemos de los sucesos que percibimos (p. 120).

La condición de vulnerabilidad del menor se aprecia con mayor nitidez en la infancia hasta los 11 años. En esos años la exactitud de la memoria se encuentra condicionado a la novedad de los eventos y su atención prestada, por lo que, un proceso de reconstrucción de hechos pasados se hace muy difícil debido a que a esa edad no identifican episodios concretos y tienden a llevarlo a un esquema general de hechos (Manzanero, 2008). Así, si preguntamos por un hecho que sucedió en su escuela el día lunes, bien podríamos obtener un conjunto de hechos que sucedieron a lo largo de la semana y algunas veces sin coherencia alguna.

Por otro lado, también se puede hacer referencia a la capacidad de discriminar recuerdos reales e imaginarios de los menores. Los estudios citados por Manzanero (2008) afirman que los niños de 4 años tenían más dificultades para discriminar cuales recuerdos son reales de los imaginarios a comparación de los niños de 8 y 12 años. Asimismo, los estudios respecto

a la identificación de personas en base a los recuerdos de los menores de edad, han demostrado que a más temprana edad mayor dificultad para el reconocimiento de rostros y detalles de los sujetos a identificar; entre las causas que se postulan figuran la falta de atención y el estrés al que se someten a los menores, por ejemplo, cuando van a realizar una actividad que no les gusta.

Es inevitable que también se advierta como dificultad, la sugestibilidad del menor de edad. En ese sentido, Mazzoni (2010) refiere que: “Los niños son testigos menos fiables que los adultos, dado que están sujetos con más facilidad a sugerencias y sugerencias, en especial si estas provienen de personas adultas” (p. 20). Esto se debe a su menor desarrollo de la capacidad metanemónica para proteger su memoria de las sugerencias intrusivas y la autoridad que tienen los adultos sobre ellos (Manzanero, 2008).

No son pocos los casos – como veremos más adelante- en los cuales, se ha advertido, mediante declaraciones de los menores ante psicólogos especialistas, que fue alguno de los padres quien deliberadamente lo indujo a que dijera, que su cónyuge lo había tocado en sus genitales o le hizo algún daño en los mismos, con la finalidad de conseguir una tenencia, algún beneficio o perjuicio con ánimos de venganza.

Lo expuesto anteriormente, no puede interpretarse como una duda absoluta respecto del testimonio del menor en todos los casos, sino que, su declaración debe ser tomada teniendo en cuenta todos estos posibles factores. Dependerá de la calidad y profesionalismo del especialista a cargo del interrogatorio que pueda propiciar un ambiente objetivo para la toma de la declaración del menor, pues como afirma Mazzoni (2010):

Incluso los niños muy pequeños son capaces de tener recuerdos exactos, bien que pobres, pero para eso se requiere que su relato sea espontáneo, estimulado solo con preguntas abiertas. Las preguntas abiertas dejan una libertad total para la respuesta. Los niños son sujetos fácilmente sugestionables y, si el recuerdo es solicitado con preguntas cerradas o que contengan información tendenciosa, las respuestas obtenidas serán escasamente exactas y el testimonio no resultará fiable (pp. 18 y 19).

Son pues, las preguntas sugestivas las que influyen negativamente en el normal proceso de extracción de los recuerdos en los menores, que entre menos edad tenga, aumenta la probabilidad de no tener la capacidad de discernir correctamente lo que sucedió y lo que no. En ese sentido, refiere Diges (2014):

Su recuerdo es más fácil de modificar con preguntas sugestivas que el recuerdo de los mayores o el de los adultos, lo que les hace especialmente vulnerables en las situaciones forenses en que se sospecha que han sido objeto



de abuso sexual: como los más pequeños recuerdan menos, se les suele preguntar más y de forma más sugestiva (p. 22).

## **B. La entrevista cognitiva del menor**

Expuestos los aspectos generales de la declaración del menor, ahora debemos centrarnos en la entrevista cognitiva del menor, cuya finalidad es lograr dos objetivos concretos: a) Evitar la revictimización del menor, en estricta aplicación del interés superior del niño y b) Servir como herramienta para la averiguación objetiva de los hechos que se investigan. En ese sentido, la importancia del examen psicológico del menor ha sido resaltada también por la teoría de la prueba desde la mitad del siglo pasado; puede citarse por ejemplo a Gorphe (1967) quien refiere:

El examen psicológico de los niños, inculpados o testigos, comienza a introducirse en la justicia con excelentes resultados. En Leipzig, desde hace algunos años, cuando deben comparecer niños como testigos, lo hacen ante un comisario especial asistido por un “asistente criminal”, hombre o mujer, que tiene experiencia en el trato con niños y es propuesto por el Instituto Sicopedagógico, el que emite su opinión escrita sobre la credibilidad de los jóvenes testigos. Si el caso continúa, son examinados por un profesor, experto sicólogo, nombrado por el Tribunal a propuesta del Instituto: por medio de “test” y otros procedimientos determina su credibilidad de acuerdo con su capacidad de percepción, imaginación, sugestibilidad, etc., y produce un informe. Los resultados del método parecen satisfactorios (p. 91).

La entrevista cognitiva del menor, es conceptuada como un tipo de procedimiento de toma de declaración dirigido a la obtención de información cuantitativa y cualitativamente superior a la que es posible obtener mediante las entrevistas estándar, disminuyendo la posibilidad de errores de omisión o comisión de los testigos (Manzanero, 2008). Debe ser realizada por un entrevistador formado y entrenado que integre la investigación y la práctica clínica sobre la memoria del menor, con la finalidad de obtener: “a) declaraciones confiables sobre posible abuso sexual y b) maximizar el monto de la información obtenida del niño, dada su edad, circunstancias y predisposición a hablar” (Berlinerblau, 2009, p. 150).

Esta entrevista, pasa por diversos pasos: primero, crear un ambiente propicio; segundo, propiciar el recuerdo libre y tercero, la aplicación de las técnicas de memoria. Si bien esta entrevista cognitiva fue pensada para adultos, algunas de las técnicas son de utilidad para la declaración en menores, sin perjuicio, de que al tratarse de testigos especiales se tenga una mayor importancia en determinados aspectos como los siguientes:

***i. El momento para la entrevista***

Como hemos mencionado anteriormente, una de las dificultades para un testimonio fiable es el efecto del paso del tiempo y la posibilidad de que la recodificación, tenga consecuencias que alteren los recuerdos del menor o los contaminen. Así pues, un prolongado pasó del tiempo desde los hechos hasta la toma de declaración del menor no solo afecta el contenido de la declaración en su aspecto de credibilidad, sino que genera un mayor aumento en el estrés del menor debido a la carga familiar y social de lo que significa ser víctima de dichos actos sexuales. En ese sentido, se recomienda que la entrevista se realice una única vez para evitar la revictimización del menor (Berlinerblau, 2009)

***ii. El lugar y ambiente de la entrevista***

Se recomienda que el lugar de la entrevista sea en un ambiente protegido y empático con el menor, para que pueda facilitar una fluidez mayor de información. El ambiente debe responder al ciclo evolutivo del menor, es decir, si estamos con un menor de 3 a 5 años será de forma distinta si se realiza la entrevista a un menor de 10 años; así como a su situación emocional por el que atraviesa (Berlinerblau, 2009). Así pues, entre las herramientas que se recomiendan esta la Cámara Gesell y la videograbación.

***iii. El perfil del profesional entrevistador***

Al respecto, varios autores sostienen que es imprescindible que el profesional se encuentre formado y capacitado en las técnicas para esta clase de entrevista, que por su naturaleza son distintas a las realizadas a las personas adultas. Para Berlinerblau (2009), el entrenamiento debe incidir en:

- Conocimiento sobre el desarrollo emocional, cognitivo y lingüístico de los niños.
- Conocimiento del sistema legal y judicial.
- Entrenamiento en técnicas para asesorar la competencia mental, legal y lingüística de los niños.
- Entrenamiento en técnicas de entrevistas investigativas forenses con niños para obtener declaraciones confiables, objetivas y válidas.
- Antecedentes de formación sobre la dinámica del abuso de niños y adolescentes y su impacto en el psiquismo.
- La actualización permanente la forma de consultas a colegas, de la literatura científica y de cuestiones legales.
- El proceso de entrenamiento es de por vida; los principiantes de hoy devienen en los expertos del mañana (p. 153).

#### **iv. Las fases del interrogatorio por el profesional entrevistador**

Habiéndose preparado todo lo anteriormente mencionado, las fases de la entrevista cognitiva será la misma que para los adultos pero adaptados al nivel cognitivo de los menores, en cuanto a su madurez, física, biológica, sexual, así como del conocimiento y lenguaje. Luego de ello, se iniciara formalmente el procedimiento del interrogatorio, en el cual: Primero, deberá procurarse un ambiente correcto de la entrevista para que el menor pueda recuperar la mayor cantidad de información posible, de esta manera, la inserción de instrucciones previas para el menor son vitales. Se le debe instruir para que intente recordar todo lo que pueda y lo exprese de manera completa sin excluir información, para que tenga consciencia de que todo su relato es importante (Manzanero, 2008).

Segundo, la técnica del interrogatorio debe responder a la técnica del recuerdo libre, basado en preguntas libres y no directas, lo que supone evitar a toda costa las preguntas cerradas o de naturaleza sugestiva o que induzcan a determinadas respuestas (Berlinerblau, 2009), de esta manera se procura que el menor permanezca relajado y no tenga sentimientos de culpabilidad (Nieva, 2012); esto es contrario a lo que se enseña en las técnicas de litigación oral para testigos adultos, pues se trata de un testimonio especial, en el que debe prevalecer la integridad emocional del menor, tal y como lo ha establecido el art. 170 inciso 3 del Código Procesal Penal Peruano de 2004 (en adelante CPP de 2004).

La cadencia del interrogatorio debe ser a la velocidad que pueda ser realizada por el menor. No debe ser presionado ni su relato debe ser limitado temporalmente. Las aclaraciones que puedan surgir en el interrogatorio, deben ser realizadas de manera abierta y no deben de ninguna manera interrumpir el relato espontáneo del menor, pues lo que se busca es mantener esta espontaneidad desde el inicio hasta el final. Si en algún caso es necesario realizar una pregunta cerrada – lo que se permite excepcionalmente – debe ser formulada con más de una alternativa para que el menor pueda completar la información. Aun así, su valoración debe ser tomada con cautela, pues la razón de elegir alguna puede no coincidir con lo que en realidad pasó (Manzanero, 2008).

En la entrevista, también existen prácticas comunes como la utilización de figuras humanas corrientes (de juego) y muñecos anatómicamente correctos en los casos de abuso sexual. En el caso de las figuras humanas, su uso es recomendable en la fase de entendimiento y compenetración del menor, pues en la fase de interrogatorio existe el riesgo de “favorecer la sugestibilidad y las falsas memorias (Manzanero, 2008). Por otro lado, los muñecos

anatómicamente correctos, si bien se caracterizan por tener un mayor grado de especificación en cuanto a los atributos sexuales (órganos sexuales definidos)<sup>7</sup>, su utilización no es recomendable, porque al no ser los que acostumbra el menor puede dar lugar a una mayor contaminación de la fantasía con los sucesos reales<sup>8</sup> (Manzanero, 2008).

Un ejemplo de mala praxis en la utilización de los muñecos sexuados puede producir diagnósticos erróneos de abuso sexual, a partir de su utilización de manera sugestiva o inducida lo que produce muchas veces la recodificación de la huella de memoria creando las memorias falsas. Todo ello, genera para los menores consecuencias de índole social como puede ser la estigmatización o la pérdida de relaciones parentales cuando son utilizadas como instrumento de chantaje o venganza de un cónyuge contra el otro.

La entrevista cognitiva bien puede dividirse en diversas fases o etapas y cada una con un determinado objetivos particulares, pero lo importante es permitir que el niño luego del interrogatorio sobre el abuso y obtenida la información, pueda realizar preguntas al profesional resguardando su seguridad emocional, es decir, se busca que tenga una resolución emocional respecto de lo que le ha sucedido (Berlinerblau, 2009).

Finalmente como tercer paso, el profesional psicólogo debe exponer en un dictamen sus conclusiones, explicando el método y técnicas empleadas. Es esencial que se adjunte la grabación de las entrevistas cognitivas a fin de confirmar las inferencias del psicólogo y si es coherente con las conclusiones realizadas (Nieva, 2012).

Todo lo expuesto, debe ser materia de análisis para el juez penal que tenga en sus manos un caso de abuso sexual y, en el cual se tenga – como sucede en la mayoría de los casos – solo la declaración inculminatoria del menor, de tal manera que, la correctitud del procedimiento de la entrevista cognitiva – de cámara Gesell - y la información que se obtenga de ella, jugará un papel más que importante tanto para la averiguación de los hechos materia de investigación y evitar la exculpación de un presunto responsable, como para

---

<sup>7</sup> Las muñecas sexuadas pueden ser de material de plástico (tipo Barbie o Ken), de caucho o de trapo y poseen todos los órganos genitales de los adultos (pene, vagina, vulva, mamas, testículos, etc; también ano y uretra) y los caracteres sexuales secundarios (vello pubiano, barba, etc).

<sup>8</sup> En ese sentido, los estudios internacionales han demostrado que la utilización de los muñecos sexuados ejerce un efecto combinado de sugestión, distorsión y/o contaminación de los dichos y juegos infantiles. Además al no existir un protocolo científico válido y universal para el análisis de los juegos de niños con ellos, cada perito entrevistador puede interpretarlos subjetiva y arbitrariamente en pro o en contra de la concurrencia del abuso. Al respecto pueden consultarse los pronunciamientos de la Academia Americana de Psicólogos y en los estudios de Melton & Limber (1989) y (1995).

evitar las condenas erróneas de inocentes, muy comunes por la existencia de una serie de prejuicios subyacentes que juegan en contra de las personas acusadas de este tipo de delitos.

### 3.4 Las condenas erróneas en base a un testimonio del menor

En este apartado, considero de suma importancia comenzar con un caso expuesto por la doctora Elizabeth Loftus (2010), una experta estadounidense en la memoria, percepción y sugestión en menores, que a pesar de la antigüedad, bien podría describir una realidad común en la mayoría de nuestros sistemas de administración de justicia penal en la región latinoamericana. Así pues, la especialista nos relata el célebre caso de las Brujas de Salem:

En 1692, entre el 10 de Junio y el 19 de setiembre, se acusó, juzgó y condenó a veinte vecinos de Salem (Massachusetts) por brujería; en seguida se los ejecutó a todos. ¿Qué pruebas había contra los supuestos brujos y brujas? “La palabra de los niños”. Los principales acusadores eran niños de entre cinco y dieciséis años. Su testimonio fue determinante: habían visto a las “brujas” convertirse en gatos negros, volar en escoba sobre los campos por la noche y hablar a insectos que luego atacaban a los niños y les metían clavos en el estómago (...) Un pasaje de *Witchcraft in Salem Village* (Brujería en la ciudad de Salem), escrito en 1892 por W.S. Nevina. Era una confesión de Ann Putman, la más célebre de los niños, acusadores, a su pastor en 1706, catorce años después de los juicios: “Deseo postrarme ante dios por la triste y penosa providencia que cayó sobre la familia de mi padre en el año de 1692; porque yo, que era una niña, por la divina providencia serví de instrumento para acusar de un grave crimen a varias personas, a quienes les arrebataron la vida, aunque ahora tengo buenas razones y motivos fundados para creer que eran inocentes (...) Deseo humillarme y arrastrarme en el polvo por haber sido la causa, junto a otros, de tamaña desgracia para ellos y sus familias (p.250).

Asimismo, también cita el caso de Tony Herrérez, quien un gran jurado de Estados Unidos de Norteamérica acusó de que mantuvo relaciones sexuales (felación) con Katie Davenport y Paige Becker, ambas de cinco años, presuntamente obligándolas por la fuerza o amenaza de fuerza y previamente les había exhibido una película de alto contenido erótico. Lo relevante del caso, fueron tres hechos que determinaron la exculpación del acusado: el primero, es todo el bagaje probatorio (pericias) que se realizó al acusado con la finalidad de determinar si tenía un perfil de abusador sexual y el segundo, los hechos narrados por las propias menores, que explicadas por el abogado defensor se resumían:

En segundo lugar, una de las niñas (Katie Davenport) ha afirmado que no pasó nada con Tony. En una entrevista privada, Katie dijo al juez que su madre le había metido la idea en la cabeza y le había dicho lo que tenía que declarar. En tercer lugar, hemos descubierto que la madre escribía un diario.

Nos costó mucho conseguirlo (el juez lo leyó y afirmó que no contenía pruebas exculpatorias, nada que ayudase a la defensa), pero no cejamos en el empeño y al final lo conseguimos. ¿Y que encontramos? Sus conversaciones con Katie transcritas al pie de la letra. Cuando Katie negaba que hubiera pasado algo con Tony, la mandaba a su cuarto. Cuando reconocía que Tony había abusado de ella, le daba una galleta o le acariciaba la cabeza (Loftus y Ketcham, 2010, p. 201).

Como se observa, en el caso narrado, la madre de la niña Katie Davenport jugó un papel de interrogador cuando no se encontraba preparada, por ello, no pudo evitar utilizar preguntas y prácticas sugestivas con la menor, que en opinión de la doctora Loftus, quien había participado como perito de parte en dicho caso, había generado un condicionamiento:

Quando Katie Davenport reconocía que habían abusado de ella y, acto seguido, su madre le daba una galleta o un abrazo, la niña recibía un refuerzo positivo, que incrementaría la frecuencia de la conducta. Cuando negaba que hubiera pasado algo y la mandaban a su cuarto, en cierto modo recibía un castigo, que tendría a suprimir o disminuir la frecuencia de esa respuesta (Loftus y Ketcham, 2010, p. 202).

Sin ánimo de extendernos en la cita de casos -que son muchos en realidad- ha quedado muy claro la importancia de que el testimonio de los menores de edad se encuentren libres de sugerencias o presiones del exterior, que pueden afectar su credibilidad. El riesgo sin duda es grande, pero no ello no quiere decir que deba excluirse de valor probatorio a la declaración del menor. Las voces racionales desde la teoría de la prueba, en los inicios del siglo XX, se han pronunciado a favor de dar valor probatorio a la declaración del menor, pero con un riguroso control jurisdiccional para determinar su peso probatorio<sup>9</sup>.

Entonces, la labor del juez recaerá inevitablemente en el aspecto de la valoración del testimonio del menor, no excluyendo su valor probatorio sino midiendo su grado de fiabilidad y eficacia. La fiabilidad del testimonio de los menores es menor a la que un adulto, porque están sujetos con mucha

---

<sup>9</sup> En ese sentido, es ejemplar, la posición de Ellero (1913) quien manifestó en su oportunidad: “En rigor, pareceme que una exclusión absoluta decretada por la ley de ciertas personas como testigos, en razón de presuntas condiciones que las ponen en situación de engañarse fácilmente, limita demasiado la libertad del juez (...) ¿Por qué motivo se ha de suponer que un niño no puede haber visto robar, herir, al modo que un hombre maduro? Así, para evitar que ciertas exclusiones fáciles o precipitadas favorezcan la impunidad, pareceme que, tanto la ley como la jurisprudencia que quisieran prefijar los cánones para aceptar o rechazar un testimonio, deberían procurar determinar solo las personas que se han de presumir verídicas y cuáles no, admitiendo, eso sí, con eficacia siempre la prueba en contrario. Me explicaré: el legislador o el jurisconsulto deberían decir, no que el niño, el loco, el ebrio y demás no merecen fe nunca, sino que no se les debe dar cuando la presunción de su estado de error, no se desvanezca, en virtud del influjo de contrarias circunstancias o pruebas” (p. 201).

más facilidad a las sugerencias y sugerencias de los adultos. Así, “si a un niño relativamente pequeño se le pregunta como era de alto el hombre que estaba en la habitación, el niño tiende a dar una respuesta y dice, por ejemplo, que era alto, aunque no hubiera allí ningún hombre” (Mazzoni, 2010, p. 20).

Entre los criterios propuestos por la psicología del testimonio para afrontar la valoración del testimonio del menor y evitar en gran medida el riesgo de una condena errada, se encuentran los propuestos por A. Trankell, que sintetizados por Manzanero (2001), son los siguientes:

- Prestar atención a la posible existencia del sesgo confirmatorio por parte del profesional especialista encargado del interrogatorio; es decir, cuando se da mayor valor a información que confirma una determinada hipótesis que aquella que la niega.
- Debe seguirse la metodología de la falsación. Analizarse que criterios y de qué forma deberían aparecer las declaraciones si procedieran no de un hecho vivido sino de uno imaginado o sugerido.
- Se recomienda que la entrevista se realice por dos profesionales expertos.
- Se recomienda que se pida al menor que narre un suceso del que se tenga certeza de su ocurrencia, para comparar en que forma aparecen los criterios de descripción en la memoria.

#### **4. La cámara Gesell y su valoración probatoria según los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia**

En los apartados anteriores hemos desarrollado los aspectos esenciales, problemas y dificultades de la declaración de menores de edad desde la psicología del testimonio; asimismo, se han brindado criterios y recomendaciones, propuestos por especialistas en psicología del testimonio en menores, que tienen por objetivo servir como parámetros para determinar, por un lado, la correctitud del procedimiento de la entrevista y por el otro, la fiabilidad del contenido de la declaración. Sin duda, los aportes no deben ser considerados como mera teoría no aplicable en la práctica, pues muchos de ellos se basan en estudios serios respaldados por instituciones y especialistas reconocidos.

Sin embargo, este conocimiento no tendría mayor repercusión en la realidad, si las personas e instituciones encargadas de enfrentar diariamente las complejidades y dificultades de la declaración del menor, no se encuentran preparados para asumir estos retos, incorporando todo este saber

especializado y propiciar resultados perfectibles con el tiempo, con la intención del mejoramiento de la justicia.

Así pues, de lo que se trata es de cambiar prácticas procesales y fomentar cambios interpretativos, en favor de un mayor rigor en la motivación de las decisiones judiciales, lo que no excluye de ninguna manera a la justificación de la valoración de los medios de prueba, que como sabemos, es una parte inherente al contenido de una sentencia penal. Esta perspectiva, difiere de las ideas de un sector de la doctrina que cultiva el Derecho procesal penal como un mero conjunto de trámites y procedimientos, y considera finalmente como único criterio racional a seguir, aquel que le favorece a su teoría del caso o el que sea más sencillo de motivar, según su posición en el proceso penal.

Por ello, consideramos relevante asumir como segundo aspecto principal del presente trabajo, el tratamiento de la entrevista única en cámara Gesell y su valoración probatoria según los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116, con la finalidad de advertir las exigencias que los jueces deberán tomaren consideración para determinar su eficacia como medio de prueba.

#### **4.1 La entrevista única en cámara Gesell: ¿Prueba científica o prueba pericial?**

La pericia no constituye una prueba en sí misma, sino se trata de un medio probatorio que busca ilustrar al juzgador sobre determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos, entre otros requeridos para su correcto entendimiento y le permita esclarecer determinadas circunstancias en un caso en particular. De este modo, la pericia, según Cafferata (2011), es un medio probatorio por el cual se pretende obtener un dictamen fundado en conocimientos científicos o especializados para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba.

Es así que, desde este punto de vista, la pericia aparece como un medio (que consiste en la actividad pericial propiamente dicha) para obtener un fin (consistente en la apreciación o *dictamen pericial*) que servirá al juzgador para apreciar debidamente los hechos materia de la pericia. En igual sentido, señala Pabón Parra (2006) que:

El resultado de la peritación y su objeto deben también presentar siempre una necesidad que la origina: suministrar argumentos, proporcionar razones que formen o contribuyan al convencimiento respecto de cuestiones o problemas, cuya adecuada percepción y cabal entendimiento están por fuera del conocimiento general y aptitud común a los miembros de una determinada asociación (p. 37).



El informe pericial psicológico, como medio de prueba, tal como sostiene Pabón (2006), se puede definir como:

El canal más apropiado para el acceso a conocimientos respecto de todas las circunstancias que pueden haber coadyuvado y aun determinado la realización de conductas, que resultan de indudable valor por los elementos de discriminación, discernimiento y objetivación que pueden proveer el caso concreto (p. 450).

La finalidad de la prueba pericial psicológica, es conocer o apreciar un hecho, una condición o una circunstancia, que para ser develado requiere de habilidades técnicas, artísticas o de procedimientos científicos que solo pueden ser realizados por una persona denominada perito, quien citado por -“(…) aporta[r] al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o puede no tener, para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate” (Climent, 2005, p. 735).

Tratándose de menores de edad, se ha previsto que la pericia psicológica más utilizada sea la entrevista única en cámara Gesell, la cual, según Lamas Calderón (2015) puede ser conceptualizado como:

Una herramienta de uso forense y legal que facilita la realización de la entrevista única. Básicamente, consta de dos habitaciones o ambientes contiguos separados con dos habitaciones o ambientes contiguos, separados con una división de vidrio espejado, que permite mirar solo por un lado, dotado además de un sistema especial de audio y video. En uno de estos ambientes se realiza la entrevista única de la víctima por el psicólogo; y, en el otro, de observación, se encuentran los operadores de justicia, como el fiscal de familia, cuya presencia es obligatoria, el fiscal penal, instructor policial, abogado defensor, padres o tutores de la víctima y el abogado defensor del denunciado. Igualmente, un defensor de oficio (p. 8).

Ahora bien, la discusión sobre si considerarla una prueba científica o prueba pericial, cabe señalar que los autores de la psicología del testimonio se han decantado por considerarla una prueba científica. Así, para Manzanero (2011) que comenta la regulación española, la considera como una prueba pericial de carácter científico “al aportar los conocimientos provenientes de la ciencia psicológica al ejercicio de la función juzgadora” (p. 2). Desde nuestra perspectiva, consideramos a la pericia como una denominación amplia que bien puede abarcar las pruebas de alto contenido científico como el ADN, como aquellas que se sostienen en técnicas sociales como la pericia antropológica o sociológica.

Entonces, la diferencia entre las pruebas periciales científicas de las técnicas se apreciará en el contenido y el aporte del conocimiento de la pericia, lo que influirá en su valoración por el juez. En ese sentido, nuestra Corte Suprema

de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015, ha establecido que a efectos de valoración de las pericias se tienen:

Estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (...) Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica. (Fundamentos jurídico 19 y 20).

En consecuencia, las pericias científicas formales son capaces de atribuir a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba consustancial al proceso penal (San Martín, 2015), es decir, tienen mayor peso al ser producto de un procedimiento verificable empíricamente al seguir el método científico de las ciencias naturales. Mientras que, la pericia psicológica de la entrevista única de cámara Gesell, al basarse en una ciencia fáctica como lo es la psicología, es una pericia de conocimiento científico fáctico, cuya vinculación hacia el juez es menor que las otras, lo que puede estar sujeto a crítica.

#### **4.2 La importancia del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116**

La importancia de este acuerdo plenario radica en que aborda pautas generales de validez y eficacia aplicables a toda clase de pericias, bajo la normativa del CPP de 2004. Ello, sin lugar a dudas, ha venido a llenar un vacío en la interpretación y valoración de la pericia en el proceso penal, puesto que, anteriormente con la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1939, si bien en sus artículos 160 al 169 se establecían los requisitos y formalidades para su incorporación al proceso penal, no existía uniformidad en los criterios de valoración como si lo tenemos en base a la regulación del CPP de 2004.

El CPP de 2004 al acogerse a un sistema de valoración de sana crítica, la valoración del juzgador, conforme al art. 158, debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, que interpretado conjuntamente con los artículos del 170 al 181, se observa un esquema de valoración integral para este medio de prueba que comprende los requisitos de validez y eficacia probatoria. No es baladí, por tanto, hacer referencia a los criterios que desde la doctrina se han brindado (Devis, 2002):

**Tabla N° 1: Requisitos de validez del dictamen pericial**

<b>REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL DICTAMEN PERICIAL</b>
1. La ordenación de la prueba en forma legal
2. La capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo
3. La debida posesión del perito
4. La presentación o exposición del dictamen en forma legal
5. Que sea un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción.
6. Que no existía prohibición legal de practicar esta clase de prueba.
7. Que los estudios básicos del dictamen hayan sido hechos personalmente por el perito.
8. Que los peritos no hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo.
9. Que no exista una causa de nulidad general del proceso, que vicie también su peritación
10. El requisito de la deliberación conjunta, cuando los peritos son varios.

Fuente: Elaboración propia (2019)

**Tabla N° 2: Requisitos de eficacia del dictamen pericial**

<b>REQUISITOS DE EFICACIA DEL DICTAMEN PERICIAL</b>	
1.	Que sea un medio conducente respecto al hecho por probar.
2.	Que el hecho del dictamen sea pertinente.
3.	Que el perito sea experto y competente para el desempeño de su encargo.
4.	Que no exista motivo serio para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad.
5.	Que no se haya probado una objeción formulada en tiempo al dictamen.
6.	Que el dictamen esté bien fundamentado
7.	Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas e imposibles.
8.	Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto.
9.	Que no haya rectificación o retractación del perito.
10.	Que el dictamen sea rendido en oportunidad.
11.	Que no se haya violado el derecho de defensa, de la parte perjudicada con el dictamen, o su debida contratación.
12.	Que los peritos no excedan los límites de su encargo.
13.	Que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen.
14.	Que el hecho no sea jurídicamente imposible, por existir presunción “ <i>iuris et de iuri</i> ” o cosa juzgada en contrario
15.	Que los peritos no hayan violado la reserva legal o el secreto profesional que ampare a los documentos que sirvieron de base a su dictamen.

Fuente: Elaboración propia (2019)

Como veremos en los siguientes apartados, los criterios interpretativos desarrollados nuestra Corte Suprema de Justicia son de recibo para una valoración racional de la entrevista única en cámara Gesell, en lo que sea aplicable y salvando las particularidades de este medio de prueba, por tanto, es obvia la importancia del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116.

## **5 Los criterios de valoración aplicables a la entrevista única en cámara Gesell**

### **A. Criterios generales aplicables a toda pericia**

En el Acuerdo Plenario N° 4 – 2015/CIJ-116, de fecha dos de octubre de 2015, nuestra Corte Suprema en el fundamento jurídico n° 22, ha precisado los criterios generales que debe tener en cuenta el juez de juicio para asignarle el valor y eficacia probatoria a la pericia, y así, pueda sustentar una resolución judicial. Entre estos tenemos:

- La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional.
- El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos y técnicos.
- Asimismo, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen.
- Que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación como se utilizó.
- Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones.
- Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica.

A partir de esto, podemos inferir que todo dictamen pericial que se presente como medio de prueba y cualquiera que sea su especialidad, debe cumplir con los requisitos de eficacia para que pueda ser acreditada como prueba y pueda sustentar la decisión judicial; son pues, criterios válidos conforme a la normativa de la prueba pericial establecida en el CPP de 2004, por lo que, pueden ser seguidos por Fiscales, órganos de prueba (peritos) al momento de elaborar y presentar las conclusiones de su pericia y, por los jueces al ejercer su labor de valoración.

### **B. Criterios en torno a la credibilidad del evaluado**

Ahora bien, conforme a las particularidades de la prueba pericial psicológica en casos de delitos sexuales, el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, acertadamente y conforme a los lineamientos de la especialidad, establece que el Juez deberá preguntar al perito si:

- El evaluado tiene capacidad para testimoniar.
- Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
- Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.
- Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.
- Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta (Fundamento 29).

### **C. Criterios en torno al informe pericial y la idoneidad del perito**

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116 incide en la información que debe acreditarse al momento de actuar este medio de prueba, pues la prueba pericial comprende no solo la elaboración del informe pericial conforme a lo establecido en el artículo 178 del CPP de 2004<sup>10</sup> – aplicable a toda clase de pericias -, sino también su sustentación por su órgano de prueba, en este caso, el perito psicólogo especialista en menores, en tal sentido, señala dicho acuerdo que se debe considerar lo siguiente:

- a) La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.
- b) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.
- c) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.

---

<sup>10</sup> El artículo 178 del CPP de 2004 establece que el informe de los peritos oficiales debe contener: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. d) La motivación o fundamentación del examen técnico. e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma. Asimismo, no debe contener juicios a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.

- d) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.
- e) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito (fundamento 36).

Son pues, estos criterios los propuestos por nuestra Corte Suprema que tienen por finalidad servir de doctrina legal vinculante para los jueces de primera y segunda instancia, al momento de valorar las pruebas periciales psicológicas en casos de delitos de abuso sexual y que pueden ser también aplicables a la entrevista única de cámara Gesell en lo que sea pertinente.

#### **D. El Juez no se encuentra vinculado a la prueba pericial psicológica: El Juez como epistemólogo.**

Finalmente, uno de los criterios establecidos por el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, que nos ha llamado la atención es aquel que sostiene que:

Segundo, el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. Tercero, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad.

Esta posición, toma como fuente la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio de 2009, que en otras palabras, señala que el Juez no puede evadir su labor de valoración y afirmar como verdad irrevocable lo manifestado por el perito psicólogo, sino que, debe considerarlo como un elemento más de corroboración que sumado a otros medios de prueba puede generar su convicción respecto a la verdad o falsedad de los enunciados de hechos de las partes. En ese sentido, como refiere Taruffo (2012):

Por decirlo con una fórmula sintética, el juez no debe transformarse en un científico (cosa que lo transformaría en un apprenti sorcier, de lo cual no se siente verdaderamente necesidad), pero debe operar como un epistemólogo,

es decir, como un sujeto que verifica la validez del método con el cual han estado uniendo determinados resultados probatorios (p. 38).

Desde nuestra posición, consideramos que dicha posición de la Corte Suprema se sustenta o está pensado en aquellos casos en los cuales la pericia psicológica tiene por objeto determinar la credibilidad del testimonio, es decir, cuando lo que se busca es asumir una posición sobre su idoneidad como testigo y la posible existencia de intereses o interferencias que hayan contaminado su declaración, por ello, es que no le otorga un peso probatorio por encima del contenido del testimonio mismo, que puede ser acreditado o desvirtuado por otros medios de prueba; sin embargo, en el caso de la pericia psicológica del acta de entrevista única de cámara Gesell, la realidad tiene una mayor complejidad e importancia.

Tanto el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011 y el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 de fecha 4 de setiembre de 2005, han establecido los criterios de valoración del testimonio de la víctima en los casos de abuso sexual que inciden en su importancia dado que este tipo de delitos clandestino comúnmente no tienen otros testigos sino solo la declaración de la víctima; así pues, consideran que dicho medio de prueba puede desvirtuar la presunción de inocencia si logra superar el estándar de la incredibilidad subjetiva, corroboración y datos objetivos que la sustentan y coherencia y uniformidad de la declaración.

En el caso de la declaración del menor, tenemos que para evitar su revictimización esta debe ser única y en un ambiente especial como puede ser la cámara Gesell, así, no es que la entrevista única solamente sirva para determinar su credibilidad del menor – que si lo hace –, sino también, porque hasta el momento, es el mejor instrumento de entrevistas para obtener de declaraciones del menor y por tanto, no existirá un proceso penal peruano que tenga una declaración policial de menor y otra declaración fiscal y otra en declaración en juicio oral en estos casos, como antes se hacía con el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Por tanto, la entrevista única en cámara Gesell debe tener el peso probatorio de una pericia de carácter científico y, en consecuencia, para ser valorada eficazmente debe ser sometida a la rigurosidad tanto en sus procedimientos como en su valoración, observando cada uno de los criterios bien establecidos por la Corte Suprema. Insistimos, los estudios psicológicos tienen respaldo empírico desde el siglo pasado y se encuentran respaldados por instituciones serias, sin embargo, no podemos negar que nuestra realidad peruana aun no llega a los estándares internacionales que tienen otros países y por tanto, la calidad muchas veces no es la óptima para afrontar este tipo de casos, por muchas carencias profesionales e institucionales.



## 5. Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell

Como parte final del presente trabajo, hemos seleccionado los que consideramos tres desafíos que se imponen a todos los involucrados en el tratamiento de la pericia psicológica y en concreto, de la entrevista única en cámara Gesell a fin de que sirva como un panorama de lo que aún falta por mejorar en este ámbito.

Un primer aspecto, lo constituye la formación de los jueces en la psicología del testimonio. Como hemos manifestado anteriormente, el juez según el criterio de la Corte Suprema no se encuentra vinculado totalmente a las conclusiones de la pericia psicológica, sin embargo, en el caso de la entrevista única de cámara Gesell como hemos sostenido, la importancia que debe tener es de prueba científica y por tanto, merece una apreciación rigurosa tal y como un testimonio único, pues podría ser el único medio de prueba directo que desvirtúe la presunción de inocencia del acusado. El juez, en este escenario tiene que saber los aspectos básicos de la psicología del testimonio, para que enriquezca su motivación y valoración de este complejo medio de prueba.

Un segundo aspecto lo integra la formación de los profesionales especialistas (peritos) en psicología jurídica y especialización en psicología de menores. La eficacia de la pericia, entonces, se encuentra relacionada con la calidad y capacidad del perito que se encargó de la labor pericial, esto también puede entenderse, señalando que, la acreditación del perito como experto es necesaria como el respaldo idóneo de sus conclusiones, así, el grado de fiabilidad o credibilidad que le ofrezca el juzgador a sus conclusiones dependerá de la fiabilidad en la calidad del perito que realizó la labor pericial.

En consecuencia, la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, pero también el juez deberá estar convencido de que la persona tiene conocimiento, habilidad, entrenamiento o la educación suficientes para cumplir los requisitos de un experto en el campo científico o técnico respecto del cual elaboró la pericia. Es importante contextualizar el concepto de la credibilidad<sup>11</sup>, no como sinónimo de verdad, sino como una cantidad de hechos psicológicos y comunicativos percibidos mediante los sentidos de las cualidades y calidades personales y profesionales del perito.

Es común que en nuestro medio existan psicólogos que solo tengan como especialidad la psicología clínica, que si bien es aceptable para el caso de los

---

<sup>11</sup> Como señala Fischer (2011) “La credibilidad es la cualidad transmitida comunicativamente de una afirmación (declaración) acerca de la realidad (percibida subjetivamente) a la vez, pretende, ella misma, constituir la realidad” (p. 1529).

testigos adultos, constituye un desafío profesional que continúen con su especialización en memoria infantil, que aparejado a la experiencia en casos con testimonios de menores los harán competentes para asumir su labor pericial al encontrarse con las cualificaciones óptimas. Es recomendable que si no se cuenta con la experiencia se tengan los estudios necesarios, ya que de carecer ambos es más fácil cuestionar su idoneidad como profesionales y se duda con mayor fundamento de sus conclusiones.

Asimismo, la carencia de formación adecuada podría repercutir en el detalle de la metodología empleada. Antes se utilizaban meros formatos con explicaciones de dos líneas sobre la metodología empleada, que finalmente no se lograba sostener en el juicio oral. Por ello, es indispensable la formación adecuada para que puedan sustentar con profundidad sus decisiones metodológicas, así pues, porque se utiliza una determinada figura anatómica en comparación de otra, que constituye uno de los puntos centrales en los criterios establecidos por la Corte Suprema.

Dicho esto, cabe la posibilidad de que en la diligencia de la entrevista en cámara Gesell se requiera la presencia de profesionales de distintas áreas del conocimiento que presten su ayuda, por ello, es

necesario que se cuente además con la participación de todo un equipo multidisciplinario, quienes, sin ser vistos por el menor, observen la entrevista a cargo del profesional designado y evalúen las condiciones en que el niño, niña o adolescente se encuentra como consecuencia de la violencia sexual padecida. De esta manera el proceso se desarrollará garantizando la integridad emocional del menor (Ulfe, 2015, p. 66).

Por otro lado, no puede olvidarse que si bien es recomendable que el perito psicólogo tenga todas las credenciales científicas requeridas y, que el informe sea lo más completo posible conforme a la normativa establecida en el artículo 173 del CPP de 2004, el perito debe ser capaz de comunicar en el juicio oral los aspectos esenciales de su actividad pericial.

En ese sentido, como tercer aspecto se integra la formación práctica en las técnicas especiales de interrogatorio a menores. Al respecto, cabe señalar que el Ministerio Público ha emitido dos documentos importantes. El primero, se emitió en el año 2011, que es la “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”<sup>12</sup>, tuvo por

---

<sup>12</sup> La “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”, fue elaborada por el Ministerio Público con el valioso apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF y la Cooperación Belga para el Desarrollo en el marco del Proyecto “El Estado y la sociedad contra la violencia, abuso y/o explotación sexual comercial infantil.

finalidad establecer directivas para la actuación del Fiscal y del Psicólogo Forense en el desarrollo del procedimiento de entrevista única. Establecía roles y recomendaciones definidas tanto para el Fiscal como para el abogado. Así pues, entre las más relevantes:

**Tabla N° 3: Pautas para el Fiscal y el Psicólogo en la entrevista única**

FISCAL	PSICÓLOGO
<ul style="list-style-type: none"> <li>• De advertirse en la narración, otros hechos de agresión sexual distintos al de la investigación, el fiscal deberá profundizar su esclarecimiento</li> <li>• Identificación del investigado, señas particulares (tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, etc.), discapacidad física o mental, lenguaje, actitud, entre otros. <ul style="list-style-type: none"> <li>• No mencionar el nombre o apellido del investigado antes, durante o después de la entrevista, salvo que el entrevistado lo mencione.</li> <li>• Evitar inducir la descripción de la persona.</li> <li>• Las circunstancias vinculadas al acercamiento y abordaje del investigado.</li> <li>• No formular preguntas que atenten contra la dignidad del niño, niña y adolescente.</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La edad, las necesidades y el nivel de desarrollo del niño, niña o adolescente, de acuerdo con su contexto socio-cultural.</li> <li>• Debe propiciar la espontaneidad del relato.</li> <li>• Estructurar preguntas que puedan comprenderse fácilmente.</li> <li>• Permitir que el niño, niña y adolescente cuente con tiempo suficiente para responder las interrogantes que se le formulan.</li> <li>• Evitará formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o sugestivas; y evitará aquellas que induzcan a eludir la respuesta y adoptar actitudes negativas.</li> <li>• No usar terminología que el niño, niña o adolescente no pueda comprender.</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia (2019)

Estas recomendaciones lo que buscan es evitar posibles del perito psicólogo especialista en menores y advertir si existen defectos que evidencien una falta de imparcialidad, tales como:

- ✓ El sesgo del entrevistador, es decir la tendencia a informar cualquier sospecha de abuso sexual como certeza de la comisión de actos de abuso sexual o malos tratos, aun cuando no hay signos físicos ni testigos directos.
- ✓ La notable y exagerada tendencia de creerle al niño, en los casos, cuando se pierde todo tipo de objetividad e imparcialidad y se mal utilizan las técnicas de entrevista generando un prejuzgamiento de considerarlo un niño abusado.
- ✓ La parcialidad manifiesta de los entrevistadores. Esto es, como refiere Gregorio (2004), “cuando es el propio profesional quien introduce el tema del abuso, sin que los niños lo puedan expresar libremente” (p. 179).
- ✓ El direccionamiento de la entrevista y la sobreinterpretación exclusivamente en sentido sexual de los ambiguos e inconsistentes relatos de los niños de escenas cotidianas, sin siquiera evaluar la posible influencia de sus progenitores (Gregorio, 2004).
- ✓ Las entrevistas sugestivas que influyen en los dichos infantiles y aún en sus comportamientos o esquemas de acción, ya que el niño pequeño es altamente sugestionable, y realmente es grande la posibilidad de ser inducido por los entrevistadores a creer que ha sido abusado, provocando relatos y denuncias erróneas de abuso sexual (Gregorio, 2004).

Esta postura del Ministerio Público ha sido confirmada al emitirse la Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, de fecha 3 de julio de 2019, por el cual, se aprueba el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños, Adolescentes en cámara Gesell, cuyo objetivo es establecer lineamientos y procedimientos para la operatividad, uso y administración de la cámara Gesell. Lo relevante para este apartado, es que se establece en el Capítulo IV como reglas para los participantes en la diligencia, lo siguiente:

Participan en la cámara Gesell, (...) b) Juez penal o mixto, c) Fiscal penal d) Psicólogo entrevistador (...) j) Abogado defensor del imputado.

4.5. El Fiscal realiza por intermedio de la juez, las preguntas que considere pertinentes para la defensa de los derechos de la niña o adolescente.

4.8. El abogado defensor o abogados de las partes, realiza preguntas a través del juez, cuando sea necesario, siempre que no afecten la integridad de la niña, niño o adolescente.

5.8. Durante la entrevista única,

El psicólogo deberá cumplir las siguientes pautas:

(...)

g) Formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o subjetivas y evitar aquellas que induzcan a la niña, niño o adolescente a eludir la respuesta, adoptando actitudes negativas.

Con esta base protocolar y con un adecuado entrenamiento en técnicas de interrogatorio en menores de edad, los psicólogos especialistas podrán realizar preguntas competentes que no puedan ser objetadas con posterioridad. Como ejemplos de entrevistas realizadas con preguntas sugestivas, se pueden poner los siguientes diálogos ficticios inspirados de la práctica:

<b>PREGUNTAS SUGESTIVAS N° 1</b>
<p><b>Perito: ¿Antes donde vivías?</b> NNA: Ya viví en barranco pero me cambie de casa</p> <p><b>Perito: Antes con quien vivías?</b> NNA: Con mi mama</p> <p><b>Perito: Quienes más?</b> NNA: Mi abuelita, mi tía</p> <p><b>Perito: Alguien más vivía contigo?</b> NNA: Pepe</p> <p><b>Perito: El tío Pepe?</b> NNA: Ajá y nadie más.</p>

<b>PREGUNTAS SUGESTIVAS N° 2</b>
<p><b>P: ¿Alguna persona te ha tocado de forma que no te haya gustado?</b> NNA: Mi poto mi tío Pepe....</p> <p><b>P: ¿aparte de tu poto te toco alguna otra parte de tu cuerpo?</b> NNA: Si mi pene me agarro mi tío Pepe me toco mi tetilla pero me hacía caso, mi tío Pepe no....</p> <p><b>P: ¿Cuándo tu tío Pepe te agarraba el poto y tu pene te agarraba por encima o debajo de la ropa?</b></p>

NNA: Por debajo de la ropa me agarró así (indica la manera en que le agarro)...

Como vemos, las preguntas antes expuestas si bien obtienen información importante del caso, pueden ser fácilmente objetables por la sugestión e inducción a la que someten al menor. Por ello, el especialista debe poner mucho cuidado y atención a la forma de como interrogar, con la finalidad de que todo su trabajo previo no pueda ser cuestionado y se favorezca la impunidad. Por el contrario, esto puede también ser tomado como un indicio de parcialidad del especialista lo que no favorece de ningún modo a la averiguación de los hechos, pues en base al solo testimonio del menor se podría condenar a un inocente.

### **Conclusiones y recomendaciones**

- El testimonio del menor en el proceso penal, debe seguir como pauta o guía el principio del interés superior del niño; por ello, la toma de su declaración debe realizarse haciendo uso de los instrumentos que eviten su revictimización.
- La psicología del testimonio y los estudios de la memoria del menor han demostrado ser un sustento teórico importante, que puede coadyuvar a una mejor valoración del testimonio del menor. Esta ciencia brinda los fundamentos teóricos y pautas prácticas para que los especialistas puedan llevar a cabo las pericias psicológicas en menores, así como fundamento para la valoración de las pericias psicológicas a los jueces.
- La memoria de los menores no es igual a la de los adultos. Pueden ser fácilmente sugestionados o inducidos a brindar cualquier afirmación que los adultos les digan, por ello, las pericias psicológicas en menores de edad deben incidir en determinar si existen factores de riesgo que evidencien que han sido sugestionados, lo que afectaría su verosimilitud.
- La entrevista única en cámara Gesell, constituye la herramienta idónea para realizar la toma de declaraciones en menores de edad. Su debido procedimiento debe ser garantizado así como la necesidad de que el profesional encargado tenga la idoneidad para asumir la complejidad inherente a este medio de prueba.
- El Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116, ha marcado un antes y un después en la valoración de la pericia en general y psicológica en particular. Los criterios de valoración que establece, brindan pautas para una mayor racionalidad y razonabilidad a la hora de motivar las decisiones judiciales por parte de los jueces.

- Los desafíos del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116, sirven como un estímulo al mejoramiento de la práctica y valoración de la entrevista única en cámara Gesell, lo que debe ir aparejado con un compromiso de los sujetos procesales involucrados e instituciones participantes, en brindar los instrumentos y recursos necesarios para su eventual mejora. La capacitación constituye uno de los ejes principales para el cambio y uno que ha sido siempre descuidado en nuestra realidad procesal penal, por ello, si se adopta como política institucional del Ministerio Público y Poder Judicial así como todas aquellas organizaciones e instituciones, la capacitación en la psicología jurídica, se puede lograr una mejora en ese aspecto.

## Referencias

- Beloff, M. (2009). El menor de edad víctima en el proceso judicial, En: *Acceso a la Justicia de los niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes* (pp. 21 – 29). Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3791/4d0a67d32fc3b1.49768365.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Berlinerblau, V. (2009). Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial. En: *Acceso a la Justicia de los niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes* (pp. 141 – 156). Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3791/4d0a67d32fc3b1.49768365.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Binder, Alberto (1997). *Política criminal de la formulación a la praxis*. Buenos aires: Ad Hoc.
- Climent, Carlos (2005). *La prueba penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Devis, Hernando (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá: Editorial Temis.
- De Paula, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología* (Traducción de Laura Criado Sánchez). Madrid, España: Marcial Pons.
- Díez, J. (2008). *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. Revista Política Criminal*, N° 5, A7 – 5, 1 – 37. Recuperado de: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/A\\_7\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_7_5.pdf).

- Diges, M. (2014). La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos. *Aequitas. Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*. pp. 13-55. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/doctrina42675.pdf>.
- Ellero, P. (1913). *De la certidumbre de los juicios criminales. Tratado de la prueba en materia penal*. (Traducción de Adolfo Posada). Madrid, España: Hijos de Reus Editores.
- Ferrajoli, L (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Fischer T. (2011), “Análisis de credibilidad y valoración de la prueba. Acerca de la carga de la “función específica”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. 9, p. 1527-1534.
- Gorphe, F. (1967). *La apreciación judicial de las pruebas*. (Traducción de Delia García Daireaux). Buenos Aires, Argentina: Editorial Temis S.A.
- Guzmán, N. (2011). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.
- Gregorio, A. (2004). *Abuso sexual infantil*. 1º edición, Buenos Aires: Omar Favalo Ediciones Jurídicas.
- Lamas Calderón, María (2015). *Entrevista única cámara Gesell. Perú: Escuela del Ministerio Público*. Recuperado de: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2231\\_10\\_camara\\_Gesell.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2231_10_camara_Gesell.pdf).
- Loftus, E. y Ketcham, K. (2010). *Juicio a la Memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. (Traducción de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín). Barcelona, España: Editorial Alba.
- Manzanero, A. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales. Informe técnico*. Madrid, España: SEPIN.
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, España: Ediciones Pirámide.



- Manzanero, A. (2001). Procedimientos de evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. 1 (2). pp. 51-71.
- Mazzoni, G (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. (Traducción de José Manuel Revuelta). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Melton, G. & Limber, S. (1989). *Changes in family Law and family life: Challenges for psychology*. *American Psychologist*, 44 (8), pp. 1213 – 1216.
- Melton, G. & Limber, S. (1995). *Psychological science and the use of anatomically detailed dolls in child sexual abuse asesments*. *Psychological Bulletin*. 118 (2), pp. 199 – 222.
- Mixan, F. (1991). *La prueba en el procedimiento penal*, Tomo IV – B, Trujillo: Ediciones Jurídicas.
- Montoya, V. (2007). *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes*. Lima: Editorial Grijley.
- Neyra, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Editorial Idemsa.
- Nieva, J. (2012). La declaración de niños en calidad de partes o testigos. *Justicia: Revista de derecho procesal*. 1, pp. 121-142. Recuperado de: <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/la-declaracion-de-ninos-jordi-nieva.pdf>
- Páez, A. (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*. 40, pp. 95-118. Recuperado de: [http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36363\\_3430005](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36363_3430005).
- Pabón, P. (2006). *La prueba pericial. Sistema acusatorio*, Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Pagano, C. (2003). *La arquitectura de los recuerdos*. Barcelona, España: Editorial Paídos.
- San Martín (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales Fondo Editorial.
- Taruffo, M. (2012). La ciencia en el proceso: problemas y perspectivas. (Traducción de Diana Ramírez). En: M. Bustamante (Coord.) *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín Sello Editorial.

- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán). Madrid, España: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán). 2º edición. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Tarski, A. (1999). La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica (Traducción Paloma García Abad). *A Parte Rei. Revista de filosofía*. 6 (4), pp. 1-30. Recuperado de: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>.
- Ulfe, E. (2015). Tecnología que evita la revictimización en niños, niñas y adolescentes: Cámara Gesell. *Hamut'ay. Revista Científica de la Coordinación de Investigación y Extensión Científica Tecnológica*. 2 (2), pp. 58-66. Recuperado de: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/HAMUT/article/view/916>.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España: Marcial Pons.

### **Jurisprudencia Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Rosendú Cantú y otra vs México. Sentencia, Excepción preliminar, Fondo, Reparación y Costas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC – 17/2002 emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto de 2002.

### **Jurisprudencia Nacional y doctrina legal vinculante**

- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2015). Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/086ac7004e1457a084f1f448a12af05b/IX+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES>.

### **Documentos de la Organización de Naciones Unidas (ONU)**

- Organización de las Naciones Unidas. Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de fecha de 29 de mayo de 2013. (Consultado el 20 de junio de 2019). Disponible en: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=3990](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990).

## Perfis genéticos para fins de persecução criminal no âmbito internacional <sup>(\*)</sup>

### Genetic profiles for the purpose of international criminal prosecution

### Perfiles genéticos a efectos de enjuiciamiento penal internacional

Marcelo Fernando Quiroga Obregón<sup>1</sup>

Bárbara Raasch Timm<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **2.** Os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética. – Considerações Finais. - Referências.

---

(\*) Recibido: 23 marzo 2019 | Aceptado: 04 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Direito Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESP-SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. 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](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

<sup>2</sup> Acadêmica do 10º período do curso de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

[barbararaasch@gmail.com](mailto:barbararaasch@gmail.com)

**Resumo:** Pretende-se analisar se a coleta, armazenagem e utilização de perfis genéticos pelo Estado para fins de persecução criminal está em consonância com os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética. Nesse aspecto, primeiramente será feito um estudo acerca da criação e utilização dos bancos de perfis genéticos no âmbito internacional, apresentando os instrumentos normativos internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas. Em seguida, serão abordados os direitos e garantias fundamentais diretamente relacionados ao tema, salientando o direito de não produzir prova contra si mesmo. Destaca-se que a presente pesquisa é guiada, dentre outros, pelos ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo em sua obra “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal”.

**Palavras-chave:** perfis genéticos, persecução criminal, direitos e garantias fundamentais, direito internacional.

**Abstract:** The aim is to analyze whether the collection, storage and use of genetic profiles by the State for purposes of criminal prosecution is in line with the fundamental rights and guarantees associated with genetic criminal investigation and identification. In this regard, a study will first be carried out on the creation and use of genetic profile banks at the international level, presenting the international normative instruments on the use of human genetic information. Next, the fundamental rights and guarantees directly related to the theme will be addressed, emphasizing the right not to produce evidence against oneself. It is noteworthy that this research is guided, among others, by the teachings of Maria Elizabeth Queijo in her work "The right not to produce evidence against oneself: the principle of *nemo tenetur se detegere* is detected and its consequences in criminal proceedings".

**Keywords:** genetic profiles, criminal prosecution, fundamental rights and guarantees, international law.

**Resumen:** El objetivo es analizar si la recolección, almacenamiento y utilización de perfiles genéticos por parte del Estado con fines de persecución penal se ajusta a los derechos y garantías fundamentales asociados a la investigación y la identificación genética penal. A este respecto, se llevará a cabo en primer lugar un estudio sobre la creación y utilización de bancos de perfiles genéticos a nivel internacional, en el que se presentarán los instrumentos normativos internacionales sobre la utilización de la información genética humana. A continuación, se abordarán los derechos y garantías fundamentales directamente

relacionados con el tema, haciendo hincapié en el derecho a no presentar pruebas contra uno mismo. Cabe destacar que esta investigación se guía, entre otras cosas, por las enseñanzas de María Elizabeth Queijo en su obra "El derecho a no presentar pruebas contra uno mismo: se detecta el principio de *nemo tenetur* y sus consecuencias en los procesos penales".

**Palabras clave:** perfiles genéticos, persecución penal, derechos y garantías fundamentales, derecho internacional.

---

## Introdução

Os perfis genéticos para fins de persecução criminal têm cada vez mais sido utilizados na atualidade. Assim, a coleta e armazenagem de dados genéticos de indivíduos pelo Estado são alvos de intensos debates tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não se limitando, inclusive, ao âmbito do Direito.

Em que pese a utilização do mecanismo, não só de persecução, mas também de identificação criminal, busca-se analisar no presente estudo, se a coleta, armazenagem e utilização de perfis genéticos são potenciais violadoras de direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua dignidade.

Assim, será esclarecido o que se entende por perfis genéticos, sendo analisados bancos de perfis genéticos criados e utilizados no âmbito internacional, por meio do direito comparado. Ainda, serão abordados os instrumentos normativos internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, que servem de auxílio à análise da coleta do material biológico e a utilização e armazenamento do perfil genético para fins de persecução criminal.

Em seguida, serão abordados os direitos e garantias fundamentais diretamente conexos à investigação e identificação criminal genética, quais sejam, a dignidade da pessoa, a presunção de inocência o direito ao silêncio, a garantia de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), a integridade física e moral, dentre outros.

## 1 Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal

Com o avanço da ciência e da tecnologia, tornou-se possível obter o perfil genético do ser humano a partir da coleta de seu material biológico. Portanto, primeiramente, é essencial dispor alguns esclarecimentos a respeito do que

se entende por perfis genéticos. Nessa perspectiva, Casabona e Malanda (*apud*, SCHIOCCHET, 2013, p. 522) esclarecem que o perfil genético traz informação sobre a descrição étnica do sujeito e sobre o sexo.

Sobre o tema, Schiocchet, ao distinguir o material biológico ou genético dos perfis genéticos, esclarece que estes “constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não codificantes” (2013, p. 521), identificando apenas marcadores sexuais, enquanto aqueles podem constituir “[...] em uma amostra de sangue, saliva, bulbo capilar, entre outros, a partir do qual se fará a análise para a extração do chamado ‘perfil genético’” (2013, p. 520).

Assim, nota-se que uma amostra de DNA possui regiões codificantes e não codificantes. A região codificante apresenta as informações genéticas propriamente ditas do seu titular e, geralmente, são conservadas e utilizadas apenas para fins médicos ou de investigação científica (SCHIOCCHET, 2013, p. 521).

Já a região não codificante, corresponde a maior parte do DNA e é, por vezes, denominada *junk DNA* (DNA lixo em inglês), vez que “mais de 95% do genoma não trazem informação alguma que se converterá em características físicas” (LIMA, 2008, p. 09). Ademais, cumpre esclarecer que o DNA, ácido desoxirribolucleico, corresponde a

uma molécula (ou conjunto de moléculas) que contém toda a informação genética do ser vivo, e se encontra distribuído em diversos fragmentos ou cromossomos (vinte e três pares no ser humano) no núcleo de cada célula (com exceção, nas hemácias, que não em núcleo, e no ADN mitocondrial, que não se encontra naquele) (CASABONA, 1999, p. 21-22).

Dessa forma, deve-se levar em consideração de qual região do DNA a informação é retirada para afirmar se poderá ou não conter características físicas ou de saúde do indivíduo. Nesse sentido, Jacques e Minervino ressaltam que

infelizmente, devido ao parco entendimento público sobre a ciência e a tecnologia envolvidas nesta questão, muitas pessoas são levadas a acreditar que o perfil genético tem muito mais informações do que ele realmente tem (2008, p. 18).

Conforme o VII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), “[...] o perfil genético é obtido a partir de regiões não-codificantes do DNA, sendo incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação é a individualização” (2017, p. 04).

Tendo em vista que o perfil genético é um meio para identificação de um indivíduo, é possível a sua utilização no âmbito de investigação criminal,

principalmente no tocante à apuração de autoria de delitos. Assim, indispensável que seja realizada uma análise a respeito da criação e utilização de bancos de perfis genéticos no âmbito internacional.

### **1.1 Análise da criação e utilização de bancos de perfis genéticos no âmbito internacional**

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal têm sido regulamentados em diversos países, dentre os quais, cabe destacar o programa americano CODIS (*Combined DNA Index System*) que é referência no assunto, sendo responsável por armazenar e comparar eletronicamente perfis de DNA.

Em 2009, o Escritório Federal de Investigação, denominado FBI e o Departamento de Polícia Federal (DPF) do Brasil firmaram Termo de Compromisso visando à concessão por parte do FBI ao DPF de uma licença ilimitada para utilização do programa CODIS, além de suas modificações e melhorias (2009, p. 01). Com efeito, o Brasil adquiriu o *software* do sistema CODIS a fim de instaurar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em território nacional.

O referido banco de dados norte-americano, conforme dados atualizados em março de 2018 e disponibilizados no endereço eletrônico do FBI, contém mais de 13.290.378 perfis criminosos, 3.062.261 perfis de presos e 845.508 perfis forenses e já tendo auxiliado em 399.179 investigações e sido consultado 415.135 vezes.

Nesse sentido, Anselmo e Jacques (2012, p. 03) ressaltam que não só a coleta compulsória de impressões digitais, como também de amostras de DNA no contexto do processo penal é permitida pela maioria dos países membros do Conselho da Europa, sendo que

os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça (ANSELMO; JACQUES, 2012, p. 03).

Informa Hélio Buchmuller Lima que a Inglaterra e os Estados Unidos foram os pioneiros na implementação de banco de dados de perfis genéticos (2008, p. 10). Acrescenta que o banco de dados britânico foi implementado em 1995, e conforme dados publicados em 2006, “[...] a taxa de resolução de crimes passa de 26% para 40%, quando vestígios encontrados no local do crime são colocados no banco de dados” (LIMA, 2008, p. 10).

O banco de dados norte-americano, por sua vez, foi implementado em 1994, porém com legislações distintas em cada estado (LIMA, 2008, p. 10). Inclusive, destacou que:

Atualmente, todos os estados norte-americanos estão inseridos no banco de dados nacional, conhecido como NDIS (*National DNA Index System*, que utiliza o *software* chamado CODIS), e a grande maioria já passou por reformas na legislação específica, para dar maior eficiência para o banco de dados estadual (LIMA, 2008, p. 10).

Dentre as recomendações editadas pelo Conselho da Europa, são especialmente importantes, levando em consideração o tema ora estudado, as de nºs R (87) 15, R (92) 1. Posto isso, a Recomendação nº R (87) 15, adotada pelo Comitê de Ministros em 17 de setembro de 1987 na 410ª reunião, estabeleceu os princípios a serem aplicados na coleta, armazenamento, uso e comunicação de dados pessoais para fins policiais.

As matérias que foram tratadas dizem respeito, em suma, do controle e notificação, recolhimento, armazenamento, comunicação e uso de dados pela polícia, publicidade, direito de acesso aos arquivos policiais, direito de retificação e direito de recurso, duração do armazenamento, atualização e segurança de dados. Dessa forma, os referidos princípios foram recomendações dadas pelo Conselho da Europa aos Estados membros, para orientá-los nas suas leis e práticas nacionais.

A Recomendação nº R (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992, que versa sobre a análise do uso do ácido desoxirribonucleico (DNA) no âmbito do sistema de justiça criminal, recomendou aos Estados membros que, em suas legislações e políticas, somente realizassem coleta de amostras biológicas para análise de DNA em circunstâncias determinadas em lei ou com autorização específica de uma autoridade.

Inclusive, fora expressamente previsto que “[...] nos casos em que a legislação interna admita que as amostras possam ser colhidas sem o consentimento do suspeito, só deve ser realizado se as circunstâncias do caso justificarem tal ação” (1992, p. 02).

Portanto, mesmo tendo sido considerado que as técnicas de análise de DNA podem oferecer vantagens para a justiça criminal, auxiliando a determinação de inocência ou de culpa, recomendou-se que os padrões de proteção de dados deverão ser realizados conforme a Recomendação nº R (87) 15.

No que tange ao armazenamento das amostras e dados, foi sugerido que as amostras ou outros tecidos do corpo retirados de indivíduos para análise do DNA não ficassem armazenados após a decisão final do caso para o qual foram utilizados, ao menos que fossem estritamente necessários.



Todavia, é de se notar que os resultados e informações obtidas a partir da análise do DNA poderão ser conservados caso o indivíduo tenha sido condenado por ofensas contra a vida, integridade ou segurança das pessoas, cujo prazo de armazenagem deverá ser rigorosamente definido por lei.

Assim, Recomendação nº (92) 1 do Conselho da Europa, mesmo tendo tratado a questão do uso do DNA para auxílio sistema de justiça criminal de maneira generalizada, representou um grande ponto de partida para incentivo às mudanças legislativas dos países europeus, vez que expôs quais análises são imprescindíveis à determinação de perfis genéticos (ALMEIDA NETO, 2008, p. 09).

Ao buscar aprofundar a cooperação internacional visando, particularmente, combater o terrorismo e a criminalidade transnacional, o Tratado de Prüm, assinado por países membros da União Europeia, em 27 de maio de 2005, estipula regras a serem observadas para fornecimento de dados de DNA e impressões digitais, por exemplo:

Alteração 6

Considerando 11 A (novo)

(11 A) Estas melhorias no intercâmbio de informações constituem um progresso na disponibilização de informações aos agentes responsáveis pela aplicação da lei nos Estados--Membros. **É necessário garantir a existência de razões para efetuar consultas automatizadas nas bases de dados nacionais de ADN e de identificação dactiloscópica, sempre que estejam em causa dados de carácter pessoal.** (grifo nosso)

Alteração 29

Artigo 7o, no 1 A (novo)

1 A. A recolha do material genético apenas poderá ser efectuada ao abrigo da legislação nacional e para fins específicos e deve obedecer aos requisitos da necessidade e proporcionalidade.

Com efeito, o nível de restrição da legislação que regulamente os bancos de dados de perfis genéticos impacta diretamente na amplitude dos efeitos da sua utilização. Dessa forma, a seguir serão analisadas as recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas.

## **1.2 Instrumentos normativos internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas**

Primeiramente, importante destacar instrumentos normativos internacionais que versam sobre o uso das informações genéticas humanas, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

(UNESCO, 1997) e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão realizada em 1997, enfatiza que a pesquisa realizada com o genoma humano deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas.

Assim, fica estabelecido no artigo 1 da referida declaração que “o genoma humano constitui base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade”, sendo considerado, inclusive, um patrimônio da humanidade em um sentido simbólico.

Posto isso, o artigo 6 dispõe que nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas. Dessa forma, o artigo 7 busca assegurar a confidencialidade dos dados genéticos armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso. Inclusive, no artigo 9 é disposto que eventuais limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação.

Por sua vez, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, aprovada na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO em 16 de outubro de 2004, prolongou o disposto na declaração de 1997, buscando garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade.

Note-se que a UNESCO reconhece a importância da pesquisa sobre o genoma humano e suas aplicações para o progresso da humanidade como um todo, porém, enfatiza que “[...] tal pesquisa deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas” (UNESCO, 1997, p. 06).

Assim, os referidos instrumentos normativos internacionais propuseram a definição dos princípios orientadores aos Estados na formulação de suas legislações e políticas a respeito dos dados genéticos humanos, buscando assegurar que os dados genéticos de um indivíduo “devem ser recolhidos, tratados, utilizados e conservados com base em procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis” (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 18).

## **2 Os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética**

A Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura, no artigo 5º, inciso X, que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, e passíveis de indenização. Tais direitos constitucionais relacionam-se a um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, estabelecida no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

No que tange à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 a estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e pode ser entendida tanto como um princípio estruturante de todo o sistema constitucional, como também de todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam que:

[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal. [...] o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 263).

Da mesma forma, Maria Elizabeth Queijo assevera que “os direitos fundamentais se destinam, essencialmente, ao resguardo da dignidade humana, que se projeta em tutela com relação ao Estado e aos próprios semelhantes” (2012, p. 75). Por sua vez, Sarlet (2012, p. 101) orienta que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, ao menos em princípio, a dignidade encontra-se presente em conteúdo ou é projetada em cada direito fundamental, com maior ou menor intensidade.

Apesar da expressão “direitos fundamentais” ser frequentemente utilizada como sinônimo de “direitos humanos” é importante distingui-las. Nesse sentido, Sarlet ressalta que “[...] não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que o seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos” (2015, p. 29).

De acordo com Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 75), os direitos fundamentais são direitos humanos positivados. Já a expressão “direitos humanos”, na visão de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 48), indica direitos suprapositivos. Tendo isso em vista, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 49).

Em que pese à existência de diversas terminologias utilizadas para tratar dos direitos fundamentais, todas convergem para um conceito semelhante. Nessa perspectiva, é possível compreender, em um de seus aspectos, os direitos fundamentais como “[...] aqueles direitos assegurados por garantias constitucionais, cuja finalidade é a preservação da liberdade e dignidade da pessoa humana” (FABRIZ, 2013, p. 187).

Considerando que a supremacia da normatividade constitucional desperta o fenômeno da “filtragem constitucional”, que diz respeito ao processo hermenêutico de apuração das normas jurídicas compatíveis com a Constituição (2013, p. 309). Nessa perspectiva, o processo penal deve ser visto à luz do disposto na Constituição Federal, sendo “[...] um instrumento de concretização das garantias individuais e do próprio projeto constitucional” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 310).

Os direitos subjetivos individuais e suas correspondentes garantias, relativas ao Direito Processual Constitucional, são denominados por Rogério Lauria Tucci de regramentos constitucionais do processo penal (2011, p. 53). Destarte, os princípios fundamentais do processo penal devem buscar atender o compromisso democrático e essencialmente protetivo dos direitos humanos.

No âmbito do processo penal, os princípios processuais da presunção de inocência, direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo são fundamentais para garantia de um sistema processual penal que assegure os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Os referidos princípios integram o devido processo legal, que corresponde a uma das principais garantias do indivíduo positivadas na Constituição. Nesse sentido, o art. 5º, inciso LIV da Constituição assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, ao representar um dos pilares do Estado Democrático de Direito, compreende “[...] um conjunto de garantias que condiciona a validade da relação processual que tem por objeto um caso penal” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p.319).

No que tange ao direito de não produzir prova contra si mesmo, também conhecido pela expressão *nemo tenetur se detegere*, Maria Elizabeth Queijo, esclarece que o significado literal da expressão é “ninguém é obrigado a se

descobrir” (2012, p. 28). Amoldando-se à categoria de princípios-garantia, o referido direito possui força determinante e densidade de autêntica norma jurídica (QUEIJO, 2012, p. 92). Queijo explica que, mesmo sendo considerado um princípio-garantia, o *nemo tenetur se detegere* não colide com sua natureza de direito fundamental, vez que

[...] objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar da investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (QUEIJO, 2012, p. 77).

Em que pese não haver previsão expressa do direito a não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, defende-se que é possível extraí-lo do sistema de garantias constitucionais (PACELLI, 2018, p. 393). Ainda, o *nemo tenetur se detegere* vem sendo acolhido em diplomas internacionais de direitos humanos.

É certo que os direitos e garantias expressos na Constituição da República “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, CF/88).

Com efeito, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 592, faz referência à garantia da não autoincriminação quando dispõe no artigo 14, n. 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 em 1992, assegura que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (artigo 8, parágrafo 2º). Dentre as garantias mínimas também foi estabelecido o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, apesar de não ter mencionado expressamente o *nemo tenetur se detegere* faz referência à presunção de inocência e estabelece a não utilização de tortura (artigo XI e V).

Segundo Piovesan, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, conclui-se que “os direitos enunciados nos tratados

de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados” (2012, p. 113).

A Carta de 1988 “atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional” (PIOVESAN, 2013, p.113). Em relação ao status normativo dos diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, Piovesan sustenta que enquanto os tratados tradicionais têm força hierárquica infraconstitucional, mas supralegal, “[...] os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção de direitos humanos apresentam valor de norma constitucional” (2013, p. 118).

Posto isso, considerando que o *nemo tenetur se detegere* foi expressamente assegurado no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, conforme os decretos legislativos mencionados, Maria Elizabeth Queijo conclui que o direito de não produzir prova contra si mesmo é uma norma constitucional, tanto material, quanto formalmente (2012, p. 90).

A garantia do *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos da primeira geração, vez que se trata de uma garantia de liberdade do acusado em autodeterminar-se, não devendo sofrer vulnerações por parte do Estado (QUEIJO, 2012, p. 479).

Conforme ensina Paulo Bonavides, a primeira geração de direitos fundamentais diz respeito aos direitos de liberdade, cujo titular é o indivíduo, que exerce resistência ou opõe-se perante o Estado (2017, p. 577-578). Sendo os primeiros direitos a constarem do instrumento normativo constitucional, “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” (BONAVIDES, 2017, p. 578).

Noutro giro, cabe explicar outros direitos fundamentais que se relacionam de modo intrínseco à garantia da não autoincriminação, quais sejam, o direito ao silêncio e a presunção de inocência, que se encontram positivados na Constituição. Assim sendo, o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em seguida, o direito ao silêncio, assentado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição, assegura que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Para Tucci, denominada presunção de inocência

corresponde, tecnicamente, a não consideração prévia da culpabilidade (2011, p. 320). A presunção de inocência reafirma a dignidade humana como valor norteador do ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos corolários do devido processo legal (QUEIJO, 2012, p. 100)

O direito ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação, sendo o primeiro espécie do segundo, permitem que o acusado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, impedindo que seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação de provas contrárias aos seus interesses (PACELLI 2014, p. 45).

Inclusive, Pacelli (2018, p. 45) destaca que o exercício do direito ao silêncio não pode ser interpretado de forma negativa ao indivíduo. Nesse sentido, Tucci entende que consistiria em inominado absurdo entender que o exercício do direito ao silêncio pudesse acarreta em qualquer prejuízo ao imputado (2011, p. 314).

Vincula-se ainda, ao *nemo tenetur se detegere*, o direito à preservação de sua integridade física e moral, tendo em vista que o inciso III do artigo 5º da Constituição determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Mais adiante, no mesmo artigo, o inciso XLIX, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Sabiamente, Sarlet pondera que

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade humana (2015, p. 105).

Considerando que com a previsão de extração do material genético para fins de identificação criminal e inclusão em bancos de dados genéticos, forçoso considerar que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua intimidade e a sua vida privada. Nesse aspecto, Uadi Lammêgo Bulos esclarece que a vida privada e a intimidade refletem o repositório das particularidades do indivíduo e “[...] salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas” (2017, p. 572).

Com efeito, deve ser preservada a integridade física e moral do acusado, não podendo “ser aplicadas ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral, incluindo-se as que objetivam sua cooperação na persecução penal” (QUEIJO, 2012, p. 97). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. defende que

submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado, cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)” (2017, p. 434).

Dessa forma, as provas que forem obtidas por meios não autorizados pelo ordenamento jurídico brasileiro serão inadmissíveis. Inclusive, a Constituição Federal expressamente assegurou no rol dos direitos e garantias fundamentais a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI).

Cabe esclarecer que a prova ilícita é aquela que é obtida mediante o desrespeito às normas ou princípios determinados pela Constituição e pelas leis, colocados “[...] frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade” (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p.125).

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, fora previsto de forma explícita no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal que as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais devem ser desentranhadas do processo. Posto isso, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gomes Filho e Antonio Fernandes ensinam que as provas ilícitas não podem ser tidas como provas, elas simplesmente não existem, daí sua total ineficácia (2009, p. 136). Para Pacelli (2018, p. 400),

[...] o que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade.

Deve-se ter em mente que “o processo penal é um instrumento voltado, primordialmente, à realização dos direitos fundamentais” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 236), motivo pelo qual o processo não pode ter como escopo a finalidade única de punição daqueles que violam a norma penal, mas sim, o processo deve evitar a opressão estatal no exercício do poder punitivo, conforme uma perspectiva garantista exposta por Casara e Melchior (2013, p. 235).

### **Considerações finais**

Com o avanço da ciência e da tecnologia, e a conseqüente possibilidade de obtenção do perfil genético do ser humano a partir da coleta do seu material biológico, tornou-se imprescindível a análise da utilização dessa tecnologia como auxílio na persecução criminal.



As informações genéticas contidas nos perfis genéticos armazenados no banco nacional brasileiro são obtidas a partir de regiões não-codificantes do DNA e, portanto, devem ser incapazes de revelar qualquer traço somático ou comportamental das pessoas, exceto a determinação genética de gênero, representando apenas um meio de identificação criminal do indivíduo.

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal têm sido regulamentados em diversos países, tendo a Inglaterra e os Estados Unidos sido pioneiros na sua implementação. Haja vista o sistema CODIS, desenvolvido pelo FBI ser referência no assunto, em 2009, o Brasil adquiriu a concessão da utilização do *software* do referido sistema a fim de instaurar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em território nacional.

Da análise em uma perspectiva internacional, foram destacadas as Recomendações, editadas pelo Conselho da Europa, nºs R (87) 15 e R (92) 1, assim como o Tratado de Prum, assinado por países membros da União Europeia em 2005 visando o fornecimento de dados de DNA e impressões digitais.

Sob esse prisma, foram analisados instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

Concluiu-se, portanto, que à luz das recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, que o tratamento do genoma humano, considerado patrimônio da humanidade em um sentido simbólico e intimamente ligado aos direitos humanos e à dignidade da pessoa, deve ser realizado por meio de procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis.

Adiante, da análise dos direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal, inferiu-se que um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, é princípio estruturante de todo o sistema constitucional e deve ser respeitado. Bem como, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas que são invioláveis, e passíveis de indenização.

Dada à supremacia da normatividade constitucional, ressaltou-se que o processo penal deve ser analisado à luz da Constituição Federal, o qual deve visar à concretização de suas garantias (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 310).

Assim foram analisados os princípios processuais penais da presunção de inocência, direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), concluindo-se que o Estado deve exercer

o poder punitivo conforme uma perspectiva garantista, tratando o investigado como sujeito de direitos e não mero objeto processual.

## Referências

- ALMEIDA NETO, João Becon de. **Banco de dados genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos**. 2008. 31 f. Monografia (Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.
- ANSELMO, Márcio Adriano. JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Revista Consultor Jurídico**, 02 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCRIM, 1999.
- CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (87) 15**. Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recomendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>> Acesso em: 26 fev. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (92) 1**. Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recomendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>> Acesso em: 26 fev. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

*FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI)*. **CODIS – NDIS Statistics**. Disponível em:<<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Revista Perícia Federal**, Brasília, nº 26, p. 17-20, ano IX, jun.2007/ago. 2008. Disponível em:<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Helio Buchmuller. DNA x criminalidade: Brasil está pronto para ter um banco de perfis genéticos. **Revista Perícia Federal**, Brasília, nº 26, p.8-11, ano IX, jun.2007/ago. 2008. Disponível em:<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. **VII Relatório da Rede Integrada de Perfis Genéticos**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/vii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livrara do Advogado, 2012.
- SCHIOCCHET, Taysa. A Regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. **Revista NEJ**. vol. 18, 2013. p. 518-529.
- SISTEMA ELETRÔNICO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. **Termo de Compromisso que entre si celebram o Escritório Federal de Investigação e o Departamento da Polícia Federal objetivando a concessão de licença para utilização do Programa Combined DNA Index System – CODIS**. 2009. Disponível em: <[http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/652511/RESPOSTA\\_PEDIDO\\_tc\\_codis\\_5\\_7.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/652511/RESPOSTA_PEDIDO_tc_codis_5_7.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Prüm Treaty: cross-border cooperation in combating terrorism and cross-border crime*. *Official Journal of the European Union*, 2007. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007AP0228&qid=1528081633590&from=EN>> . Acesso em: 20 fev. 2019.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2019.

# **CRIMINOLOGÍA**

*Estudios criminológicos contemporáneos (VIII):*  
**El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología (\*)**

*Contemporary criminological studies (VIII):*  
**The profile of the white-collar criminal. Conceptual problems and perspectives of analysis for Criminology**

**Sergio Cámara Arroyo<sup>1</sup>**

---

**Sumario:** **I.** El problema de la definición: del delincuente de cuello blanco de Sutherland al perfil del delincuente económico. **II.** El perfil del delincuente de cuello blanco desde la teoría del crimen: a partir del estudio de un grupo acotado de delitos (*Patrician perspectives*). **III.** El perfil del delincuente económico desde la teoría de la criminalidad: a partir de la identificación de características personales (*Popular perspectives*). **IV.** Breve síntesis de las teorías criminológicas explicativas del delito de cuello blanco: de una visión antropocéntrica a un enfoque social o colectivo. – Referencias bibliográficas.

**Resumen:** El concepto de delincuencia y delitos de cuello blanco siempre ha sido polémico. Desde la visionaria, pero incompleta, conceptualización llevada a cabo por el sociólogo norteamericano perteneciente a la Escuela de Chicago, Edwin h. Sutherland, han

---

(\*) Recibido: 20 noviembre 2019 | Aceptado: 27 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Prof. Derecho penal y Criminología. Uned. España.  
[scamara@der.uned.es](mailto:scamara@der.uned.es)

sido muchas las propuestas y objeciones realizadas a esta tipología. En este trabajo se abordará el estudio del perfil del delincuente de cuello blanco desde una doble perspectiva, en coherencia con la dualidad intuida en la obra de Sutherland: por un lado, atendiendo al perfil del propio delincuente de cuello blanco y a las características que pueden definirlo (teorías de la criminalidad o perspectivas populares); y, en segundo lugar, a través del estudio de las tipologías delictivas o grupos de delitos tradicionalmente conceptualizados como crímenes de cuello blanco (teorías del crimen o perspectivas patricias). Finalmente, para completar el estudio se incluirá una breve aproximación a las distintas teorías de la criminalidad que han tratado de dar respuesta a la etiología o las características concretas de las conceptualizaciones anteriormente reseñadas. El objetivo no es otro que el de tratar de acotar la definición de delincuente y de delito de cuello blanco, de modo que pueda servir de base a los estudios empíricos propios de la Criminología aplicada o positiva.

**Palabras Clave:** perfil criminal, delincuente de cuello blanco, delincuente socioeconómico, delito de cuello blanco, Criminología de la empresa, delito empresarial.

**Abstract:** The concept of crime and white-collar crimes has always been controversial. From the visionary, but incomplete, conceptualization carried out by the American sociologist belonging to the Chicago School, Edwin h. Sutherland, there have been many proposals and objections made to this typology. This paper will address the study of the profile of the white-collar criminal from a double perspective, consistent with the duality intuited in Sutherland's work: on the one hand, according to the profile of the white-collar criminal himself and the characteristics that can define him (crime theories or popular perspectives); and, secondly, through the study of criminal typologies or groups of crimes traditionally conceptualized as white collar crimes (crime theories or patrician perspectives). Finally, to complete the study, a brief approach to the different theories of criminality that have tried to respond to the etiology or the specific characteristics of the conceptualizations described above will be included. The objective is none other than to try to narrow down the definition of offender and white-collar crime, so that it can serve as a basis for empirical studies of applied or positive Criminology.

**Keywords:** criminal profile, white collar criminal, socioeconomic offender, white collar crime, company criminology, business crime.



## **I. El problema de la definición: del delincuente de cuello blanco de Sutherland al perfil del delincuente económico**

La obra de SUTHERLAND fue reveladora en cuanto al estudio de la conducta criminal al poner en evidencia que los ricos, los poderosos, los empresarios, etc., en definitiva, aquellos que habitualmente no encajaban con el perfil del delincuente común en el que se basaban las teorías criminológicas tradicionales, también cometían delitos.

Como antecedentes de la denuncia de esta clase de delincuencia (GEIS, 2006: 309 y ss.), anteriores a la obra de SUTHERLAND, BENSON Y SIMPSON (2009: 5) han señalado a la obra del sociólogo americano ROSS (1907: 48 y ss.) que, en los inicios del siglo XX, ya denunciaba la práctica de comportamiento criminosos por parte de grandes empresarios y ejecutivos que, en su afán por aprovechar al máximo los recursos, explotaban a sus trabajadores y a los que categorizaba como “criminaloides” o “cuasi-criminales”. Esta clase de comportamientos, en ocasiones más lucrativos que los propios crímenes, no producían un tajante rechazo social, aunque en ocasiones eran censurados por las normas. Como característica personal específica, los criminaloides de ROSS no se encontraban motivados por un “impulso maligno”, como lo designaba el decir de la época en el caso de la delincuencia común, sino por una insensibilidad moral. Los cuasi-delincuentes no son personas antisociales por naturaleza, sino que simplemente son egoístas, ambiciosos, estarían obsesionados con el éxito a cualquier precio, y prefieren “aprovecharse del público anónimo” en lugar de seleccionar víctimas individuales. Una interesante cuestión que se encuentra en la obra del sociólogo anteriormente citado es la idea de que, para justificar sus conductas antisociales, el criminaloide invoca a una especie de pseudo darwinismo social: ellos prevalecen porque son más aptos y mejores que aquellos que no pueden ascender en la escala social. Curiosamente, este mismo argumento es recurrentemente utilizado por los postulados más radicales del neoliberalismo capitalista para explicar la desigualdad social que genera el sistema económico.

No obstante, baste reflexionar acerca del modo en el que eran expresadas estas delaciones para entender que las conductas antes señaladas no eran consideradas delictivas en el sentido estricto del término que hoy en día manejamos. Más bien se consideraban comportamientos tendentes a la maximización del beneficio empresarial enmarcado en la expansión

corporativa e industrial de principios del siglo pasado, por lo que no restaban ni un ápice de respetabilidad a los magnates que las llevaban a cabo. Mucho menos, más allá de tildarse de comportamientos insensibles o inmorales sus conductas, se entendía que estas personalidades fueran delincuentes. De hecho, denunciaba el propio SUTHERLAND (1999: 265) algunos criminólogos habían insistido en que el delincuente de “cuello blanco” no es “verdaderamente” un delincuente, ya que no se ve a sí mismo como tal. Igualmente, el público no piensa que el hombre de negocios sea un delincuente; es decir, el empresario o el poderoso no encaja en el estereotipo de “delincuente”. Esta concepción pública se llama a veces status. Para que los hombres de negocios mantengan un status y el concepto de sí mismos como no delincuentes, es necesaria la adhesión pública a la ley. Esta cuestión supone, en palabras de TÉLLEZ AGUILERA (2009: 417), un adelantamiento en la tesis de SUTHERLAND a los postulados básicos de la teoría crítica del *labelling approach* o etiquetamiento.

En el momento histórico en el que las primeras investigaciones del criminólogo perteneciente a la Escuela de Chicago se publicaron (SUTHERLAND, 1940, 1941 y 1945), las estadísticas delictivas mostraban que el delito, según se entendía comúnmente y se medía oficialmente, se centralizaba en sujetos con una clase socioeconómica baja. La conducta criminal, así concebida, incluía solamente aquellas categorías que se encontraban en lo que hoy denominaríamos delincuencia común (homicidio, asalto, atraco, robo, hurto, delitos sexuales y contra la salud pública, etc.). Las estadísticas oficiales no mostraban un alto índice de delincuencia entre las clases sociales más altas de la sociedad, principalmente aquellas que ostentaban el poderío económico. De ahí que la primera formulación del delito de cuello blanco fue precisamente utilizada como el opuesto de la criminalidad común o callejera.

Como ha puntualizado TÉLLEZ AGUILERA (2009: 410), se observa en la obra de SUTHERLAND un claro distanciamiento de los planteamientos biologicistas del positivismo, así como de la validez de la estadística criminal de la época, por la falta de representatividad de la misma. Asume el autor, en este sentido, un enfoque sociológico en el que la variable “clase social” va a resultar decisiva.

Más aún, como diría SERRANO MAÍLLO (2004: 237), “la idea de delitos de cuello blanco, o una versión de los mismos, se ha tomado como bandera de una actitud crítica frente a la Criminología ortodoxa”. Nótese que el autor citado, con buen tino, pone el acento, en primer lugar, en que en muchas de

las publicaciones se ha manejado una visión sesgada del concepto de delitos de cuello blanco, lo que viene a significar que existen varias versiones o aproximaciones al término; y, por otro lado, más adelante destaca que los postulados de SUTHERLAND son perfectamente compatibles con la epistemología de la Criminología positiva clásica. Este último punto, critica el autor, habría sido ignorado por un sector de la Criminología antiempírica, fundamentalmente en España y en Latinoamérica. Más adelante, profundizaré en este extremo, pues constituye una de las críticas que se han elevado contra el concepto de delincuencia de cuello blanco.

Utilizando la nomenclatura del propio iniciador del concepto, estas violaciones de la ley por parte de personas de la clase socioeconómica alta son llamadas delitos de “cuello blanco”. Como explica el propio SUTHERLAND tal concepto no intenta ser definitivo, sino sólo llamar la atención sobre los delitos que no se incluyen ordinariamente dentro del campo de la Criminología. Teniendo esto en cuenta, el sociólogo hilvanó una primera definición del delito de cuello blanco en los términos siguientes (1999: 65 y ss.):

“El delito de "cuello blanco" puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación. (...) Lo significativo del delito de "cuello blanco" es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza”.

La delincuencia de cuello blanco se definía, en parte, como un concepto negativo o antagónico respecto al resto de la delincuencia común, tanto en el aspecto formal de su definición, como en los aspectos etiológicos (de su génesis) y criminológicos (perfil del autor).

El término delincuente de cuello blanco es utilizado por el autor para referirse a una persona de la clase socioeconómica superior que viola las leyes promulgadas para regular su ocupación profesional. El término se usa en un sentido más general para referirse a la clase asalariada que viste bien en el trabajo, como los administrativos de los grandes almacenes (SUTHERLAND, 1999: 312).

Aunque el origen de la expresión es discutido (SERRANO MAÍLLO, 2004: 239), todo apunta a que la expresión utilizada por SUTHERLAND hacía referencia al cuello almidonado y blanco clásico de los hombres de negocios y empresarios. El propio sociólogo norteamericano hacía referencia a que el término “cuello blanco” se usa aquí para referirse principalmente a empresarios y ejecutivos en el sentido en que lo usó un presidente de la General Motors, quien escribió *Una Autobiografía de un Trabajador de*

*Cuello Blanco*. Los delitos de cuello blanco constituyen, por tanto, un tipo de comportamientos que dañan, extensa e intensamente, el “orden económico” de una sociedad y que son los llevados a cabo por personas de alto estatus social sirviéndose de su situación social y ocupacional. Se trata de una tipología de delincuente más que una tipología delictiva de carácter jurídico, por lo que se suele estudiar con mayor profundidad desde la disciplina de la Criminología que desde la perspectiva de la dogmática jurídico penal en el análisis de los tipos penales, si bien muchos de los delitos de cuello blanco pueden coincidir con los delitos económicos recogidos en los Códigos penales.

SUTHERLAND definió la delincuencia de cuello blanco como la “violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional”. Tres son las características esenciales de esta definición:

- La comisión de un delito. Habitualmente el delito será de cariz económico, pero no exclusivamente, puesto que también es posible la delincuencia de cuello blanco en delitos “de corrupción”, esto es, contra el pulcro funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia, o la denominada corrupción privada, de ámbito societario o mercantil y en el marco de relaciones Estado-Empresa privada, que puede afectar al funcionamiento financiero y de los mercados.
- El alto nivel social de la clase a que pertenece el autor. El delincuente de cuello blanco se caracteriza por pertenecer al sustrato más alto de la sociedad. Es el delincuente que recurre al delito desde las altas esferas.
- La relación entre la infracción y la actividad profesional. El delincuente de cuello blanco actúa a través de sus vínculos de contactos o la posición que le otorga su puesto de poder en el ámbito laboral.

A las tres características anteriormente expuestas se suman otras de carácter secundario, dependiendo de los autores consultados:

- La lesión de la confianza en el tráfico mercantil.
- El abuso de la credulidad o ignorancia de la víctima, la utilización de especial astucia por parte del autor para impedir su descubrimiento, bien porque presenta el hecho como lícito, bien porque impide por distintas razones la denuncia de la víctima.

- La conciencia de la ilicitud del hecho, pero no su trascendencia criminal.
- La creación de una imagen de honorabilidad.
- La pertenencia del autor a un sector de actividad económica.

Como puede observarse, la primera formulación del delincuente de cuello blanco realizada por SUTHERLAND incluía dos variables importantes: el alto nivel socioeconómico del delincuente y la vinculación entre su comportamiento delictivo y la actividad profesional que desempeña.

Por tanto, como expone MORÓN LERMA (2014: 32) “la especificidad de la definición asumida por Sutherland radica en que se fundamenta en las características del autor. Concretamente, son dos las notas básicas que debe reunir el infractor para que su conducta pueda ser considerada *White Collar crime*. De un lado, debe tratarse de una persona de estatus socioeconómico alto y con apariencia de respetabilidad; de otro, debe ser un acto que se realice en el ejercicio de su profesión. Por tanto, estas dos notas (estatus del autor y hecho cometido en el ámbito profesional) determinan si una ilegalidad puede ser considerada un delito económico”. Se descartan, así, como delitos de cuello blanco, según esta primera aproximación, aquellos que solamente están relacionados con personas de alto nivel social pero desvinculados de su profesión u ocupación o viceversa, aquellos delitos solamente ligados a una determinada ocupación en la que el autor no ostenta esta condición socioeconómica elevada.

No obstante, SUTHERLAND, en un intento de delimitar qué tipo de comportamientos podían quedar englobados en el concepto de delito de cuello blanco, ubica varios ejemplos que, a la postre, habrían de conformar algunas de las especialidades de esta categoría principal. Así, hace referencia a que “barones ladrones” (en referencia a la obra de JOSEPHSON, 1934) de la última mitad del siglo XIX eran delincuentes de “cuello blanco” (delincuencia de caballeros; CÁMARA ARROYO, 2017); el delito de “cuello blanco” en la política (delitos de corrupción), que había sido usado por algunas personas como indicador aproximado para medir el delito de “cuello blanco” en el comercio (delito económico); en la profesión médica (delincuencia profesional u ocupacional), etc. La conclusión era que el costo financiero del delito de “cuello blanco” es probablemente varias veces superior al costo financiero de todos los delitos que se acostumbra a considerar como el “problema delictivo”.

Las especificaciones principales del delito de “cuello blanco” en comparación con el robo profesional serían las siguientes, siguiendo al autor citado (1999: 262 y ss.):

- Primero, la delincuencia de las corporaciones al igual que la de los ladrones profesionales, es persistente: una gran proporción de los delincuentes de cuello blanco son reincidentes.
- Segundo, la conducta ilegal es mucho más extensa de lo que indican las acusaciones y denuncias.
- Tercero, el hombre de negocios que viola las leyes dictadas para regular los negocios generalmente no pierde su status entre sus asociados. Aunque unos pocos miembros de la industria lo consideren inferior, otros lo admiran.
- Cuarto, los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno.

Los delitos de "cuello blanco" no son sólo deliberados, también son organizados. La organización para el delito puede ser formal o informal. Las organizaciones formales para el delito de las corporaciones se encuentran más generalmente en la restricción del comercio y se ilustra con muchas de las prácticas de las asociaciones de comercio, acuerdos de patentes y carteles. La organización formal se encuentra también en las conferencias de los representantes de corporaciones sobre planes en las relaciones de trabajo. Los hombres de negocios están también organizados formalmente para el control de la legislación, la selección de los administradores y la restricción de las apropiaciones para la promulgación de leyes que puedan afectarlos. Aun cuando no se ha desarrollado una organización formal, los hombres de negocios tienen consenso. Mientras le dan rienda suelta con consenso a la libre competencia y a la libre empresa, también con consenso practican la restricción del comercio.

El punto más significativo de diferencia reside en los conceptos que tienen de sí mismos los delincuentes y en el concepto que tiene el público sobre ellos. El hombre de negocios se ve a sí mismo como un ciudadano respetable y, por lo general, así lo considera el público.

El secreto del hecho del delito de "cuello blanco" se facilita por lo complicado de las actividades y por la amplia dispersión de los efectos en el tiempo y el espacio.

La definición de SUTHERLAND ha sido objeto de un exhaustivo análisis posterior por parte de la Criminología contemporánea. Siguiendo a MORÓN LERMA (2014: 33) dos han sido las principales críticas a este concepto de delincuencia de cuello blanco:

- Voluntad de atribuir un carácter delictivo a infracciones civiles y administrativas, es decir, vincular la formulación del delito de cuello blanco a una definición amplia de delito. Frente a esta crítica, SUTHERLAND se defendía indicando que muchos de los comportamientos que recogía en su investigación podían perseguirse tanto por vía penal como en la jurisdicción civil. Además de ello, el predominio de los ordenamientos civiles y administrativos sobre la norma penal para ventilar esta clase de ilícitos respondía solamente a la presión de las propias corporaciones sobre los poderes públicos en materia legislativa. Es cierto, no obstante, que mediante el principio de mínima intervención y carácter subsidiario que preside el Derecho penal podrían haberse minusvalorado los daños que producen esta clase de delitos. Por último, el mayor poderío económico y de posición social de los delincuentes de cuello blanco podría favorecer o forzar que se extrajera de la legislación penal esta clase de conductas.

Sobre esta cuestión, como se verá más adelante, también se ha dicho que el concepto de delincuencia de cuello blanco fuerza en muchas ocasiones el concepto legal de delito para adaptarlo a consideraciones ideológicas. Sin embargo, poco se ha mencionado acerca del planteamiento de concepciones materiales de delito o del conflicto manejado por algunas definiciones o ramas de la Criminología. Aun cuando se maneje un concepto criminológico de delito coincidente con el del Derecho penal, no debe olvidarse la importancia de los denominados precursores del crimen desde una perspectiva preventiva, la labor de policía desde el Derecho administrativo o el control de determinados comportamientos antisociales que son de interés para la Criminología.

- Cuestionamiento acerca de la necesidad de que el delincuente de cuello blanco fuera el perfil de una persona de alto estatus socioeconómico. En este sentido, algunos autores han apuntado que vincular el estatus social a la criminalidad económica es inaceptable, pues puede variar con independencia del delito. Ciertamente, algunos delitos económicos pueden ser cometidos por personas que no ostentan un estatus social elevado. Al respecto, han señalado algunos criminólogos modernos, las razones para tal vinculación quedarían justificadas contextualizando el propio texto de SUTHERLAND (así, MORÓN LERMA, 2014: 34 o SIMPSON Y BENSON, 2009: 7) si atendemos a que, en realidad, su intención era denunciar la falta de estudios criminológicos sobre la conducta delictiva en grandes empresarios y corporaciones. Además de ello,

puede decirse que esta característica no es excluyente, existiendo categorías y modalidades dentro de los delitos de cuello blanco que no la mantienen. En definitiva, ha remarcado la doctrina criminológica (TÉLLEZ AGUILERA, 2009: 416 y HERRERO HERRERO, 1995: 23), el concepto de delito de cuello blanco no se agota exclusivamente en la delincuencia económica. De hecho, como ha resaltado TÉLLEZ AGUILERA (2009: 411) la idea de estudiar al delincuente de alto estatus social probablemente surgió debido a la investigación que SUTHERLAND realizó sobre la vida de Broadway Jones, alias *Chick Conwell*, ladrón profesional al que pagó para que le contara su vida y carrera criminal y que era un hombre “bien vestido, de buena presencia, modales afables y gran conversador” pero de clase media (si bien había conseguido eludir a la Justicia, por lo que alguien de mayor estatus social y no solamente aparente podría conseguir una mayor impunidad).

En realidad, la mención al poderío socioeconómico y a la identidad de clase del autor parece diluirse si atendemos a los detalles, siendo tal vez necesario encontrar un denominador común que permita la identificación de este tipo de delincuencia (y de delincuente) y sirva como parámetro principal para el estudio empírico. En mi opinión, el mínimo común denominador que identifica tanto al hecho como al autor de la delincuencia de cuello blanco es el concepto abstracto de estatus, entendido en su acepción de situación relativa de algo dentro de un determinado marco de referencia (que puede ser indistintamente social o económico) y, por otra parte, su ligazón con una determinada plataforma de poder. En este sentido, no es necesario que el delincuente de cuello blanco sea una persona de clase alta, sino que dentro de su clase social (alta o media) y, en su caso, para las clases sociales inferiores, ostente un estatus elevado social o económico y, gracias a él, pueda valerse de plataformas de poder que le permitan cometer hechos delictivos manteniendo una pantalla de respetabilidad. Por otra parte, si nos referimos a los delitos de cuello blanco como tipología de crimen, todo apunta a que nos encontramos con delitos en los que las relaciones comerciales, sociales (o de estatus), políticas y la ingeniería financiera son aspectos muy importantes como lobbies de poder que generan oportunidades delictivas o ambientes criminógenos. Además, se trata de conductas sutiles en cuanto a su detección e impacto social: fraude, corrupción, malversación, prácticas empresariales abusivas, etc.

Con posterioridad a la obra de SUTHERLAND, como indica GONZÁLEZ SÁNCHEZ (2011: 29) el debate más destacado sobre qué se debía de



entender por delitos de cuello blanco, fue protagonizado por su creador y sus seguidores (*The Sutherland Tradition*) y por la escuela que secundó el punto de vista de TAPPAN (que defendía una concepción estricta de delito, denominada por la doctrina como “*The Legal tradition*”). Los estudios de los primeros se orientaban a la documentación de la existencia de actos ilícitos perpetrados por las grandes empresas americanas, reivindicando su sanción penal; los segundos centraron su análisis en el tipo de ofensa más que en la relevancia de su autor. Para TAPPAN (1947: 96 y ss.) y sus seguidores las conductas descritas por SUTHERLAND definían actos “pecaminosos” e inmorales pero no verdaderos delitos penados por la legislación penal. Conforme a lo expresado por el primero de los autores citados, esta diferencia de corrientes revela una distinta concepción de política criminal: los primeros más beligerantes y los segundos más conformistas con la tradición.

La contundente respuesta de SUTHERLAND a esta cuestión puede ser encontrada en la *Encyclopedia of criminology*, (New York, 1949, 511-515): “El delito de cuello blanco es realmente delito”.

SERRANO MAÍLLO (2004: 242) también recoge algunas de las críticas más habituales al concepto clásico de SUTHERLAND en este sentido: el concepto de delito de cuello blanco es muy impreciso y, por lo tanto, inasumible científicamente. En realidad, no se sabe en qué consisten los delitos de cuello blanco y ello da lugar a importantes problemas metodológicos que dificultan la investigación empírica del fenómeno. Tal y como destaca el autor citado, lo cierto es que en la obra de SUTHERLAND no se encuentra un concepto de delincuencia de cuello blanco verdaderamente pulido: en ocasiones parece referirse al hecho criminal con esta expresión (lo que ubicaría el estudio de la delincuencia de cuello blanco en las denominadas teorías del crimen, que ponen el acento en la fenomenología criminal), mientras que en otros casos parece referirse a una serie de características concretas de la persona que comete el delito (lo que encajaría con las teorías de la criminalidad, que buscan una aproximación más subjetiva a la explicación del delito, centrándose en el perfil del autor) (SERRANO MAÍLLO, 2004: 252; sobre la distinción entre teorías del crimen y teorías de la criminalidad, véase GOTTFREDSON Y HIRSCHI, 1990 y también MEDINA ARIZA, 2013: 325 y 326).

Otra de las cuestiones planteadas por el autor precitado es que el concepto de delincuencia y delito de cuello blanco parece estar influido por cuestiones éticas, ideológicas o críticas, y no se ha trabajado desde una posición puramente científica. Ello no elimina tajantemente su valor para la Criminología y, lo que es más importante, no excluye siempre la posibilidad

de su estudio desde una perspectiva científica: “en su ambigüedad parece residir a la vez la clave de su éxito y de su fracaso en los respectivos paradigmas” (SERRANO MAÍLLO, 2004: 268).

De hecho, atendiendo a estos problemas de definición muchas han sido las propuestas que han tratado de sustituir –sin demasiado éxito- el concepto originario de SUTHERLAND por otras definiciones más precisas (BAJO FERNÁNDEZ, 1978; BAJO FERNÁNDEZ Y BACIGALUPO SAGGESE, 2007). Al igual que ocurre con el concepto originario de delincuencia de cuello blanco, los siguientes conceptos -en ocasiones con pretensiones de reemplazo; en otros casos, como puntualizaciones o anexiones al concepto clásico- hacen referencia indistintamente a los perpetradores (delincuentes) y a los hechos vinculados a este sector de la criminalidad.

*Delincuencia profesional*: nace de aquellos que ponen el acento más en el vínculo entre la infracción y la actividad profesional que en la pertenencia del autor a una clase social determinada. La delincuencia profesional es aquella que “lesiona las esperanzas institucionalizadas que se anudan al rol profesional” (SCHNEIDER, 1972). Otros autores la relacionan con la habitualidad delictiva y el concepto de carrera criminal (FRIEDRICHS, 2010: 200). En el ámbito anglosajón también utiliza la expresión “*occupational crime*”. La principal diferencia entre la delincuencia profesional y el delito de cuello blanco en su concepción más pura es que el primero de los conceptos aleja su preocupación del aspecto “de clase” que otros coligen de la delincuencia de cuello blanco entendida como una forma más de explotación. Algunos autores, como GARY GREEN (1990 y 1997) y MARS (2001) lo definen en relación con la conocida teoría de las oportunidades que trata de explicar la génesis de la delincuencia como “...todo acto punible por la ley que se comete a través de las oportunidades creadas en el curso de una ocupación que es legal...”. En ese sentido, CLINARD Y QUINNEY (1967) distinguen entre dos tipos básicos: “...el *corporate crime*, que definen como el crimen cometido en beneficio de la corporación a la que pertenece el autor, y el *occupational crime*, que abarca todos los demás crímenes cometidos en el curso de una ocupación pero que benefician directamente al ofensor...”. Debe descartarse, sin embargo, el también utilizado concepto de *workplace crime*, que hace referencia a los delitos convencionales cometidos en el lugar de trabajo (FRIEDRICHS, 2010: 96).

*Delincuencia de “cuello azul”*: referida a las actividades de profesionales obreros. Indica ANZIT GUERRERO que en la delincuencia de “cuello azul”,

los autores del comportamiento criminal no siempre pertenecen a los estratos sociales privilegiados. Dentro de estas actividades delictivas se incluye, entre otras, la de los profesionales liberales, como los médicos, cuando suministran ilícitamente drogas o practican abortos; lo mismo ocurre con el asesoramiento que prestan los abogados o contadores en la ejecución de acciones ilícitas o delictivas. Así abarcaría delitos unidos a la profesión médica (venta ilegal de narcóticos, aborto, falsedades, abusos obligando al cliente a tratamientos inútiles, etc.), a la abogacía (asesoramiento para la infracción de leyes fiscales, políticas o mercantiles, interposición de falsas demandas de indemnización por accidente, etc.) y los delitos de las profesiones obreras (NORMANDEAU, 1970: 254 y ss.). De igual forma, se incluyen las acciones fraudulentas ejecutadas por los profesionales obreros, especialmente en la construcción de viviendas, reparación de autos, electrodomésticos, etc. Se podría hablar en este caso de un delito ocupacional, en lugar del delito de cuello blanco y que sería el que se comete en el ejercicio de una profesión civil o en estrecha relación con ella, tal como ocurre, con las actividades recién citadas y también con los delitos cometidos por las grandes corporaciones, las prácticas desleales de los comerciantes, así como la corrupción de funcionarios (ANZIT GUERRERO, 2008). Un concepto anexo al anterior tal vez pudiera ser el de *retail crime* o crímenes minoristas, tales como las prácticas abusivas o fraudulentas en los pequeños negocios (FRIEDRICH, 2010: 98).

*Delincuencia de caballeros (Kavaliersdelikt)* se quiere referir a los delitos cometidos por personas de alto nivel social, aun cuando el hecho no tenga ninguna relación con su actividad profesional (HELPER, 1967: 175-192; KELLENS, 1970: 335 Y 336; COURAKIS, 1974: 773; BAJO FERNÁNDEZ, 1978; VON WOLFGANG, 2008). Se trataría de comportamientos criminosos tales como el duelo, la tenencia ilícita de armas, seducción, adulterio, infracciones de tráfico automovilístico, etc. Según BARROSO GONZÁLEZ, si en la “delincuencia profesional” no es el elemento de la pertenencia a la clase social alta lo que la delimita sino el vínculo entre la infracción y la actividad profesional del autor, en la “delincuencia de caballeros” es todo lo contrario, es decir, será la pertenencia a una clase social elevada o, incluso nobiliaria la que marcará la especialización de esta clase de delincuencia; de ahí que, para el autor citado, se trate de una tipología demasiado abierta, que puede en disímiles casos deslindarse de la polémica que se centra en el binomio delincuencia de cuello blanco delincuencia económica (BARROSO GONZÁLEZ, 2015: 102). Tales delitos tienen prácticamente como única característica común la de ser infracciones que permanecen impunes, habida cuenta la gran estimación de que goza el sujeto activo entre sus conciudadanos y la habitual falta de

reprobación por parte de la comunidad (FARALDO CABANA, 1995). Tal vez para evitar tal confusión deba recurrirse a un concepto más excluyente. Desde nuestra humilde opinión, bien podría hablarse de términos como delincuencia de “sangre azul”, “nobiliaria” o delincuencia de las “clases privilegiadas” para diferenciarla del estricto concepto de delincuencia de cuello blanco y económica. Esta perspectiva es muy similar a la utilizada por un sector de la denominada Criminología crítica de corte neomarxiano, que se refiere a los *crimes of the powerful* o crímenes de los poderosos que, siguiendo a PEARCE (1976), se explican, en un contexto socioeconómico determinado: la sociedad capitalista dividida en clases antagónicas, y por lo tanto sólo pueden cometerlos quienes se encuentran en posición privilegiada dentro de esa estructura de poder. Además de ello, tal conceptualización concatenaría con el estudio historiográfico de la delincuencia nobiliaria, con una rancia tradición en nuestro país. Algunos autores han investigado en el estamento noble de la España barroca los que, sin duda, podrían ser antecedentes históricos de esta clase de delincuencia (GÓMEZ VOZMEDIANO).

Con base en el énfasis que se ha dado a la búsqueda de una adecuada conceptualización de los delitos de “cuello blanco”, se ha utilizado también la expresión *respectable crime* (CRESSEY, 1970; SCHUR, 1969: 158 y ss.), muy cercana al concepto especializado de delincuencia de caballeros antes visto, ampliando el concepto en forma absolutamente imprecisa, a todos los actos cometidos por personas que gocen de respetabilidad social (BOMBINI, 2009: 3).

La *delincuencia económica o socioeconómica*, de la que resultaría como autor el delincuente económico o socioeconómico, es una expresión también muy extendida y que se viene utilizando en un sentido coincidente de la delincuencia de cuello blanco. Esta identificación es explicable, según BAJO FERNÁNDEZ (1978, 2001), porque ya el propio SUTHERLAND dentro de las actividades económicas, científicas o políticas que podrían dar lugar a la delincuencia de cuello blanco, se preocupó fundamentalmente de las infracciones económicas relegando el resto de las actividades profesionales. Ciertamente, las estadísticas muestran de forma inequívoca que la mayor parte de los delincuentes de cuello blanco cometen delitos contra el orden socio-económico. Sin embargo, en puridad, la delincuencia económica es una especie de la de cuello blanco, cifrándose la especialidad en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole mercantil. En este sentido, y desde la perspectiva criminológica, entendemos como delincuencia económica la relativa a las infracciones lesivas del orden

económico, cometidas por personas de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional.

El también utilizado término galo *Criminalité des affaire*, por otra parte, abarcaría “...todo menoscabo, de una parte, del orden financiero, económico, social o de la calidad de vida, y de otra parte de la propiedad, fe pública o integridad física de las personas, pero sólo cuando el autor haya actuado en el marco de una empresa, bien sea por cuenta de la misma, bien sea por cuenta propia si el mecanismo de la infracción está relacionado con poderes de decisión esenciales para la vida de la empresa...” (VILADÁS, 1983: 225; DELMAS-MARTY, 1982).

Finalmente, a pesar de que siempre se ha destacado de la delincuencia de cuello blanco su recurso a medios poco expeditivos, más sutiles y propios de la ingeniería financiera de los negocios, se ha llegado a acuñar el término *red-collar crime*, delincuencia de cuello rojo, para designar a los delincuentes de cuello blanco que se vuelven violentos hacia sus víctimas.

Se trata de una categoría bastante marginal acuñada PERRI Y LICHTENWALD (2007: 18-30; 2008: 26-33) que se caracteriza por que el motivo real detrás de estos actos violentos y atroces es la ocultación del fraude. PERRI Y LICHTENWALD describen este tipo de delincuentes como un subgrupo violento del delincuente de cuello blanco tradicional y explican que la amenaza de detección de fraude sirve como motivo de estos asesinatos. Abarcan tanto el campo del crimen de cuello blanco como, en última instancia, la criminalidad violenta común. El desencadenante de este comportamiento sería una amenaza de detección, ante la que se utiliza la violencia para silenciar a las personas que han detectado su fraude y para evitar una mayor divulgación. En definitiva, se trataría de un acto de preservación por parte de los delincuentes de cuello blanco.

El concepto eastoniano de *red-collar criminals*, que evoca al descarnado *american psycho*, podría relacionarse con la figura del psicópata integrado o psicópata exitoso. No son pocos los estudios que han hecho converger este clásico, pero polémico en su definición, factor criminógeno con la delincuencia de cuello blanco: uno de los primeros estudios realizados sobre esta cuestión quedó plasmado en la obra de BABIAK Y HARE (2006), titulada *Snakes in Suits: When Psychopaths Go to Work*; posteriormente fue publicado en 2010 una investigación en la que participaron ambos autores y que se basaba en estudios realizados a los 200 líderes empresariales más importantes de Norteamérica. Una de las conclusiones de este estudio es que las grandes corporaciones son particularmente llamativas para los psicópatas por ser fuente de inmenso poder y dinero” (BABIAK, NEUMANN Y HARE, 2010).

En 2016 se presentó en el Congreso de la Sociedad Psicológica Australiana, celebrado en Melbourne, un estudio en el que se examinaron a 261 altos directivos norteamericanos de distintas industrias y sectores de actividad, y en el concluyen que “el porcentaje de psicópatas en ejecutivos de alto nivel y directivos puede llegar hasta el 21%, frente al 1% registrado en la población general”<sup>2</sup>. Según los investigadores que realizaron el estudio, en las grandes empresas existen auténticos “psicópatas de traje y corbata” o “psicópatas corporativos”, entre los que existe el riesgo de realización de prácticas “poco éticas y hasta ilegales” y tenga un “impacto tóxico” en los empleados, si bien no se habla de delitos de sangre.

NATHAN BROOKS, psicólogo forense y principal autor del informe, ha publicado algunos trabajos sobre esta cuestión, llegando a proponer una prueba de personalidad para la detección de esta clase de personalidades en el campo de las empresas (BROOKS Y FRITZON, 2016: 22-44; y también BROOKS ET AL., 2016: 139-165).

Aunque la herramienta aún no ha arrojado resultados concluyentes, las pruebas realizadas parecen darle cierta validez en la detección de psicopatías criminales y no criminales en el entorno empresarial (así como otros trastornos de la personalidad relacionados con el narcisismo y el maquiavelismo, rasgos habitualmente asociados a los delincuentes de cuello blanco), llegando a algunas conclusiones interesantes; por ejemplo, la herramienta parece arrojar los siguientes resultados a tener en cuenta:

- La “gestión de impresiones” puede ser una parte central de los criterios que definen la psicopatía corporativa. Simplificando mucho, la gestión de impresiones supone que, al ser conscientes de que todos nos hacemos percepciones sobre los demás, es posible manejar o modular las que proporcionamos nosotros mismos en nuestras interacciones. Habitualmente se había asociado a la imagen del psicópata criminal la idea de su incapacidad para exteriorizar determinadas emociones o sentimientos de empatía. Sin embargo, según el estudio precitado, los psicópatas corporativos tienen la capacidad de imitar las emociones a voluntad, y esta puede ser una característica distintiva que diferencia a los psicópatas corporativos de los criminales. En este sentido, es habitual que a los psicópatas se les asocie icónicamente con la figura del camaleón por su capacidad para “camuflarse” en el entorno social (GARRIDO GENOVÉS, 2000).

---

<sup>2</sup> [https://www.elspanol.com/ciencia/salud/20160915/155735170\\_0.html](https://www.elspanol.com/ciencia/salud/20160915/155735170_0.html)

- Hombres y mujeres obtuvieron puntajes similares en personalidad psicopática. Aunque no es en absoluto concluyente, se sostiene habitualmente que las mujeres se conciben como poseedores de cualidades emocionales que les permiten formar relaciones sociales cercanas con mayor facilidad que los hombres. Según los autores de la investigación, podría existir cierta evidencia de que las mujeres con características de personalidad psicópata tienen una clara ventaja sobre los hombres en el entorno corporativo debido a la capacidad sugerida de canalizar sus características de personalidad psicópata de manera más efectiva para lograr el éxito en el entorno empresarial.

## **II. El perfil del delincuente de cuello blanco desde la teoría del crimen: a partir del estudio de un grupo acotado de delitos (*Patrician perspectives*)**

Como ha señalado MORÓN LERMA (2014: 39), “el perfil criminológico del delincuente económico varía en función del concepto de delincuencia de cuello blanco que se asuma. Con arreglo a las definiciones basadas en las características del autor, el delincuente se corresponde con una persona de estatus social alto y respetable. Concretamente, según expuso SUTHERLAND, son ejecutivos y hombres de negocios.

Sin embargo, los partidarios de una definición basada en las características del hecho (acto llevado a cabo por medios no violentos, mediante engaño o fraude) no proponen un perfil del infractor intrínsecamente vinculado a su propuesta conceptual. En este caso las características del delincuente económico han sido abordadas mediante diversos empíricos, sin suposiciones psicológicas o sociológica asumidas de partida”.

La primera aproximación al perfil criminológico del autor de delitos económicos que realizaremos atiende, por tanto, a la fenomenología de los delitos económicos y de cuello blanco y se centra en las posiciones doctrinales que atienden al propio hecho delictivo y al *modus operandi* del autor. A partir del hecho concreto, delimitado dentro de la tipología de delitos de cuello blanco, se pueden extraer una serie de características sociodemográficas de los autores y comprobar las coincidencias existentes.

Este tipo de definiciones tiene un carácter más heterogéneo y suponen un entendimiento diverso del concepto de delincuencia económica, centrándose en la forma concreta en la que es cometido el hecho delictivo (MORÓN LERMA, 2014: 36). La doctrina las ha denominado *patrician perspectives* en oposición al término popular (*popular perspectives*), centradas en las

características del delincuente (SHOVER Y CULLEN, 2008: 155-174; GEIS, 2011: 20).

Así, EDELHERTZ (1970: 3 y 4) definió la delincuencia de cuello blanco como el hecho ilegal cometido por medios no violentos y mediante ocultación o engaño con el objetivo de obtener dinero o propiedades, evitar pagos o perder dinero y propiedades y conseguir ventajas personales. La definición se centra tanto en el medio como en la finalidad del hecho delictivo, descartando las particulares características del autor. Se trata de un concepto en el que el perfil del criminal, más allá de la ausencia de violencia, se encuentra ausente. Esta definición ha sido adoptada por algunos medios institucionales, como el FBI, si bien se han incluido algunas particularidades, como la posibilidad de que el autor sea una persona física o una persona jurídica.

Aquellos que siguen este tipo de definiciones basadas en el *modus operandi* del delincuente (engaño, fraude, estafa, etc.) y no en el delincuente en sí tienden a centrarse en algunas de las características clásicas de la formulación de SUTHERLAND sobre los delitos de cuello blanco como es la quiebra y abuso de la confianza que suponen. Otros autores, como COLEMAN (1989), se centran en el tipo de actividad en el que se cometen esta clase de hechos delictivos, como es el legítimo marco profesional empresarial o financiero. De ahí que este autor se refiera a la criminalidad de élite, efectuando un nuevo giro sociológico a la concepción clásica de delincuencia de cuello blanco. Este tipo de definiciones se acercan al término especializado –que cabe dentro del más amplio de criminalidad de cuello blanco- de delincuencia profesional u ocupacional que explicábamos con anterioridad.

Este tipo de conceptualizaciones teóricas basadas en el delito son las prevalentes en la actualidad (MORÓN LERMA, 2014: 37). Las ventajas de este tipo de definiciones son, según la autora citada, acusadas: es posible investigar de forma separada cómo influye el estatus social del infractor en la reacción social frente al delito; averiguar si las infracciones cometidas en un marco profesional difieren de aquellas que se cometen en un ámbito personalista; y, por último, permiten llevar a cabo muestreos oficiales acotando la franja de delitos.

Lo cierto es que, siendo una visión más centrada en el análisis de las tipologías delictivas, de las que posteriormente se extraerán los perfiles concretos, pocas son las investigaciones que se hayan realizado en torno a la figura del delincuente de cuello blanco. La autora citada centra su análisis



en dos de las más relevantes en el marco de la Criminología contemporánea, realizadas por HAGAN Y NAGEL (1982), WEISBURD & BODE (1982) y BENSON Y WALKER (1988) durante los años 70 y hasta los años 90 en la Universidad de Yale, así como el trabajo paralelo de FORST & RHODES, y que pueden consultarse fundamentalmente en las obras de GEIS (2006), WEISBURD Y WARING (2001: 11 y ss.) y BENSON Y SIMPSON (2009: 4 y 5-36 y ss.).

Asimismo, cada una de las investigaciones para la delimitación de los perfiles ha utilizado diferentes metodologías, tanto en el grupo de hechos delictivos en los que se ha centrado (delitos económicos) como en los medios concretos de comisión, siendo principalmente el uso de una mezcla de fraude, engaño y conspiración. Asimismo, se seleccionaron diversos patrones de análisis, entre los más importantes al margen de los habituales (raza, edad, sexo, etc.) dos de ellos frecuentemente asociados a los delitos económicos y a los delincuentes de cuello blanco: nivel educativo y profesional (trabajo estable). Ambas variables son tenidas por indicadores de éxito.

Los resultados mostraban que la media de delincuentes económicos poseía mayor grado de estudios. Muchos de ellos se encontraban en posesión de un título universitario, frente al menor número de delincuentes comunes que carecían de educación secundaria y estudios superiores. En cuanto al empleo, los datos también evidenciaron una mayor estabilidad laboral en el caso de los delincuentes económicos. En conclusión, los estudios muestran que el perfil del delincuente de cuello blanco acotado a un concreto grupo de hechos delictivos económicos difiere del perfil del delincuente común, correspondiéndose con el de una persona sin elevada formación (pese a que es mayor que la de los delincuentes comunes) y de estatus socioeconómico medio (MORÓN LERMA, 2014: 41).

Como puede comprobarse, de esta información no puede inferirse unas características comunes que diferencien a esta clase de delincuentes de otras tipologías o perfiles que habitualmente encontramos entre la denominada delincuencia común (en contra, STEFFENMEIER ET AL., 1989). De hecho, algunos autores dudan de la existencia de un verdadero perfil delimitado de delincuente de cuello blanco, equiparándolo al de los delincuentes comunes (GOTTFREDSON Y HIRSCHI, 1990). Ello puede deberse a algunas de las dificultades principales que frecuentemente se encuentran en las metodologías que acotan el estudio de los perfiles a un determinado grupo de hechos delictivos, como es el hecho de que todas las investigaciones hayan recopilado los datos oficiales de los delitos ya condenados, habida

cuenta de la elevada cifra negra e impunidad existente en estas tipologías criminales.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la categoría de delincuentes de cuello blanco y las tipologías delictivas que entran dentro de los denominados delitos económicos es verdaderamente amplia. Por tanto, el perfil de los delincuentes de cuello blanco es genuinamente heterogéneo en cuanto a categorías sociales y demográficas (MORÓN LERMA, 2014: 42).

Debido a que los delitos de cuello blanco son vistos cada vez con mayor frecuencia como igualmente graves en la misma proporción que los delitos comunes (GRABOSKY, BRAITHWAITE Y WILSON, 1987: 33-44), existe cierta tendencia entre algunos autores a ver a los delincuentes de cuello blanco como similares a los delincuentes comunes. Esta suposición, sin embargo, para otro sector de la doctrina es un error y representa un retrato inexacto de “el criminal de cuello blanco”.

Así, WHEELER, WEISBURD, y BODE (1988) encontraron que los delincuentes de cuello blanco eran más propensos que los delincuentes convencionales a: 1. Tener una educación universitaria; 2. Ser varones blancos; 3. Ser mayores; 4. Tener un trabajo, 5. Cometer menos delitos; 6. Iniciar sus carreras delictivas más tarde en la vida; y 7. Ser de etnia judía. Centrándose en las interacciones entre las características de los delincuentes y las características de delito, la misma investigación demostró que era más probable que la delincuencia de cuello blanco incluyera las siguientes características:

- Tiene un alcance nacional e, incluso, internacional.
- Involucra a un gran número de víctimas.
- Tienen organizaciones como víctimas.
- Siguen unas pautas concretas (planificación).
- Los delitos son cometidos en periodos de más de un año.
- Los delitos son cometidos en grupo o de modo organizado.

Al respecto, en un estudio longitudinal con los datos de arrestos realizados durante 20 años en las Cortes de California, LEWIS (2002: 122 y ss.) centró su análisis precisamente en las características demográficas de esta clase de delincuencia, así como en los patrones de comisión de hechos delictivos comparados con los de los delincuentes comunes. Los resultados de su análisis llegan a las siguientes conclusiones: existen relevantes diferencias en las características demográficas entre los delincuentes de cuello blanco y

los comunes como es el caso de la variable género, evidenciándose una mayor número de mujeres delincuentes que cometen delitos de cuello blanco comparativamente con las que cometen hechos delictivos comunes. El estudio de LEWIS parece demostrar que existen algunas diferencias demográficas entre ambas tipologías de delincuentes, invalidando la tesis de GOTTFREDSON Y HIRSCHI (1990), si bien los resultados no son determinantes para la construcción de un perfil de delincuente de cuello blanco completo, que permanece, de este modo, aún desconocido.

Quizá una de las obras contemporáneas más completa respecto al perfil demográfico del delincuente de cuello blanco sea la de FRIEDRICH (2010: 13 y ss.) en la que, mediante de una exhaustiva revisión bibliográfica sobre la materia, se desgajan las siguientes características en comparación con la delincuencia común o “callejera”:

- Edad: el delincuente de cuello blanco es algo más adulto que los delincuentes comunes, siendo frecuente que se trate de personas de mediana edad (por encima de los 30 años) o mayores, lo cual es bastante lógico teniendo en cuenta que se trata de personas que habitualmente ostentan cargos de importancia en empresas;
- Clase social: una de las variables clásicas que se han relacionado con los crímenes de cuello blanco es su elevado estatus social y, en efecto, mientras que la delincuencia común suele estar desproporcionadamente representada por los sustratos socioeconómicos bajos, el delincuente de cuello blanco suele pertenecer a clases más elevadas económicamente (clase media-alta);
- Raza: no existen datos suficientes para establecer que los delitos de cuello blanco son cometidos mayoritariamente por individuos pertenecientes a la raza “blanca” o caucásica, a pesar de que algunos estudios han mostrado una mayor proporción en el número de sujetos que pertenecen a este sector de la población que cometen delitos económicos frente a los de raza afroamericana, principalmente debido a la sobrerrepresentación de los últimos en las ratios de delincuencia callejera;
- Género: algunos estudios sugieren que entre una cuarta y una quinta parte de los delitos de cuello blanco son cometidos por mujeres y, aunque sigue siendo una ratio baja comparativamente con los delitos cometidos por los varones, es más representativa que la que representan las féminas en la delincuencia común. La baja representación de las mujeres en los crímenes de cuello blanco ha

sido explicada con criterios sociológicos, indicando que la proporción de mujeres en los puestos de poder de las empresas es, hoy por hoy, aún bajo. No obstante, algunas investigaciones dentro de la denominada Criminología de género o feminista (DODGE, 2009) indican que a medida que las mujeres ganan una mayor representación en la élite empresarial y corporativa, el número de ellas que se ve involucrada en la comisión de delitos de cuello blanco también tiende a aumentar;

- Educación: los delincuentes de cuello blanco tienden a tener una educación mejor que los delincuentes comunes y, en efecto, cierto porcentaje de ellos tienen una muy buena educación (títulos universitarios);
- Ámbito familiar: al ser personas de mediana edad y tener empleos estables, un buen porcentaje de delincuentes de cuello blanco están casados o mantienen relaciones sentimentales y familiares estables;
- Ámbito social: a diferencia de la delincuencia común, muchos delincuentes económicos mantienen afiliaciones estables con grupos comunitarios y religiosos;
- Carreras criminales: atendiendo a la propia naturaleza de los delitos económicos, es frecuente que los delincuentes de cuello blanco operen durante dilatados periodos de tiempo en sus comportamientos criminosos e, incluso, durante toda su vida. También es cierto que suelen delinquir a edades más tardías que las habituales entre los delincuentes comunes. No obstante, en contraste con estas carreras criminales dilatadas en el tiempo, los delincuentes de cuello blanco suelen ser “fieles” a una única forma comisiva, es decir, a una modalidad de delito de cuello blanco, que suele ser definida como “un incidente aislado en una dilatada carrera profesional”.

ALALEHTO (2015: 29 y ss.), más recientemente, realiza un pormenorizado resumen de las principales características demográficas de los delincuentes de cuello blanco basándose en las investigaciones que se han realizado en las últimas décadas, obteniendo los siguientes resultados:

Alrededor del 80% de los delincuentes de cuello blanco son hombres lo que refleja la división del trabajo de género en la sociedad en general, donde las mujeres tienden a tener posiciones de nivel más bajo que en los hombres. Sin embargo, apunta el autor citado, este patrón depende del nivel de

complejidad del delito que observemos. Si el delito de cuello blanco es de baja complejidad (los llamados delitos de cuello “de color rosa” como apropiación indebida de activos, la corrupción, las declaraciones fraudulentas, malversación de fondos, etc.), entonces la proporción de sexos es más equilibrada en comparación con los delitos más complejos. Sobre el género en los delitos de cuello blanco, también véase GOTTSCHALK Y GLASØ (2013: 22-34), en el que los autores dan una posible explicación a las bajas cifras de mujeres entre los delincuentes de cuello blanco: “el acceso de las mujeres a las estructuras de poder de organización está aumentando, pero sigue siendo limitado. Esto está en línea con la teoría de la oportunidad. Las mujeres pueden tener un mayor sentido de la aversión al riesgo en lugar de la voluntad de riesgo, y las mujeres pueden ser más fácilmente percibidas como víctimas de delitos en lugar de como autoras.

La edad media de los delincuentes de cuello blanco es de alrededor de 40-45 años. La explicación de esto es similar a la división de género, las personas más jóvenes no han tenido la misma oportunidad de iniciar un negocio o establecerse en el mercado laboral a fin de participar en el crimen de cuello blanco en el mismo grado que las personas de mediana edad.

La mayoría de los delincuentes de cuello blanco pertenecen a la etnia mayoritaria en el país. Sin embargo, el origen étnico es una variable que muestra cierta variación contextual, hay países donde a los “no blancos delincuentes” se les tratan con más dureza que a los delincuentes de cuello blanco en el proceso de sentencia. Al margen de esta cuestión, en los delitos de cuello blanco la etnia puede ser relevante, pues no pertenecer a una minoría étnica tiene un efecto significativamente mayor en la capacidad de la persona para obtener un empleo después de su encarcelamiento. Las mujeres delincuentes son menos propensas a tener condenas anteriores a pesar del hecho de que cometen un mayor número de delitos de cuello blanco de baja complejidad que los hombres. A pesar de que son condenadas con menos frecuencia, las mujeres son acusadas de esta clase de delitos con mucha más frecuencia que los hombres (LEWIS, 2002).

Los delincuentes de cuello blanco tienden a estar casados y esto significa que hay responsabilidades para el cuidado de la familia antes, durante y después de la condena. Las tasas de reincidentes son muy bajas en los delincuentes de cuello blanco casados, pero al mismo tiempo hay una mayor tasa de divorcios entre los delincuentes de cuello blanco que entre los delincuentes callejeros o en la población general.

La frecuencia de antecedentes penales en el delincuente de cuello blanco varía dependiendo de qué tipo de delito el delincuente ha sido condenado. Los que hayan sido condenados por violaciones de las normativas

antimonopolio generalmente no tienen ningún procesamiento anterior en comparación con los condenados por fraude de tarjetas de crédito, falsedades, fraude postal, o la evasión de impuestos donde la mitad de todos los delincuentes tiene una condena anterior. En general, los delincuentes de cuello blanco se caracterizan por la baja tasa de criminalidad. Sin embargo, hay excepciones a estos resultados generales en función de si el delincuente comienza su carrera criminal en los delitos de cuello blanco o en la delincuencia común (LEWIS, 2002).

En general, los delincuentes de cuello blanco tienen ingresos regulares de acuerdo a sus ocupaciones como empleadores o en una profesión típica de clase media. Sin embargo, la regularidad de los ingresos y la estabilidad en el empleo varían dependiendo de qué nivel de crimen el delincuente ha sido condenado, el tipo de delito de baja o alta complejidad, la distribución del ingreso entre los empleadores, y si el delincuente pertenece a una minoría étnica, el número de detenciones anteriores, la edad de aparición de la conducta criminal (detenido o encarcelado antes de los 24 años de edad), y el tiempo total condenado.

Los delincuentes de cuello blanco exhiben tasas de desempleo igual o inferiores en comparación con el público en general y en especial a los delincuentes comunes. Sin embargo, esto no se aplica a todo tipo de delitos de cuello blanco, por ejemplo, los condenados por infringir las normativas antimonopolio tienen 0% de desempleo, mientras que los condenados por fraude tienen 25% de paro.

Los delincuentes de cuello blanco son dueños de sus propios hogares en un grado similar al de la población general y en un grado mucho mayor de delincuentes callejeros. Su nivel de educación se extiende de la misma a una mayor que la población general, y esto depende de qué tipo de delitos de cuello blanco el delincuente ha sido condenado.

En general, el criminal de cuello blanco muestra un mayor nivel de estatus socioeconómico en términos de prestigio, ingresos y educación que la población general. Esta condición socioeconómica es a menudo heredada de la posición socioeconómica del padre del delincuente como un empleador (RING, 2003).

En comparación con los delincuentes de la calle, delincuentes de cuello blanco muestran sólo la mitad (25%) del número de adaptaciones o problemas de aprendizaje durante su educación y menos de la mitad el número de problemas de adaptación social (21%). Alrededor del 6% al 10% de los delincuentes de cuello blanco ha sufrido abuso o han sido descuidados

por sus padres cuando eran menores y alrededor del 6% al 10% han informado de que tienen uno o más miembros de la familia o amigos criminales. Esta estadística es significativamente menor que lo habitual entre los delincuentes callejeros.

En general, los delincuentes de cuello blanco han abusado de alguna sustancia médica por problemas emocionales en el transcurso de sus vidas. Alrededor del 7% de los delincuentes de baja frecuencia tienen problemas con el abuso de drogas y alrededor de 5% tienen problemas de abuso de alcohol. Para los delincuentes de carrera, sin embargo, estas cifras son mucho mayores con un abuso de drogas de alrededor del 20% y alcohol 9,5%. Una cuestión interesante con respecto a los problemas de salud entre los delincuentes de cuello blanco es la observación de que los evasores de impuestos, por ejemplo, en Suecia, tienen una tasa de mortalidad ligeramente superior a la población general.

Los delincuentes de cuello blanco tienden a ser más religiosos que los delincuentes callejeros (BENSON, 2002), pero en menor medida que la población general. Además, los delincuentes de cuello blanco tienden a votar con menos frecuencia que el público en general. Los activos financieros de los delincuentes de cuello blanco varían significativamente según el sexo y dependerá del tipo de delitos por los que hayan sido condenados. Por ejemplo, los infractores de las normas de defensa de la competencia tienden a tener activos financieros significativos en comparación con los malversadores, pero los malversadores en general tienen aproximadamente tres veces mayores activos financieros que los delincuentes callejeros (WHEELER ET AL., 1988).

Una interesante y completa revisión de los perfiles de criminales de cuello blanco por tipologías delictivas pueden consultarse en la obra del profesor noruego GOTTSCHALK (2014), que distingue entre diferentes tipologías de delitos de cuello blanco y de perfiles criminales asociados a ellas. Así, podemos distinguir entre distintas categorías de ilícitos: financieros (fraude bancario), de fraude, de latrocinio (robo), de manipulación y de corrupción. Para el autor, existen algunas diferencias empíricas en las categorías de delitos por los delincuentes de cuello blanco. El fraude, el delito más frecuente juzgado y condenado en los tribunales también se asocia con las sentencias de cárcel más severas. El robo es generalmente cometido por individuos con un ingreso personal más bajo que otros delincuentes de cuello blanco. Más criminales participan en delitos de fraude que en los delitos de manipulación.

En el estudio de las variables demográficas realizado por GOTTSCHALK (2013: 22), parecen confirmarse las anteriores características ya

mencionadas: la mayoría de los delincuentes de cuello blanco son hombres. Por lo tanto, sólo un pequeño porcentaje de las personas de delitos de cuello blanco identificados en artículos de periódicos eran mujeres. El más joven delincuente de cuello blanco fue de 17 años de edad y el mayor tenía 77 años. Se hace una distinción entre la edad de comisión del delito y la edad de condena. En promedio, una persona es condenada 5 años después del crimen. Así, la edad media en la comisión de un delito tiene 43 años y la edad media cuando es condenado 48 años de edad. Todas las personas en la muestra de GOTTSCHALK recibieron una sentencia de cárcel por los delitos de cuello blanco. En cuanto a los reportados solamente en los periódicos, los delitos de cuello blanco de alta visibilidad sin duda sesgan los resultados hacia las personas de nivel social más alto. Los datos llevan al autor a concluir que los delitos de cuello blanco son cometidos por personas en todos los niveles de la estructura social: todo lo que necesitan es la oportunidad y la planificación.

### **III. El perfil del delincuente económico desde la teoría de la criminalidad: a partir de la identificación de características personales (*Popular perspectives*)**

En este segundo bloque nos centraremos en aquellas conceptualizaciones que ponen su acento en el carácter personalista de este fenómeno criminal, es decir, en una de las características esenciales del delincuente de cuello blanco: su alto nivel socioeconómico, su poder y respetabilidad. A esta clase de teorización del delincuente de cuello blanco se le ha venido a denominar perspectiva populista (*populist perspective*) conforme a la nomenclatura utilizada por SHOVER (2006: 461; SHOVER Y CULLEN, 2008: 156 y 157).

En este sentido, REISS Y BIDERMAN (1980: 4) centran la cuestión de la delincuencia de cuello blanco en el abuso de la posición de poder, de influencia o confianza en el orden socioeconómico o político con el fin de obtener una ganancia ilícita, personal o institucional. CLINARD Y QUINNEY diferenciaban entre los conceptos de *corporate* y *occupational crime*: el primero de los conceptos hace hincapié en actos delictivos que se cometían en provecho o beneficio de la empresa; mientras que el segundo se refiere al aprovechamiento de una posición de privilegio dentro de la empresa por parte del sujeto para llevar a cabo el hecho criminoso.

El propio SUTHERLAND atribuyó a los delincuentes de cuello blanco una serie de características personales y sociales que le identificaban, entre ellas, la más relevante era su alto nivel socioeconómico y respetabilidad social. Desde la denominada “Criminología personal” basada en las llamadas



ciencias de la conducta humana (psicología criminal, psiquiatría criminal y forense), con su centro en la relación interpersonal, también se han realizado aproximaciones a las características psicológicas del delincuente de cuello blanco.

Ciertamente, las investigaciones basadas en los rasgos psicológicos y en las actitudes personales de los delincuentes han sido bastante denostadas por un sector de la doctrina criminológica, tachándolas de especulativas (BENSON Y SIPMSON, 2009: 44) y de no corresponderse con los hallazgos empíricos obtenidos en los estudios basados en las tipologías delictivas.

Desde mediados de los años 1980, tras los estudios realizados sobre la publicación de SUTHERLAND, ha sido ampliamente aceptado entre la doctrina que las características de personalidad no tienen un impacto en la decisión de un individuo de participar en delitos económicos. Por el contrario, los delitos económicos han sido considerados como un acto colectivo nacido dentro de la complejidad de una organización. No obstante, hoy en día puede defenderse que la técnica psicológica de la identificación de perfiles criminales ha avanzado como ciencia y las recientes investigaciones han mostrado algunos éxitos a tener en cuenta.

Este conjunto de investigaciones ha profundizado en el perfil del delincuente económico a través de la investigación de posibles factores personales, tanto psicológicos como sociales, que influyen en la decisión del autor de cometer el hecho delictivo. La investigación de los perfiles criminales de cuello blanco desde una óptica psicosocial tiene el objetivo de obtener mejores métodos y herramientas de prevención contra la criminalidad económica.

Al respecto, MORÓN LERMA (2014: 42 y 43) da relevancia a las investigaciones de ROBINSON Y MURPHY (2009) y SHOVER Y HOCHSTETLER (2006) respecto a algunos de los rasgos más sobresalientes de este tipo de delincuentes, como es que no se ven a sí mismos como delincuentes y no identifican sus actividades como delitos, sino que consideran que la supervivencia económica es más importante que el sometimiento a la ley. Este pensamiento *–profit over law–* les hace creer que la ley no es más que un impedimento a la consecución de mayores éxitos empresariales, por lo que actúan movidos por la avaricia, con exceso de confianza en sí mismos y cierto sentido de la superioridad sobre las eventuales víctimas (a menudo otras empresas de la competencia), de modo arrogante y carente de empatía.

Debido a que se ven como empresarios de éxito y que consideran que sus acciones no merecen un reproche penal, a menudo se muestran insensibles respecto a las implicaciones de sus actos. Existe un verdadero auto-proceso

de justificación o legitimación de sus acciones. También se han destacado rasgos “positivos” en los delincuentes de cuello blanco como su sagacidad, alta competitividad (ambición), responsabilidad y sociabilidad en términos de personalidad extrovertida.

Entre las teorías que construyen un determinado perfil criminal del delincuente de cuello blanco, destaca la del “Psicodrama de MERGEN” (1978) que describe la estructura psíquica del delincuente de cuello blanco (SARMIENTO SOSA, 1992: 223). Para esta tesis, los principales rasgos del criminal económico son (LEGANÉS GÓMEZ Y ORTOLÁ BOTELLA, 1999: 254):

- Materialismo, sólo da valor a los bienes materiales. Es un auténtico maníaco, su tensión patológica se libera con la ganancia siendo su psicología similar a la del jugador.
- Egocentrismo (propio del estado primario, conforme a las teorías del psicoanálisis, hoy en día abandonadas), no alcanzan a lograr afectividad, esta soledad la compensan mostrándose caritativos y generosos.
- Narcisismo, los hace soberbios, insensibles y se traduce a su situación social, ropas, dinamismo y audacia. Inteligencia.
- Peligrosidad, porque no valoran límites éticos.
- La Hipocresía, son fríos y se muestran generosos.
- Neurosis, demuestran falta de conciencia de culpabilidad, se debe a que estos actos no provocan reacción social, por lo que no son considerados como delito.
- Dinamismo, son muy activos y prevalece en ellos la acción al pensamiento.
- Audacia, no analizan los riesgos.
- Inteligencia.

Actualmente, estas tesis basadas en el positivismo criminológico y en la visión del delincuente económico como un individuo afectado por una patología han sido descartadas por la doctrina mayoritaria por carecer del suficiente apoyo empírico.

No obstante, en los últimos años se ha visto un resurgir importante de esta clase de tesis psicológicas o psiquiátricas, apoyadas fundamentalmente en los avances en campos como las neurociencias o la psicología evolutiva y

cognitiva. Como ya se ha mencionado en el primero de los epígrafes ha cobrado especial importancia el estudio de la psicopatía en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco.

La propuesta sobre esta materia se ha bifurcado en dos tipos de estudios:

Aquellos que estudian la figura del psicópata integrado atraído por el ambiente de la corporación. En este sentido, la empresa y el mundo de los negocios conformarían un campo abonado de oportunidades criminales para quien ya tiene una propensión psicológica/psiquiátrica a llevar a cabo prácticas empresariales abusivas. Estos estudios, como los anteriormente citados de BROOKS, sostienen que primero nos encontramos ante la figura del psicópata y, posteriormente, éste encuentra, en las características de las modernas políticas empresariales y en la organización corporativa, el lugar idóneo para desarrollar su conducta. Autores ya citados, como BABIAK Y HARE, sostienen que los entornos y los tipos de organizaciones que empezaron a configurarse a partir de los años 80 y 90 ofrecieron un nicho ecológico ideal para el desarrollo del talento de los psicópatas en los ambientes empresariales.

GARRIDO GENOVÉS (2000: 124-128) ha expuesto las diferentes etapas por las que atraviesa el psicópata integrado en su inmersión en el ámbito corporativo:

- Primera fase: entrada en la organización. La habilidad para embaucar y la inteligencia del psicópata, unida a su capacidad de engaño en la confección de su currículum, pueden favorecer una rápida y sencilla entrada en la empresa. Por otra parte, la ausencia de controles psicológicos en el campo de los recursos humanos puede ayudar a que el psicópata aparezca ante sus contratadores como el candidato ideal.
- Segunda Fase: evaluación. El psicópata exitoso comenzará a estudiar a los miembros más prominentes de la corporación, manipularlos y convertirlos a su causa. La idea principal de esta fase es verificar quien ostenta el poder en las redes de la empresa y cuales son sus puntos flacos.
- Tercera fase: manipulación. El psicópata manipula las redes establecidas para la difusión de información errónea con el objeto de promocionarse en su trabajo, proceso que lleva a cabo permaneciendo habitualmente en la sombra.
- Cuarta fase: Confrontación. Emerge a la superficie la violencia interpersonal mediante el abandono, la neutralización, la

difamación y el abuso ejercidos por el psicópata -personal y psicológicamente- hacia los demás miembros de su entorno corporativo.

Un segundo grupo de literatura que sostiene que, las actuales políticas empresariales -concretamente, las enmarcadas en un modelo capitalista neoliberal, con una grave despreocupación por la ética empresarial- y las vigentes condiciones de competencia, pueden llegar a “transformar” a un sujeto en una suerte de psicópata integrado (PIÑUEL ZABALA, 2008: 167-183). De este modo, se cuestiona el carácter cerrado, biologicista y determinista de la psicopatía, que pasa a entenderse como un efecto de la interacción entre el bagaje genético y los factores educativos y ambientales en el aprendizaje del individuo (). Para los seguidores de estas tesis, el empresario exitoso vendría antes que el psicópata corporativo, que sería el resultado de la interacción del sujeto con un determinado espacio empresarial altamente criminógeno. El psicópata corporativo “no nace, se hace”. Es un producto de la corporación, de lo que se deriva un importante componente situacional e interaccionista (grupos de presión). Más aún, el proceso de conversión de una persona al rol de psicópata corporativo responde, de algún modo, a un cambio de valores en el entorno empresarial que habría tenido lugar aproximadamente durante la época de los años 70-80 del siglo pasado: exclusivo interés en los beneficios, ausencia de ética empresarial, peores condiciones laborales para los empleados, cortoplacismo, etc. La generación de un comportamiento psicopático responde en estos casos a un proceso de adaptación a un medio criminógeno determinado (GLENN, KURZBAN, Y RAINE, 2011: 371-380).

En opinión de algunos criminólogos, ninguna de las dos teorías es descartable a priori, habiendo incluso quienes abogan por la unión de ambas en los estudios empíricos sobre delincuencia de cuello blanco: puede haber sujetos determinados neurológicamente que, por las circunstancias sociales, no sacan a relucir su psicopatía y viceversa (SERVERA RODRÍGUEZ, 2012: 2-4).

En la literatura criminológica castellano parlante también encontramos obras en las que se ha realizado una revisión del perfil criminal del delincuente económico. Así, LEGANÉS GÓMEZ Y ORTOLÁ BOTELLA (1999: 254-256), HERRERO HERRERO (2001: 682 y 683) o JIMÉNEZ CORTÉS (2010: 45 y ss.) indican que desde el punto de vista social, destacan en el delincuente de cuello blanco los rasgos de:

- Alta adaptabilidad social: se mueven con facilidad en altos niveles sociales en los que trata de integrarse plenamente tratando de alcanzar títulos y honores que lo ratifican como miembro de la clase alta.
- Muy refractario a los sentimientos y valores morales de los demás. Todo vale para los fines del delincuente de cuello blanco, aunque ello suponga pasar por encima de otras personas. Su comportamiento tiende a ser cínico y no tiene sentimientos de culpabilidad.
- Alto estrés y neurosis: a causa de su superficialidad comunicativa, afectiva y escasez de vida interior.
- Gran labilidad (alteraciones en la manifestación de la afectividad) en la esfera de los sentimientos, de las ideas y de las propias experiencias.

Los autores citados también hacen alusión a la clasificación de SEELIG (1958: 44 y ss.), que los incluye dentro de los delincuentes faltos de disciplina social y ambiciosos sin escrúpulos para alcanzar sus fines profesionales o económicos. Finalmente, también hacen referencia a la obra de DELMAS-MARTY (1982: 146), que resalta en los delincuentes económicos los siguientes rasgos: inteligente, hombre de acción, batallador, ausencia de escrúpulos, utiliza todos los medios para obtener sus fines, domina perfectamente las situaciones, gran talento, no tiene miedo a asumir riesgos, talante optimista, oportunista, no tiene miedo a la amenaza de la represión, cree tener suerte en el campo de los negocios, agresivo, egocéntrico, narcisista, falta de sentimientos, le gusta el desafío que representa para él el mundo de los negocios, se considera víctima y no muestra sentimientos de arrepentimiento, gran poder de manipulación, instigadores, buenos contactos, extrovertido, persuasivos...

Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ (1978: 53 y ss.) los describe como inteligentes, pícaros, habilidosos y audaces. No obstante, advierte acertadamente HERRERO HERRERO (2001: 686) todos estos rasgos están referidos a los sujetos activos de los principales delitos económicos “individualmente considerados”, por lo que será preciso estudiar este tipo de perfiles criminales en los contextos organizados. Por otra parte, algunos autores (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1984: 169 y ss.) no se muestran de acuerdo con estas connotaciones tipológicas.

Desde una perspectiva psicológica, podemos mencionar el análisis realizado por DANILO LUGO, autor de varias publicaciones sobre el papel del auditor forense, perspectiva que utiliza para realizar una aproximación a las

características del delincuente de cuello blanco. En primer lugar, el autor citado ahonda en algunas particularidades de las definiciones ya expuestas sobre el delincuente de cuello blanco, indicando que se trata de un “criminal ejecutivo”, es decir, su modus operandi es actuar a través de empresas o negocios establecidos y que la base o fundamento de su actuación es la licitud o legalidad de los mismos. En segundo lugar, se trata de un tipo de delincuente que, amparado en su reputación o “*good will*” (buena fe o buena voluntad) aprovecha para cometer crímenes en el orden económico en contra de la buena fe y confianza de las víctimas. Por último, el delincuente de cuello blanco comienza a trabajar en solitario, desarrollando técnicas delictivas y planificaciones criminales cada vez más sofisticadas dentro de una institución, pero finalmente termina involucrando a más cómplices en una cadena de crimen organizado. El criminal de cuello blanco, de forma amplia, se caracteriza por su capacidad ejecutoria, por su inteligencia y por su nivel educativo.

Siguiendo al autor, por tanto, podemos extraer tres rasgos generales de esta clase de delincuencia, a saber:

- Uso de “velos” o plataformas institucionales, como empresas o partidos políticos, completamente legítimos.
- Alta respetabilidad y posición socioeconómica del delincuente y posterior quiebra de la confianza.
- Tendencia a la implicación de otras personas, *vis atractiva* o frecuencia de la proposición para delinquir por parte del delincuente.
- Son generalmente personas resolutivas, audaces y pro-activas, con dotes para la supervivencia frente a la competencia.

Posteriormente, DANILO LUGO (también, véase al respecto, GOTTSCHALK, 2015: 59-61) realiza una clasificación en tres niveles de los perfiles de los delincuentes de cuello blanco:

- *Top (high) level White collar criminal*: generalmente son quienes ostentan el poder en una organización criminal, quienes dan las órdenes y toman las decisiones importantes. También son los que tienen la mayor parte de la responsabilidad legal y penal por los comportamientos desviados en el seno de una empresa. El infractor en este tipo de delincuencia es una persona respetable y de nivel socioeconómico elevado, lo que le permite ejercer con éxito una mayor influencia para impedir la intervención de la víctima o del

aparato de persecución estatal. La planificación de la acción delictiva permite a esta clase de autores impedir o controlar su descubrimiento y la correspondiente penalización. En algunas materias, la complejidad de los textos legales permiten a los asesores especializados crear las condiciones con las que impiden la efectiva aplicación de las leyes, obteniendo beneficios injustificados. El criminal de cuello blanco de alto nivel se especializa en delitos económicos y su único interés es el control por medio del poder. El poder por medio del dinero envuelve a este tipo de criminal, cuyas actividades delictivas buscan el control de la situación empresarial. Su perfil criminal se caracteriza por: 1. Pertenece a una clase privilegiada y sabe cómo utilizar su influencia. 2. Es un excelente “relaciones públicas”. 3. Mantiene firmes lazos de influencia con sus allegados. 4. Investiga y se asegura de conocer a sus enemigos o competidores. 5. Maneja personalmente su agenda de negocios. 6. Tiene control absoluto sobre sus subalternos. 7. No improvisa ni toma decisiones precipitadas. 8. Gusta de relacionarse con personajes de actualidad, como políticos, periodistas, líderes religiosos, etc. 9. Evita relacionarse con ejecutivos de su mismo nivel, que podrían representar una amenaza. 10. Hace donaciones, haciendo gala de su generosidad y se muestra frecuentemente en la prensa. 11. Tiene gran agilidad mental y buena memoria. 12. Puede manejar fácilmente situaciones de conflicto. 13. Tiene gustos refinados y conoce las reglas de etiqueta y protocolo. 14. Es un buen “gourmet”. 15. Viaja constantemente y se actualiza en los lugares de moda de la “jet set”. 16. Viste impecablemente. 17. Habla normalmente un idioma adicional al materno. 18. Se encentra al tanto de la actualidad política, social y financiera. 19. Modales finos y talante superficialmente afable. 20. Excelente nivel educativo, algunos con títulos profesionales o universitarios. 21. Por lo general ostenta una edad madura entre los 45 y los 60 años, tiene familia estable y un historial social conocido y comprobable. 22. Sabe perfectamente cómo controlar sus emociones frente a los demás, sin embargo en su entorno puede llegar a ser cruel y despótico. 23. Conoce muy bien las debilidades de sus subalternos y cómo utilizarlas en caso de necesidad. 24. Conoce sus propias debilidades y no las exterioriza. En síntesis, finaliza el autor citado, “es un ejecutivo clásico, moderado, estricto, perfeccionista consciente que su negocio es el delito profesional. Según expone GOTTSCHALK, en este nivel se encuentran los delincuentes de cuello blanco más influyentes,

compuestos por directivos, jefes ejecutivos y grandes inversores. Este nivel se corresponde con el retrato clásico del delincuente de cuello blanco.

- *Medium level executive criminal*: influencia media en el mundo financiero, normalmente compuesto por abogados, brokers de bolsa, economistas, jefes de contabilidad y gerentes de compras.
- *Low level criminal*: de menor influencia, en este grupo pueden incluirse a contables, personal administrativo y pequeños propietarios de negocios.

De modo más exhaustivo, la investigación realizada por BUCY, FORMBY, RASPANTI, Y ROONEY (2012: 406 y ss.) durante 2007, se centró en largas entrevistas con cuarenta y cinco expertos reconocidos a nivel nacional en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco con la intención de explorar las opiniones y percepciones que tradicionalmente se tiene sobre criminales de cuello blanco. Los autores hacen hincapié en los rasgos más característicos de los delincuentes de cuello blanco respecto a su motivación y personalidad, dividiéndolos en dos grados tipologías: líderes y seguidores, conforme a lo indicado en las Pautas Federales para Sentencias (*Federal Sentencing Guidelines*).

Conforme a la citada Guía, se realiza una distinción entre dos tipos de delincuentes de cuello blanco como categorías dogmáticas generales: aquellos que realmente cometieron el crimen (líderes) frente a los que ayudan y facilitan, son accesorios o que participan como conspiradores (seguidores). En nuestro sistema jurídico-penal, más formalista, podríamos hablar de autores y colaboradores necesarios o cómplices del delito, teniendo en cuenta que para estos últimos –los cómplices- existe una rebaja de la pena.

- Personalidad de los líderes: inteligente, arrogante, astuto, con éxito, codicioso, con tendencia a asumir riesgos, agresivos, narcisista, determinado y carismáticos. La codicia es la razón más comúnmente citada en cuanto al porqué los "líderes" se involucran en actos criminales de cuello blanco. Por detrás de la codicia, en la investigación se observaron la oportunidad de cometer el delito, cierto sentido de legitimación para realizarlo, la arrogancia, la competitividad, y la racionalización como factores de motivación. Por último, se indicó que los delincuentes de cuello blanco que pertenecen a la categoría de líderes a menudo están motivados por el miedo al fracaso o de perder el empleo o su modo de vida privilegiado. Este temor anularía la "brújula moral interior" del



individuo. Finalmente, otra de las posibles motivaciones de los delincuentes de cuello blanco podría ser la presión para cumplir con determinados objetivos financieros.

- Personalidad de los seguidores: menos seguros, menos agresivo, menos ambiciosos, pasivos, sumisos, dominados, crédulos, con tendencia a seguir ciegamente a los demás, y menos propensos a aceptar la responsabilidad de sus propias acciones. Respecto a la motivación de los seguidores, el estudio fundamentalmente arrojó cuatro ítems: 1. Los seguidores son personas no asertivas, débiles, que se arrastran detrás de otra persona, incluso en cuestiones criminales. 2. Los seguidores están "convencidos de la justicia de su causa. Creen que no puede haber daños porque están siguiendo a un líder de su confianza. 3. Los seguidores se involucran en actos criminales para hacer más dinero y porque desean un "pedazo del pastel". Quieren aumentar su estatus o recibir una promoción, y creen que, con el favor del "líder", van a alcanzar sus ambiciones. Estos seguidores creen que los actos criminales son la única manera de competir. 4. Los seguidores están motivados por el miedo a perder su puesto de trabajo.

Los autores precitados realizan una revisión bibliográfica de los estudios criminológicos sobre algunos de los rasgos de la personalidad más sobresalientes de los delincuentes de cuello blanco:

- Necesidad de control: la necesidad de controlar todo es una característica de los delincuentes de cuello blanco. Las personas con un alto deseo de control son "enérgicos, decisivos, y activos".
- Intimidación y abuso: tendencias de los ejecutivos de intimidar a los subordinados en el cumplimiento de sus demandas a fin de aumentar su beneficio personal.
- Carisma: el carisma determina la propensión de una persona a participar en la delincuencia de cuello blanco. Los líderes carismáticos pueden motivar a otros a poner en práctica su visión, son personas extraordinariamente seguras de sí mismas, tienen una fuerte convicciones, y son entusiastas.
- Miedo: el miedo a perder lo que han ganado, cuando parece posible tal pérdida, motiva a estas personas de negocios a hacer lo que se necesita para mantenerse en lugar de caer.
- Narcisismo: los delincuentes de cuello blanco muestran un sentido de superioridad rayana en la vanidad, que es alimentado por la

admiración y la atención que despiertan en otros y que fomenta un sentido del derecho a privilegios especiales y recursos adicionales.

- Falta de integridad: si bien el concepto “integridad” es bastante ambiguo y está relacionado con cuestiones morales, algunos autores han indicado que la falta de integridad puede justificar los delitos con facilidad mientras que alguien con integridad sustancial lucha para no cometer esos delitos.
- Falta de conciencia social: el rendimiento, la socialización, la tolerancia y la responsabilidad individual contienen este concepto de “conciencia social”, que es la capacidad de tomar decisiones que son “pro-sociales”, esto es, en beneficio de la comunidad. Los delincuentes de cuello blanco adolecerían de esta clase de conciencia colectiva, siendo más egoístas en la toma de sus decisiones que buscan solamente su beneficio personal.

En la misma investigación se hace un estudio de las principales características de las organizaciones que fomentan las actividades delictivas en el marco económico. Si bien estas características no son de índole personal ni, por supuesto, psicológica, puesto que hablamos de una persona jurídica, resulta muy interesante el estudio de las que hemos venido a denominar como “corporaciones criminales” desde el punto de vista de los perfiles criminales. Sin ánimo exhaustivo, los autores precitados realizando una síntesis de los estudios criminológicos sobre el delito corporativo.

La mayor parte de las compañías legítimas no fomentan activamente la actividad delictiva, pero en las que sí lo hacían se pueden identificar cuatro prácticas y políticas empresariales concretas que fomentan el fraude a nivel corporativo: 1. Corporación impulsada por la “línea de fondo”: un enfoque primordial y exclusivo en el beneficio y en la “satisfacción de los números” puede fomentar la actividad delictiva. 2. La falta de un plan eficaz de “cumplimiento corporativo” (*corporate compliance*). 3. La falta de controles internos: empresas con una junta directiva débil y dependiente de la burocracia, la falta de auditores externos e internos, la ausencia de controles y equilibrios adecuados en toda la empresa, y una estructura de gestión descentralizada. 4. Cultura empresarial (falta de ética empresarial): cuando la administración de la empresa envía el mensaje de que un comportamiento legalmente cuestionable sería tolerado para obtener réditos, el entorno corporativo es propenso al fraude.

La importancia del estudio de la propia corporación como un ente criminal en sí mismo o, al menos, como entorno criminógeno, radica también en la

relación de los sujetos que la integran y el delito de cuello blanco. Expresado de otro modo, ¿Si un individuo pertenece a una “corporación criminal” terminará por cometer delitos económicos? Sobre esta cuestión es relevante hacer mención a la “teoría de las manzanas podridas”. ASHFORTH ET AL. (2008) argumentan que es reconfortante para asumir que solamente una manzana podrida o facción renegada dentro de una organización es responsable del crimen, evitando, de este modo, un enfoque en la cultura corporativa o en el fallo de los sistemas de control de las mismas (e, incluso, en los propios sistemas económicos). Sin embargo, las propias organizaciones son importantes para la comprensión de la delincuencia económica, porque influyen en las acciones de sus miembros. En caso contrario, es posible que estemos, en realidad, ante “barriles podridos” en los que la atención se desviaría a todos los componentes de la corporación participantes en el delito de cuello blanco. Por lo tanto, ambos puntos de vista, micro y macro, son importantes para entender el crimen de cuello blanco. Ello no significa necesariamente que se apoye la tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas, sino que se ahonde en el control de las prácticas empresariales con la intención de crear corporaciones que carezcan de los factores de riesgo pro-delincuencia antes reseñados. Las consecuencias de la inobservancia de esta clase de protocolos de protección pueden provenir de jurisdicciones diferentes a la pena (jurisdicción administrativo-sancionadora).

Con la intención de corroborar esta teoría, GOTTSCHALK (2012: 587) realizó un estudio en el que se concluía que había muchas más personas identificadas como miembros de barril podridos (164 personas) que las manzanas podridas (91 personas), lo que indica la percepción de una organización criminal y no sólo una persona criminal. Según el criminólogo noruego, este hallazgo refuerza la importancia de la teoría del aprendizaje social, que propone que los individuos serán más propensos a cometer el crimen si se encuentran en un ambiente de aprendizaje delictivo.

Advierten, en este sentido, GARRIDO, STANGELAND Y REDONDO (2006: 675) y SERRANO TÁRRAGA (2014: 403) que el problema se presenta cuando se legitima, se acepta el delito de cuello blanco organizacional, que se lleva a cabo porque las personas que dirigen las empresas y el mundo de los negocios aparecen ante la opinión pública como personas respetables, y en otros casos, es la propia sociedad la que los legitima como “cuestiones propias de los negocios”.

Volviendo a los estudios relacionados con las características personales y psicológicas de los delincuentes económicos y de cuello blanco, también se han realizado investigaciones atinentes a las denominadas tipologías de

personalidad propias de la psicología analítica. Así, por ejemplo, los resultados de la investigación de ALALEHTO (2003: 335-355) indicaron que las actividades delictivas económicas eran más probable que ocurra entre los tres tipos de personalidad: el extrovertido positivo, el desagradable, y el neurótico. Por otra parte, dos características de personalidad se asociaron con el comportamiento legal: el presumido y el agradable. Lo verdaderamente importante del estudio citado es que, en contra de un amplio sector de la doctrina criminológica, el autor concluye que la personalidad de hecho afecta la delincuencia económica y que tiene importantes implicaciones para las posibilidades de tratamiento.

Sin embargo, múltiples investigaciones de corte empírico han puesto en entredicho muchas de las asunciones anteriormente expuestas. En un ejercicio de síntesis y revisión bibliográfica de estas investigaciones, SERRANO MAÍLLO (2004: 266) expone algunos de los hallazgos empíricos más importantes que contradicen algunos de los aspectos personales asociados al delincuente de cuello blanco: “los delitos de cuello blanco son poco sofisticados; sus autores proceden mucho más de las clases medias que de las altas; sus autores son mayoritariamente hombres; no tienden a especializarse, sino que muchos son versátiles y cuentan con antecedentes penales; su formación es superior a la de los delincuentes comunes pero en absoluto es sobresaliente; como tampoco tienden a serlo sus carreras profesionales; no parecen estar extraordinariamente integrados en la vida de sus comunidades”.

No obstante, este tipo de conceptos también adolecen de algunas remarcables desventajas: falta de precisión de algunos términos usados para delimitar el medio de comisión delictivo (medios “no violentos”, “engaño”, etc.); mayor parcialidad en la investigación de los delitos de cuello blanco, puesto que se centran en datos de criminalidad oficial que han llegado hasta el proceso penal.

Precisamente, en nuestro país se observa elocuentemente las carencias de este modelo comprensivo de la delincuencia de cuello blanco que prescinde de las especialidades del autor. Un término comúnmente utilizado en España, el de delincuente de guante blanco, evidencia las carencias de una definición atinente exclusivamente al modus operandi y no al estatus socioeconómico del criminal. En efecto, aunque algunas traducciones malinterpretan el castizo término de “ladrón de guante blanco” -de hecho, el uso del propio vocablo “ladrón” en esta expresión puede ser incorrecto- y lo equiparan al concepto de delincuente de cuello blanco, entendemos que tal semejanza

encierra un engaño terminológico y semántico. Aunque puede ser cierto que la expresión se acuña pensando en los guantes impolutos que portaban las personas de alta cuna decimonónica, lo cierto es que hace referencia a una expresión coloquial sobre aquellos delitos que se cometen sin mancharse las manos. Se trata de delitos que, independientemente de quien los cometa, se realizan sin violencia ni intimidación. La categoría, sin embargo, es bastante amplia, puesto que pueden incluirse en ella delitos de mero apoderamiento, sustracción o engaño que se dan sin que medie conducta agresiva o amenazante (hurtos, estafas, fraudes, apropiación indebida) y algunas tipologías que hacen uso del concepto amplio –al menos en Derecho penal español- de fuerza en las cosas (robos con “llaves falsas” conforme a la definición que encontramos en el art. 239 CP). El delincuente de guante blanco utiliza métodos sofisticados o hace gala de una especial habilidad para el subterfugio a la hora de cometer los ilícitos, pero no necesariamente mantiene un estatus social elevado, ni su actividad delictiva depende del campo profesional al que pertenece. De este modo, el concepto hace referencia exclusivamente al *modus operandi* para la comisión del delito y no al estatus socioeconómico del delincuente. Muchos de los delitos denominados de “guante blanco” pertenecen en puridad a los delitos patrimoniales y no a los que atentan contra el orden socioeconómico.

Ciertamente, caben muchos solapamientos y “zonas grises” entre los delitos de cuello blanco y los de guante blanco. Más aún, todos los delitos de cuello blanco son cometidos, en efecto, mediante medios similares a los de “guante blanco”, pero esta situación no se da a la inversa. Un delincuente de guante blanco no tiene porqué cometer delitos que se encuentran basados en el abuso o quiebra de la confianza ni afectar al orden económico ni aprovechar plataformas empresariales que le confieran privilegios (piénsese en un hábil carterista). Una corporación difícilmente podrá cometer algunos delitos patrimoniales de “guante blanco”. Si unificáramos ambas definiciones, tendríamos que incluir dentro del objeto de estudio de la criminalidad de cuello blanco a gran parte de la delincuencia patrimonial común.

De hecho, tener en cuenta solamente el delito y su *modus operandi*, despersonalizando la investigación de los delitos de cuello blanco, supone observar el fenómeno delictivo desde una perspectiva exclusivamente penal. Atender en solitario a la fenomenología de la criminalidad económica supone realizar una observación completamente sesgada que, de hecho, arrincona la investigación criminológica que tradicionalmente ha incluido al delincuente como principal objeto de estudio. En nuestra opinión, es posible suponer que esta clase de definiciones hayan tenido un mayor éxito en el ámbito europeo continental, donde la Criminología parece haber estado siempre a la sombra

de las ciencias exclusivamente (si es que es posible que exista una ciencia “exclusiva” que prescindiera de las demás) jurídicas como el Derecho penal. El estudio de las tipologías delictivas pertenecientes a la delincuencia económica y de cuello blanco es más acotado y añade más seguridad al investigador. Sin embargo, se queda corto frente a las ambiciones y objeto de estudio de la Criminología.

Algunos autores, con acertado criterio en nuestra opinión, han expuesto que ambas concepciones no son contradictorias y cabe una tesis ecléctica, pues enfatizan aspectos diferentes de los delitos de cuello blanco (MORÓN LERMA, 2014: 39).

#### **IV. Breve síntesis de las teorías criminológicas explicativas del delito de cuello blanco: de una visión antropocéntrica a un enfoque social o colectivo**

Como acertadamente ha expresado MORÓN LERMA (2014: 43), actualmente no existe consenso firme sobre cuál podría ser la mejor explicación al origen de la delincuencia económica y de cuello blanco. No obstante, desde la Criminología clásica y contemporánea se han propuesto interesantes teorías al respecto.

##### *a) Teorías positivistas o biologicistas*

Ciertamente, la mayor parte de las teorías explicativas del delito anteriores a la obra de SUTHERLAND se centraron exclusivamente en la delincuencia común a la que, como ya hemos expuesto se la tenía por un sector de la población con anomalías de carácter patológico. No obstante, destaca GEIS (2006) que el propio Lombroso no era ajeno a la delincuencia de las clases sociales altas, “pues afirmó, por ejemplo, que «el hombre de estado que desea prevenir el delito debe... protegerse de los efectos peligrosos de la riqueza en la misma medida que de los de la pobreza»” (LOMBROSO, 1918: xxxv). Además de ello, contrariamente a lo que se suele pensar sobre las teorías lombrosianas y, en general, sobre el positivismo italiano, LOMBROSO no desdeñó por completo los factores sociológicos que pudieran explicar la génesis delictiva (SERRANO MAÍLLO, 2009: 110 y ss.). Ciertamente, el médico italiano formuló su tesis biológica alrededor de la figura del delincuente nato, pero no era la única tipología que admitía el maestro italiano. LOMBROSO, señala acertadamente GEIS, también escribió sobre quienes denominó «delincuentes latentes»: “Todavía menos diferentes que los delincuentes natos son los delincuentes latentes, de gran poder, a quienes la sociedad venera como jefes. Cuentan con marcas de

delincuencia congénita, pero su elevada posición suele impedir el reconocimiento de su carácter de delincuentes. Sus familias, de las que son el azote, pueden descubrirlo; o bien su naturaleza depravada puede revelarse demasiado tarde, a expensas de todo el país, al frente del cual les ha situado su propia falta de vergüenza, secundada por la ignorancia y cobardía de la mayoría” (LOMBROSO: 374 y 375).

Como puede observarse, LOMBROSO ya hablaba de la tipología de los delincuentes económicos y de cuello blanco, atribuyéndoles, eso sí, algunos caracteres atávicos y hereditarios, de corte patológico, pero enmarcándolos en un contexto sociológico de elevada posición socioeconómica, respetabilidad y liderazgo. Asimismo, habla de la dificultad para etiquetarlos como delincuentes precisamente debido a su elevado estatus social y de la habitual impunidad de sus crímenes por la tardía reacción social para su denuncia.

#### *b) Teoría de la asociación diferencial*

Ya hemos hecho referencia con anterioridad a la tesis de la asociación diferencial de SUTHERLAND que, según el sociólogo estadounidense, podría explicar tanto la delincuencia común como la delincuencia de cuello blanco. Para SUTHERLAND las causas de la criminalidad no se encuentran en las características biológicas o psicológicas de los delincuentes, siendo éstas personas completamente “normales”, al menos desde el punto de vista biológico. Las causas del delito serán, por tanto, de índole social.

En su afán de dar una explicación a la etiología del delito de "cuello blanco", SUTHERLAND combinó su investigación sobre la criminalidad económica con su tesis general sobre la génesis de la delincuencia: la asociación diferencial. Como es bien sabido, conforme a esta conceptualización, la conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definen desfavorablemente. Según el autor, esta hipótesis puede comprobarse adecuadamente sólo por estudios de investigación organizados específicamente para este objetivo y por contacto directo con las carreras de los hombres de negocios (SUTHERLAND, 1999: 277).

Se ha resaltado que el concepto de delincuencia de cuello blanco es inseparable de su teoría del aprendizaje social, puesto que una teoría que prescindiera de esta fenomenología criminal estaría completamente sesgada (ÁLVAREZ URÍA: 16, TÉLLEZ AGUILERA, 2009: 417). La teoría del aprendizaje social, siguiendo Sutherland, puede explicar tanto el delito común como el de cuello blanco, siendo más completa que las teorías sobre la etiología criminal hasta ese momento enunciada.

El discurso de SUTHERLAND se centraba, en parte, en una doble denuncia: por un lado, al propio estado de la cuestión en materia criminológica, aduciendo que las teorías sobre la conducta criminal que imperaban en la época, de corte positivista, no podían explicar satisfactoriamente el comportamiento delictivo; y, por otra parte, a las propias instancias de control formal que habían orillado la presencia de los delitos económicos de los poderosos, centrándose solamente en la delincuencia callejera o común. La propuesta de Sutherland para explicar la delincuencia pretendía abarcar tanto a los primeros como a los segundos. Era una explicación general, una teoría total del comportamiento delictivo: la asociación diferencial.

La teoría de la asociación diferencial se construye sobre una serie de nueve proposiciones que sugieren que la conducta delictiva se aprende de asociaciones con personas que transmiten actitudes favorables hacia la infracción de la ley, y que cuando estas actitudes son más fuertes que las que empujan a una conducta legítima, se cometen delitos. El delito, desde la óptica de la asociación diferencial, es una conducta que se aprende básicamente mediante procesos de interacción y comunicación con otras personas que aportan al sujeto un exceso de definiciones favorables a la infracción de la ley frente a definiciones desfavorables a la infracción (SERRANO MAÍLLO, 2009: 133).

Una cuestión importante, que también hemos adelantado es la cuestión de las “corporaciones criminales”. El estudio de SUTHERLAND sobre los delitos de cuello blanco se extendía también a las propias empresas. Es decir, la obra del sociólogo norteamericano se extendía de una visión puramente antropomórfica a las personas jurídicas, entroncando actualmente con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las mismas en las modernas legislaciones penales europeas y anglosajonas.

Como indica GEIS (2006), “para los criminólogos, una cuestión particularmente relevante es la de si las teorías causales pueden aplicarse razonablemente a los delitos corporativos”. La cuestión, en efecto, no ha estado exenta de polémica. Además de críticas recibidas por TAPPAN al propio concepto y alcance de “delito de cuello blanco”, así como la negativa de GOTTFREDSON Y HIRSCHI a considerar a los delincuentes económicos una categoría especial, el origen sobre la delincuencia de las corporaciones también fue objeto de una intensa “lucha doctrinal”. Así, el propio discípulo de SUTHERLAND, CRESSEY (1988: 31-55), criticó duramente a su propio mentor por adoptar un enfoque antropomórfico respecto a las entidades inanimadas, insistiendo en la necesidad de analizar



la conducta de los actores individuales de una organización y no de la organización en sí. Por el contrario, BRAITHWAITE Y FISSE (1990) consideraban que una sociedad es más que la suma de las personas que la constituyen y que sus acciones representan con frecuencia una amalgama de las aportaciones de numerosas personas, por lo que sería posible formular teorías criminológicas sobre las características de la propia corporación. Desde luego, como ha expuesto SERRANO MAÍLLO (2009: 134), la intención de SUTHERLAND es que su teoría de la asociación diferencial explicase no sólo el comportamiento de los individuos sino también las tasas de delincuencia que existen a nivel macrosociológico (organizaciones, países, etc.). A esta extensión la denominó organización social diferencial (SUTHERLAND, 1947: 8-9), si bien el mecanismo de aprendizaje del delito no era exactamente el mismo que el explicado para el nivel individual ni la tesis fue desarrollada por el autor de manera sistemática, apareciendo en la madurez de sus Principios de Criminología (la cuarta y última edición de la obra). Quizás, en la actualidad, debemos reformular este macro-concepto de la tesis de la organización social diferencial y aplicarlo al ámbito de los delitos económicos cometido por las personas jurídicas con el denominativo organización corporativa diferencial, haciendo alusión a las definiciones favorables al delito que tienen su raíz en los mimbres institucionales y las decisiones de las Juntas de Dirección en la estructura interna y nuclear de una empresa.

De hecho, como ha indicado MORÓN LERMA (2014: 44), para SUTHERLAND las actitudes y valores culturales que definen las prácticas comerciales ilícitas en términos positivos son habituales en el mundo empresarial. El proceso de asociación diferencial en los delitos económicos es bastante sencillo: los recién llegados a una corporación o empresa son aleccionados para que acepten las orientaciones proclives al delito. Se enseña y se aprende a cometer esta clase de infracciones, aceptando como beneficioso el resultado de las mismas -habitualmente en términos económicos- e incluso racionalizando y justificando tales comportamientos como prácticas empresariales necesarias. Como indican BENSON Y SIMPSON (2009: 55) se conforma, de este modo, una cultura empresarial favorable a los delitos de cuello blanco que se hereda de una generación de directivos a otra. Finalmente, el éxito empresarial que deviene de esta clase de comportamientos favorables al delito, inhibe las definiciones desfavorables al delito. Si a esto añadimos, además, que los propios delincuentes de cuello blanco (y, en ocasiones, la opinión pública en general) no se ven a sí mismos como vulgares criminales, rara vez se enfrentaran con consecuencias desfavorables al delito.

Por otra parte, la filosofía que inspira determinados sistemas económicos de corte neoliberal capitalista podrían poner frenos a las valoraciones negativas al delito de cuello blanco, presionando a las autoridades públicas para que no legislen sobre tal materia amparados en las leyes del mercado y la libre competencia (liberalismo frente a intervencionismo en la economía).

*c) Teoría de la anomia*

La anomia o falta de regulación en sociedad, como teoría criminológica fue enunciada por MERTON en 1938, basándose en los presupuestos sociológicos de la obra de DURKHEIM sobre el suicidio, y hacía referencia a un rasgo concreto de la sociedad americana: el deseo de éxito material y de logros individuales a cualquier precio.

La teoría de la anomia, como explica MORÓN LERMA (2014: 46), ha sido proyectada al ámbito económico por los investigadores criminólogos para explicar el delito de cuello blanco. La autora cita los fundamentales trabajos de PASSAS (1990) y GROSS (1978). El primero de ellos defiende que las sociedades capitalistas promueven la desviación y el abuso empresarial bajo el prisma de la priorización del éxito material. El segundo se centra en la cultura y estructura empresariales, advirtiendo que todas las corporaciones son por definición entornos criminógenos, puesto que buscan siempre el beneficio y la máxima efectividad a cualquier coste. En definitiva, ambas teorías sostienen que este entorno cultural empuja a los directivos de las empresas a utilizar si es necesario métodos ilegales para obtener posiciones prioritarias en el mercado.

En una línea similar, también se han propuesto enfoques que indican que determinadas culturas y sistemas económicos favorecen la comisión de hechos delictivos. Tal es la explicación que barajan MESSNER Y ROSENFELD (2001), siguiendo la obra de MERTON, cuando aseguran que la cultura norteamericana favorece el delito (SERRANO MAÍLLO, 2009: 359 y ss.).

Para SUTHERLAND, la tesis de la desorganización social es una explicación hipotética del delito desde el punto de vista de la sociedad y ambas hipótesis son complementarias y una es la contrapartida de la otra. Ambas se aplican al delito común, así como a los delitos de "cuello blanco" (SUTHERLAND, 1999: 295). Así, la forma de anomia de la desorganización social en el caso de los delitos de cuello blanco está relacionada con el cambio del anterior sistema de libre competencia y libre empresa, al sistema en desarrollo del colectivismo privado. Por otra parte, la Administración

pública, a su vez, tiene escasa fuerza para detener esta clase de conductas, a menos que esté apoyada por un público que tenga la intención de que la ley se cumpla. Los delitos de "cuello blanco" continúan debido a esta falta de organización por parte del público.

*d) Teoría del control*

La teoría general del control parte de un presupuesto bastante asumible: el crimen es un hecho normal y natural en los seres humanos. Desde esta perspectiva, el interrogante principal de la Criminología se invierte: si la desviación es algo natural ¿Por qué determinadas personas no delinquen? Ahí es donde se introduce el elemento básico de las teorías del control: existen mecanismos o factores sociales externos (control informal), incluso institucionales (control formal), o predisposiciones internas en los sujetos (autocontrol) que controlan el surgimiento natural de los impulsos delictivos.

En la investigación de MORÓN LERMA (2014: 47) se exponen algunas de los principales estudios que ha realizado la Criminología sobre las teorías del control aplicadas a la delincuencia económica. Así, por ejemplo, la investigación de LASLEY mostró un fuerte apoyo a la teoría del control en la delincuencia de cuello blanco, demostrando que los ejecutivos en los que se verificaba la existencia de fuertes vínculos con las empresas para las que trabajaban, su compromiso con las líneas de acción corporativas, su fuerte implicación con las actividades de la empresa y, por último, la creencia en las reglas de la empresa, eran menos propensos a la comisión de delitos económicos. En definitiva, aquellos que recibían un fuerte control informal de las reglas empresariales tendían a cometer menos delitos en su seno.

La teoría del autocontrol, por otra parte, reformuló esta primaria concepción indicando que la combinación de un bajo autocontrol del sujeto y unas altas oportunidades para delinquir propiciaban el hecho delictivo. Partiendo de esta teoría, se afirmaba que el delito económico es mucho menos frecuente que la delincuencia común debido a que las personas con un escaso autocontrol habitualmente no tienen éxito en los puestos de trabajo relacionados con la dirección de las empresas (MORÓN LERMA, 2014: 47).

No obstante, GEIS (2006) advierte que las afirmaciones de la teoría del autocontrol respecto al delito de cuello blanco fueron repudiadas en tres artículos principales (BENSON Y MOORE, 1992; REED Y YEAGER, 1996; STEFFENSMEIER, 1989), que demostraron que si sus proponentes hubieran empleado los criterios enunciados por SUTHERLAND para indicar cuándo estábamos ante delincuentes de cuello blanco, su conclusión hubiera sido bien diferente. Según expone SERRANO MAÍLLO (2009: 411), los críticos afirman que no está claro que los delincuentes de cuello blanco

respondan a las características que sugiere el concepto de autocontrol bajo – inconstancia, falta de planificación, comportamiento físico más que verbal, etc.-.

*e) Teoría de la elección racional*

La valoración de los costes y beneficios de una elección es la base de esta teoría. Si los beneficios del comportamiento delictivo son sustanciosos y los costes bajos, el individuo tenderá a arriesgarse a realizar conductas criminosas. Como si de un balance se tratara, el delincuente económico tenderá a realizar una valoración de los posibles riesgos (sanciones formales e informales, pérdida de prestigio, gastos derivados del cumplimiento de las normas, etc.) y de los beneficios de la conducta criminal (ingresos altos, mayor posicionamiento en el mercado, consecución de objetivos empresariales, etc.) y, con base en el mismo, decidirá si llevar a cabo el delito o no (MORÓN LERMA, 2014: 48).

*d) Teoría de la oportunidad*

Además de realizar una elección racional el delincuente –también el económico- tienen que tener una adecuada oportunidad para cometer el hecho delictivo. Esto supone, conforme a la formulación clásica de COHEN Y FELSON, la presencia de un ofensor con inclinaciones criminales, la presencia de un objeto o persona apropiado para convertirse en víctima y la ausencia de guardianes capaces de prevenir las infracciones. Estos tres ingredientes pueden estar presentes en la delincuencia económica, en la que se asume la utilización de posiciones privilegiadas en puestos de poder para la comisión del hecho delictivo y la ausencia de medidas de control dentro de las propias organizaciones empresariales para detectar o frenar el comportamiento delictivo.

Sobre esta cuestión, FELSON Y CLARKE (1998) ha expuesto que “la relevancia de la oportunidad para las defraudaciones y los delitos de cuello blanco está empezándose a estudiar. Formas impositivas que sean fáciles de cumplir evitan la necesidad de amenazar a la gente con una pena. Los investigadores han demostrado que simplificar el pago en efectivo de cheques facilita las estafas. En Suecia se ha descubierto que la oportunidad de defraudar al Estado cuando se solicitan subsidios para vivienda se puede reducir conectando diferentes ordenadores con información sobre los ingresos declarados por la gente”.

Más aún, SUTHERLAND (1999:64) llegaba a denunciar la “parcialidad en la administración de la justicia penal en las leyes que se aplican

exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden sólo a la clase socioeconómica alta”. Por tanto, el delincuente de cuello blanco engrosaba de modo sustancial la denominada cifra negra de las estadísticas criminales de la época, puesto que contaba con: 1. Mayores oportunidades de comisión de hechos delictivos en un marco económico al que no podían acceder las clases más bajas y del que, por tanto, no existía demasiado conocimiento; 2. Tenía más armas para hacer frente a la persecución de la Administración de Justicia; 3. Era tratado de modo menos severo por la misma, tanto desde el punto de vista procesal (detención, enjuiciamiento) como desde la perspectiva legislativa (normas favorables, no tipificación de determinadas conductas) comparativamente con la delincuencia común o callejera.

*f) Teorías críticas o radicales*

Una de las principales tesis de la Criminología crítica radical es la del etiquetamiento o *labelling approach*. Esta teoría funda sus postulados en la atribución de roles a una persona a través de un proceso dinámico de interacción entablado entre el individuo y la sociedad, la auto-imagen estaría determinada por la visión que tiene de sí mismo el individuo según lo que los demás esperan de él.

Según CORIGLIANO (2006: 7 y 8) se elevaron bastantes críticas a esta teoría cuando intenta explicar la delincuencia de cuello blanco, pues se supone que este tipo de delito no produce proceso de atribución o estigmatización alguno. Algunos autores, por tanto, sugieren que la teoría del *labelling approach* sólo está capacitada para explicar la delincuencia tradicional (BAJO FERNÁNDEZ, 2001). Dedicada a la delincuencia económica, prosigue el autor citado, no explica tanto su existencia como su cifra negra, se olvida que al lado de ésta hay una cifra real de delincuencia económica que es perseguida y castigada y cuya existencia precisa de una explicación.

Así, ha explicado BOMBINI (2009: 12), estos enfoques críticos suponen que un proceso de atribución exitoso de un rol desviado a una persona, generándose una autoimagen correspondiente con la asignada socialmente, verifican en estos casos la inexistencia de visibilidad o rechazo social de tales conductas, por tanto, la falta de identificación de tales actos como criminales y de estigmatización de sus actores.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ (2015: 46) explica el sentido de denuncia de la enunciación de esta teoría criminológica en su explicación sobre la delincuencia de cuello blanco: “La criminología crítica, al utilizar el método de análisis de las teorías del etiquetamiento y de las subculturas a las

poblaciones carcelarias, puso de relieve el carácter desigual del derecho penal. Esto es, no todos los sujetos tienen la misma probabilidad de ser objeto de definición penal. (...) Desde estos postulados se puede entender mejor por qué los comportamientos criminales cometidos por los poderosos no son considerados “delitos”, o no tienen el estigma o la carga social negativa que poseen los comportamientos propios de la delincuencia callejera. O, dicho de otro modo, suele considerarse “delito” y “criminal”, con la carga negativa que ello conlleva, los comportamientos realizados por los sectores marginales, porque el poder de definición lo ostentan en la sociedad los poderosos. Son éstos quienes a través de los medios de comunicación, de las estructuras sociales, tienen la capacidad de configurar los mapas mentales de la mayoría de las personas y, por supuesto, pueden lograr criminalizar o descriminalizar determinadas conductas en el Parlamento”. En definitiva, concluye ZAFFARONI (2000: 9), los delitos de cuello blanco, típicamente sofisticados y realizados con poder al menos económico tenderán a no ser perseguidos.

### **Referencias bibliográficas**

- ALALEHTO, T.: “Economic crime: does personality matter?”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, núm. 47(3), 2003.
- ALALEHTO, T.: “White Collar Criminals: The State of Knowledge”, en *The Open Criminology Journal*, núm. 8, 2015.
- ÁLVAREZ URÍA, F.: “El delito de cuello blanco”, en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Nº 1, 2000.
- ANZIT GUERRERO, R.: “Los delitos de “cuello blanco” y los delitos de “cuello azul””, en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Nº. 1 (agosto-diciembre), 2008.
- BABIAK, P., NEUMANN, C.S., & HARE, R.D.: “Corporate psychopathy: Talking the walk”, en *Behavioral sciences & the law*, Nº. 28(2), 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. Y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*. 3ª Ed., Ramon Areces S.A., Madrid, 2007.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: "La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal" en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 5, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico*. Civitas, Madrid, 1978.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho Penal Económico. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, España, 2001.
- BARROSO GONZÁLEZ, J.R.: “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, en *Ius*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año IX, núm. 35, Enero-Junio de 2015.
- BENSON, M.L. Y MOORE, E.: “Are White-Collar and Common Offenders the Same?: An Empirical and Theoretical Critique of a Recently Proposed General Theory of Crime”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, núm. 29, 1992.
- BENSON, M.L. Y SIMPSON, S.S.: *White-Collar Crime, an opportunity perspective*. Roudledge, New York, 2009.
- BENSON, M.L.: *Crime and the life course : an introduction*. Roxbury, Los Ángeles, 2002
- BOMBINI, G.: “La criminalidad económica como problema criminológico y político criminal”, en *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico*, 2009.
- BRAITHWAITE, J. & FISSE, B.: “On the Plausibility of Corporate Crime Control”, en *Advances in Criminological Theory*, N.º 2, 1990.
- BRAITHWAITE, J. Y BRENT F.: “On the Plausibility of Corporate Crime Control”, en *Advances in Criminological Theory*, 2, 1990.
- BROOKS, N. Y FRITZON, K.: “Psychopathic personality characteristics amongst high functioning populations”, en *Crime Psychology Review*, N.º. 2 (1), 2016.
- BROOKS, N., FRITZON, K, BAILEY, C, Y CROOM, S.: “Problem personalities in the workplace: Development of the corporate personality inventory”, en *Granhag, P.A. (Dir.): Psychology and Law in Europe: When West Meets East*. Ed. by Ray Bull, et al., CRC Press LLC, 2016.
- BUCY, P.H., FORMBY, E.P., RASPANTI, S. Y ROONEY, K.E.: “Why Do They Do It?: The Motives, Mores, and Character of White Collar Criminals”, en *St. John's Law Review*, Vol. 82: Issue 2, Article 1, 2012.
- CÁMARA ARROYO, S.: “¿Nobles delincuentes o delincuentes nobles? el *kavaliersdelikt* y criminalidad de cuello blanco”, en *Derecho y Cambio Social*, N.º. 49, 2017.
- CLINARD, M. Y QUINNEY, R. *Criminal behaviour systems: a tipology*. Holt, Rinehart and Winston, New York, 1967.

- COLEMAN, J.: *The Criminal Elite: The sociology of White Collar Crime*. St. Martin's Press, 1989.
- CORIGLIANO, M.E.: "Principios de Criminología", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Agosto-Diciembre, 2006.
- CRESSEY, D.: "The Poverty of Theory in Corporate Crime Research", en *Advances in Criminological Theory*, 1, 1988.
- DELMAS-MARTY, M. ET AL.: *Criminalité des affaires et Marché Commun*. Editorial Económica, Paris, 1982.
- DODGE, M.: *Women and White Collar Crime*. Prentice Hall, 2009.
- EDELHERTZ, H.: *The nature, impact, and prosecution of white-collar crime*. National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970.
- FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. Presupuestos de su Criminalización en España*. Tesis Doctoral, La Coruña, 1995.
- FELSON, M. Y CLARKE, R.V.: "Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention", en *Police Research Series, Paper 98*, 1998.
- FRIEDRICHS, D.O.: *Trusted Criminals. White Collar Crime in contemporary society*. 4ª Ed. Wadsworth, Belmont, 2010.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Problemas actuales de la Criminología*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- GARRIDO GENOVÉS, V.: *El psicópata: Un camaleón en la sociedad actual*. Algar, Valencia, 2000.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P., Y REDONDO, S.: *Principios de Criminología*. 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GEIS, G.: "El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico", en VV.AA.: *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios homenaje al Prof. Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 2006.
- GEIS, G.: *White-Collar and Corporate Crime: A Documentary and Reference Guide*. Greenwood, Santa Barbara-Oxford, 2011.
- GLENN, A.L., KURZBAN, R., & RAINE, A.: "Evolutionary theory and psychopathy", en *Aggression and Violent Behavior*, N.º. 16(5), 2011.



- GÓMEZ VOZMEDIANO, F.M.: “Caballeros delincuentes en la España barroca”, en [www.iict.pt/pequenobreza/arquivo/Doc/t7s4-01.pdf](http://www.iict.pt/pequenobreza/arquivo/Doc/t7s4-01.pdf)
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P.: “Los delitos de cuello blanco”, en CONT4BL3, 2011.
- GOTTFREDSON, M.R., & HIRSCHI, T.: A general theory of crime. Stanford University Press, 1990.
- GOTTSCHALK, P., & GLASØ, L.: “Gender in white-collar crime: an empirical study of pink-collar criminals”, en International Letters of Social and Humanistic Sciences, núm. 4, 2013.
- GOTTSCHALK, P.: “Empirical Differences in Crime Categories by White-Collar Criminals”, en International Letters of Social and Humanistic Sciences, núm. 5, 2013.
- GOTTSCHALK, P.: Fraud Examiners in White-Collar Crime Investigations. CRC Press, Boca Raton, 2015.
- GOTTSCHALK, P.: Policing White Collar Crime: characteristics of White-Collar criminals. CRC Press, Boca Raton, 2014.
- GRABOSKY, P.N., BRAITHWAITE, J.B. Y WILSON, P.R.: “The myth of community tolerance toward white-collar crime”, en Australia & New Zealand Journal of Criminology, N.º. 20 1987.
- GREEN, G.S.: Occupational crime. Nelson-Hall, 1990 (segunda edición de 1997).
- GROSS, E.: “Organizational Crime: A Theoretical Perspective”, en GROSS, LL. (Ed.): Symposium on Sociological Theory. Harper & Row, New York, 1978.
- HELFER, C.: “Das Kavalierdelikt”, en Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, núm. 50, 1967.
- HERRERO HERRERO, C.: “Delincuentes de cuello blanco. Presupuestos penitenciarios para su rehabilitación y reinserción”, en Revista de Documentación del Ministerio del Interior, núm. 8, 1995.
- HERRERO HERRERO, C.: Criminología (Parte General y Especial). 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2001.
- HERRERO HERRERO, C.: Criminología (Parte General y Especial). 3ª Ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- JIMÉNEZ CORTÉS, R.: “Estafas y estafadores”, en AVILÉS GÓMEZ, M. (Coord.): Delitos y delincuentes. Editorial Club Universitario, Alicante, 2010.

- JOSEPHSON, M.: The robber barons: the Great American capitalist 1861-1901. New York, 1934.
- KELLENS, G.: “Crime en col blanc et stigmatisation”, en *Revue de droit pénal et de criminologie*, núm. 3, diciembre de 1970.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. Y ORTOLÁ BOTELLA, M<sup>a</sup>.E.: *Criminología. Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- LEWIS, R.V.: *White Collar Crimes and Offenders. A 20 years longitudinal Cohort Study*. Writers Club Press, Lincoln, 2002.
- LOMBROSO, C.: *Crime: Its Causes and Remedies* (trad. H. P. Horton). Little, Brown, and Co., Boston, 1918.
- LUGO, D.: “Perfiles psicológicos del criminal de cuello blanco y delitos financieros”, en *U.S. Criminal Justice, Crime Prevention Program American Federation of Police U.S. InterAmerican Affairs*.
- MARS, G.: *Occupational crime*. Northwestern University, Ashgate, 2001
- MEDINA ARIZA, J.: *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*. Edisofer-BdF, Buenos Aires, Montevideo, Madrid, 2013.
- MERGEN, A.: *Tat und Täter. Das Verbrechen in der Gesellschaft*. Munchen, 1971.
- MESSNER, S.F. Y ROSENFELD, R.: *Crime and the american dream*. 3<sup>a</sup> Ed., Belmont, Wadsworth, 2001.
- MORÓN LERMA, E.: “El perfil criminológico del delincuente económico”, en GARCÍA ARÁN, M (Dir.): *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- NORMANDEU, A.: “Les Déviations en affaires et le crime en col blanc”, en SZABO, D. (ed.). *Déviance et criminalité*. Paris: Librairie Armand Colin, Collection u2, 1970.
- PASSAS, N.: “Anomie and corporative deviance”, en *Contemporary crises: law, crime and social policy*, Vol. 14, núm. 2, 1990.
- PEARCE: *Los crímenes de los poderosos: el marxismo, el delito y la desviación*. Siglo XXI, México, 1976.
- PERRI F.S. Y LICHTENWALD T.G.: “The arrogant chameleons: exposing fraud-detection homicide”, en *The Forensic Examiner*, N<sup>o</sup>. 17(1); 2008,

disponible online en: [www.all-about-psychology.com/support-files/exposing\\_fraud\\_detection\\_homicide.pdf](http://www.all-about-psychology.com/support-files/exposing_fraud_detection_homicide.pdf)

- PERRI, F.S. Y LICHTENWALD, T.G.: “A proposed addition to the FBI Criminal classification manual: Fraud detection homicide”, en *The Forensic Examiner*, N°. 16 (4), 2007.
- REED, G.E. Y YEAGER, P.C.: “Organizational Offending and Neoclassical Crimiinology: Challenging the Reach of a General Theory of Criminology”, en *Criminology*, núm. 34, 1996.
- REISS, A. Y BIDERMAN, A.: *Data Sources on White Collar, Lawbreaking*. National Institute of Justice, Washington D.C., 1980.
- RING, J.: “Skattefifflare och tjuvar” en Studie av sociala förhållanden och brottsbelastning hos två grupper av gärningsmän, 2003.
- ROBINSON, M. Y MURPHY, D.: *Greed is good. Maximitazion and elite deviance in America*. Rowman & Littlefield Publishers Inc., 2009.
- ROSS, E.A.: *In Sin and Society: An analysis of Latter-Day Iniquity*. Houghton Mifflin Company, Boston, 1907.
- SARMIENTO SOSA, C.J.: “La sanción de los ilícitos contra el patrimonio público como delitos de cuello blanco”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 45, 1992.
- SCHNEIDER, H.J.: *Wirtschaftskriminalität in kriminologischer und strafrechtlicher Sicht*. Juristenzeiun, 1972).
- SCHUR, E.M.: *Our criminal society. The social and legal sources of crime in America*. Prentice Hall, London, 1969.
- SEELIG, E.: *Tratado de Criminología*. IEP, Madrid, 1958.
- SERRANO MAÍLLO, A.: “El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 14, 2004.
- SERRANO MAÍLLO, A.: *Introducción a la Criminología*. 6ª Ed., Dyknson, Madrid, 2009.
- SERRANO TÁRRAGA, Mª D.: *El rol de la Criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea*. Dykinson, Madrid, 2014.
- SERVERA RODRÍGUEZ, J.M.: “La psicopatía ¿Patología o adaptación al medio?”, en *Criminología y Justicia*, N°. 3, 2012.

- SHOVER, N. Y CULLEN, F.T.: "Stuying and Teaching White-Collar Crime: Populist and Patrician Perspectives", en *Journal of Criminal Justice Education*, Vol. 19, Issue 2, 2008.
- SHOVER, N. Y HOCHSTETLER, A.: *Choosing White Collar Crime*. Cambridge University Press, 2006.
- SHOVER, N. Y WRIGHT, J.P.: *Crimes of privilege, readings in White-Collar Crime*. Oxford University Press, 2001.
- SHOVER, N.: "El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva", en VV.AA.: *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios homenaje al Prof. Serrano Gómez*. Dykinson, Madrid, 2006.
- STEFFENSMEIER, D. J., SCHWARTZ, J., & ROCHE, M.: "Gender and TwentyFirst-Century Corporate Crime: Female Involvement and the Gender Gap in Enron-Era Corporate Frauds", en *American Sociological Review*, 78(3), 2013.
- STEFFENSMEIER, D.J.: "On the Causes of White-Collar Crime: An Assessment of Hirsch and Gottfredson's Claims", en *Criminology*, núm. 27, 1989.
- SUTHERLAND, E.H.: "Crime and Business" en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 217: 1941.
- SUTHERLAND, E.H.: "Is White Collar Crime a Crime?" en *American Sociological Review*, núm. 10, 1945.
- SUTHERLAND, E.H.: "White Collar Criminality" en *American Sociological Review*, núm. 1-12, 1940.
- SUTHERLAND, E.H.: *El delito de cuello blanco*. Traducción del inglés de Rosa del Olmo. Edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría. Ed. La Picota, Madrid, 1999.
- SUTHERLAND, E.H.: *Principles of Criminology*. 4ª Ed., J.B. Lippincott, Chicago, 1947.
- TAPPAN, P.W.: "Who is the criminal?", en *American Sociological Review*, núm. 12.10, 1947.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Criminología*. Edisofer, Madrid, 2009.
- VILADÁS, J. "La delincuencia económica", en VV.AA.: *El pensamiento criminológico II (Estados y Control)*. Península, Barcelona, 1983.

- VON WOLFGANG L.: “Steuerflucht als Kavaliersdelikt”, en Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 4/2008.
- WEISBURD, D. y WARING, E.: White Collar crime and Criminal Careers. Crambridge University Press, 2001.
- WEISBURD, D., WHEELER, S. WARING, E. Y BODE, N.: Crimes of the Middle Class: White Collar Offenders in the Federal Courts. Yale University Press, New Haven, 1991.
- WHEELER, S., WEISBURD, D. Y BODE, N.: “Sentencing the White-Collar Offender: Rhetoric and Reality”, en American Sociological Review, núm. 50, 1987.
- WHEELER, S., WEISBURD, D., WARING, E., & BODE, N.: “White Collar Crimes and criminals”, en American Criminal Law Review, 25(3), 27, 1988.
- ZAFFARONI, E.R. ET AL.: Derecho penal. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco”, en IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año IX, núm. 35, 2015.

## Revisión teórica de herramientas metodológicas aplicadas en la investigación criminológica (\*)

### Theoretical review of methodological tools applied in criminological research

Rolando Granados Muñoz<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. Metodología. Selección teórica. Procedimiento. Desarrollo y discusión. – Conclusión. – Referencias.

**Resumen:** La investigación científica en México es un tema que genera preocupación por la carente atención sobre la misma, primordialmente en inversión, en el contexto de la Criminología no deja de ser la excepción, es escasa la producción de conocimiento en función de la investigación criminológica, existen herramientas metodológicas que se utilizan al investigar el objeto de estudio, pero no hay claridad al designarlas como técnica o instrumento en la aplicación. Con el objetivo de conocer la aplicación de esas herramientas metodológicas en investigación criminológica, se hizo una revisión teórica a través de los libros para establecer y describir nueve de las herramientas. Para verificar la manera en que se emplean en la investigación se generó una búsqueda de estudios en las bases de datos de *Ebsco host*, *Gale OneFile*, *Scielo*, *Scopus* y *Researchgate*. Se obtuvieron 81 artículos a los que se les revisó el apartado de método para

---

(\*) Recibido: 05 octubre 2019 | Aceptado: 26 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Licenciado en Criminología con Maestría en Ciencias del Comportamiento. Profesor de criminología. México.  
[r.granadosmunoz@ugto.mx](mailto:r.granadosmunoz@ugto.mx)

saber el enfoque metodológico y el uso de la herramienta, siendo la mayoría de enfoque cuantitativo y encontrando además similitud entre las descripciones teóricas en el caso de la encuesta, entrevista semiestructurada, grupos focales, observación y estudio de caso como técnicas y la escala, el cuestionario, la guía de entrevista y el diario de campo como instrumento.

**Palabras clave:** herramientas metodológicas, técnica, instrumento, conducta antisocial, investigación criminológica.

**Abstract:** Mexican scientific research is a topic that generates concern about the lack of attention on it, primarily in investment, in the context of Criminology it is still the exception, knowledge production is scarce based on criminological research, there are methodological tools that they are used when investigating the object of study, but there is no clarity in designating them as a technique or instrument in their application. In order to know the application of methodological tools in criminological research, a theoretical review was made through books to establish and describe nine of the tools. To verify the way in which they are used in the research, a search for studies was generated in the databases of Ebsco host, Gale OneFile, Scielo, Scopus and Reseachgate. 81 articles were obtained to which the method section was reviewed to know the methodological approach and the use of the tool, being the majority of quantitative approach and also finding similarity between the theoretical descriptions in the case of the survey, semi-structured interview, focus groups, observation and case study as techniques and scale, the questionnaire, the interview guide and the field diary as an instrument.

**Keywords:** Methodological tools, technique, instrument, antisocial behavior, criminological research.

---

## Introducción

Ante los fenómenos humanos que se presentan en la actualidad, muchos con tendencias elevadas en relación al impacto que generan, se le ha dado poco valor al desarrollo de la investigación. Según datos de la OCDE (2015) México es de los países que menos inversión hace en investigación y desarrollo. Los estudios hacen pensar que la condición, progreso y avance de

la investigación es un tema frecuente y que ha preocupado e inquieta en el presente (López, 2017; Lloyd, 2018; Peña, 1995; Retana, 2009; Rivas, 2004). Se debe reflexionar acerca de las generalidades de investigación, las normas en que se presentan los trabajos e informes, así como la elaboración de proyectos y artículos como principal fundamento al investigar (Cifuentes y Pedraza, 2017). La educación en México debe promover el aprendizaje de los estudiantes a través de la investigación sin atenuarse aun cuando se enseña como una asignatura más de un programa de estudios, usualmente en séquito de una creencia y conexo a que el método científico es único, general y que cualquier persona tiene los conocimientos teórico-prácticos para su aplicación y eso sin mencionar las habilidades pedagógicas que refuerzan dichos aprendizajes. Esto no significa que la investigación debe ser una práctica exclusiva o que los profesores no tengan la capacidad de enseñanza, tampoco que la adaptación a una asignatura o materia de clase sea la problemática, el problema estriba en que realmente no hay calidad en la manera de investigar el objeto de estudio que trae implicaciones en el desarrollo de cada ciencia.

Sin pretensión de generalizar se hace evidente en el caso de la Criminología, es común que, en su carácter interdisciplinar, la relación que mantiene con otras ciencias sólo limita, reduce y confunde su ámbito de investigación. Ocasionando que las oportunidades de avanzar como ciencia y de comprender los fenómenos que a la misma competen sean una actividad difícil de alcanzar (Díaz, 2019; Hikal, 2011).

De acuerdo con Ibañez (2014) la investigación en Criminología es definida como:

El conjunto de conocimientos interdisciplinarios y acciones que integrados de forma sistemática pueden llevar al conocimiento de un fenómeno delictivo” (p. 127).

El mismo profesor divide la investigación en dos tipos, en primera instancia está la investigación criminal con bases fundamentadas en las ciencias exactas y naturales que buscan detectar e identificar de manera precisa a las personas delincuentes, es decir responde al quién, por otra parte, la investigación criminológica responde al cómo y porqué se cometen los delitos, indagando en la víctima, delincuente, delito y control social. Ambas teniendo como objeto de estudio el fenómeno criminal.

Desde este modelo teórico cada investigación se desarrolla mediante sus propias técnicas y procedimientos, asimilando que básicamente la investigación criminal y la criminalística concurren a la misma descripción, en donde los procedimientos técnicos los puede realizar un profesional



especialista en materia forense y no necesariamente un criminólogo. En el caso de la investigación criminológica las técnicas e instrumentos son variables y no se generan resultados exactos, siendo esencial la preparación como criminólogo para la comprensión del fenómeno. Es en la aplicación de estas herramientas metodológicas (técnicas e instrumentos) donde queda poco claro y se pone en duda el carácter científico de la Criminología.

Las herramientas metodológicas son el conjunto de técnicas e instrumentos que se utilizan en investigación con el fin de analizar el objeto de estudio. La selección y ejecución de herramientas dependerá del tipo de método que se adapte mejor al fenómeno que se desea abordar. Si no existe un método cada ciencia lo desarrolla de acuerdo a sus necesidades, es cambiante y hace apertura a la especialización, en Criminología existen diversos métodos y técnicas que sirven para realizar el proceso de investigación con orden (Hikal, 2011). Dando calidad a la información mediante un tratamiento sistemático, controlado, empírico, amoral, público y crítico, guiado por modelos teóricos e hipótesis sobre las presuntas relaciones entre fenómenos que debe poseer para adquirir el rigor científico (Kerlinger, 2004).

Para obtener información se requiere hacer uso de estas herramientas metodológicas, pero existe una diferencia entre lo que se denomina técnica e instrumento, la primera es un conjunto de actividades o un procedimiento peculiar que se valida a través de la práctica y es útil para la solución de problemas de conocimiento en el ámbito científico; puede ser clasificada según el proceso utilizado para recolectar información mediante la vista, experiencias, preguntas o la lectura. El instrumento es funcional a la técnica y se distingue por tres procesos que no siempre se llevan a cabo al mismo tiempo, estos son la captación, el registro y la medición (Hurtado, 2010; Rojas, 2011). En ocasiones se recurre a ellos sin conocer la función que tienen, si como técnica o como instrumento.

Los métodos útiles en investigación suelen tener enfoque cualitativo, cuantitativo y mixto (Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez, 2014) y algunas de las herramientas más comunes que se emplean son:

- Encuesta: Es una técnica para estudiar fenómenos de carácter social que busca abundar en sus componentes no de manera directa, sino a través de la experiencia de las personas (Herrero, 2007; Hurtado, 2010, Ibañez, 2014).
- Escala: Es un conjunto de elementos agrupados que tiende a la clasificación, posiciona a la persona (s) en un continuo gradual mostrando indicadores de un concepto más general (Corbetta, 2007; Ibañez, 2014; Salinas y Cárdenas, 2009).

- Entrevista (semiestructurada): Técnica de interacción personal que permite la libertad de alterar el orden, la forma de preguntar y el número de preguntas. Se dispone de una guía que puede modificarse de acuerdo a los intereses del investigador sin alterar el objetivo (Buendía, 1998; Hurtado, 2010). Se apoya de la grabación mayormente de voz para el posterior análisis y con el consentimiento de los entrevistados.
- Guía de entrevista: Es el concentrado de objetivos plasmados a manera de preguntas y temas a tratar en la sesión que tiene como finalidad no dar la impresión de improvisación (Buendía, 1998; Salinas y Cárdenas, 2009).
- Cuestionario: Es un instrumento de recolección de datos y suele combinarse con la técnica de encuesta (Hurtado, 2010), las preguntas generalmente son abiertas, puede aplicarse sin la presencia del investigador y posee una estructura que no permite indagar en las respuestas. Existe confusión en la denominación, es común que a la escala tienda a llamársele cuestionario.
- Grupos focales: Es una técnica también conocida como *focus group* donde un grupo reducido de personas interactúan, discuten y elaboran acuerdos mediante la dirección de un moderador, los elementos incluidos y excluidos del discurso se explican de manera recíproca (Buendía, 1998; Ibañez, 2014; Salinas y Cárdenas, 2009).
- Observación: Es un proceso deliberado y sistemático de sensopercepción que se orienta a captar la realidad que queremos estudiar en determinación de la problemática, el investigador es contemporáneo y tiene acceso directo con el fenómeno atestiguando las manifestaciones pasando desapercibido (Del Cid, Méndez y Sandoval, 2011; Hurtado, 2010; Ibañez, 2014; Salinas y Cárdenas, 2009). En los estudios realizados se complementa con las notas de campo o con la lista de cotejo (Concha, Orosco, Pomasunco y García, 2011).
- Diario de campo: Es un registro de aspectos observados en la realidad y que se relacionan con el objeto de estudio, las notas se realizan ya sea de forma digital o en papel (Ibañez, 2014).
- Estudio de caso: Es una selección de sujetos u objetos para ser estudiados prestando especial atención a cuestiones específicas que pueden conocerse a través de éstos (Buendía, 1998).

En el ámbito criminológico es imperante la aplicación de las herramientas metodológicas para poder comprender el objeto de estudio, si la investigación científica en México tiene poca atención, la situación en la Criminología es crítica, los problemas de criminalidad son preocupantes, mayúsculos y se presume de acciones preventivas, cuando metodológicamente no basta para dar explicación del impacto que se genera al fenómeno criminal mediante resultados que tengan evidencia científica.

El objeto de estudio de la criminología es difuso, en ocasiones limitado por la influencia de otras ciencias, sin embargo, debe ser conceptualizado como un hecho antisocial entendido en términos científicos o epistemológicos y no jurídicos, como una acción humana que causa daño (Díaz, 2018).

Considerando el establecimiento de la conducta antisocial como el objeto de estudio en Criminología, se planteó realizar una revisión teórica a través de distintas bases de datos con el propósito de conocer la aplicación de herramientas metodológicas en la investigación criminológica.

## **Metodología**

### **Selección teórica**

La revisión fue realizada en cinco bases de datos multidisciplinarias: *Ebsco host*, *Gale OneFile*, *Scielo*, *Scopus* y *Reseachgate*. Se buscaron reportes de investigación empleando las palabras clave conducta antisocial, encuesta, escala, entrevista semiestructurada, guía de entrevista, cuestionario, grupos focales, observación, diario de campo y estudio de caso. Fueron seleccionados trabajos publicados entre los años de 2000 al 2019, de preferencia en idioma español, excluyendo aquellas investigaciones que no tuvieran relación con la aplicación de las herramientas metodológicas en el análisis de la conducta antisocial independientemente de la disciplina que se estudiara.

### **Procedimiento**

En primer momento se establecieron las técnicas e instrumentos de investigación científica con una respectiva descripción de sus características a través de los conceptos de la literatura especializada en metodología. Además, se propuso como objeto de estudio la conducta antisocial.

Para operacionalizar la revisión se utilizaron nueve combinaciones de palabras clave, en búsqueda avanzada de cada base de datos se conjugó conducta antisocial con cada una de las herramientas metodológicas, es decir con la encuesta, escala, entrevista semiestructurada, guía de entrevista, cuestionario, grupos focales, observación, diario de campo, estudio de caso.

Los resultados de búsqueda arrojaron un total de 491 investigaciones de las cuales fueron seleccionados trabajos desde el año 2000 hasta el 2019, se hizo la lectura del título y los resúmenes para determinar la aplicación de la herramienta metodológica al estudio de la conducta antisocial, contabilizando y descartando 66 artículos repetidos, logrando un resultado final de 81 investigaciones.

La dispersión de los artículos fue de 13 para la encuesta, 34 para la escala, cuatro para la entrevista semiestructurada, cero en la guía de entrevista, 20 en el cuestionario, tres en grupos focales, tres en observación, cero en diario de campo y cuatro en estudio de caso (ver tabla 1).

Tabla 1

*Número de artículos encontrados por base de datos según la herramienta metodológica*

Base de datos	ENC	ESC	ESE	GEV	CUE	GFS	OBS	DDC	EDC
Ebsco host	1	8	1	0	4	1	0	0	1
Gale OneFile	1	6	0	0	5	0	1	0	1
Scielo	3	4	1	0	1	0	0	0	0
Scopus	4	10	0	0	2	0	1	0	1
Researchgate	4	6	2	0	8	2	1	0	1

*Nota:* ENC=Encuesta, ESC=Escala, ESE=Entrevista semiestructurada, GEV=Guía de entrevista, CUE=Cuestionario, GFS=Grupos focales, OBS=Observación, DDC=Diario de campo, EDC=Estudio de caso

De estos artículos seleccionados para detectar las características de aplicación se analizó el apartado de método identificando el enfoque metodológico (cualitativo, cuantitativo y mixto) y el tipo de uso que se le daba a la herramienta (técnica e instrumento).

## Desarrollo y discusión

Los estudios analizados utilizan en su mayoría un enfoque cuantitativo en el caso de la encuesta, la escala y el cuestionario con muestras grandes de participantes e instrumentos de autoaplicación. Se identificó confusión respecto a la denominación que se hace en el uso dado al momento de estudiar la conducta antisocial.

La encuesta es una técnica (Herrero, 2007; Hurtado; 2010, Ibañez, 2014) y como lo demuestran los estudios una de sus características principales es el modo de aplicación a un gran número de participantes, en lugares

generalmente institucionales inclusive a más de 2 mil. La escala se muestra diferente porque tiene una estructura específica gradual a partir de un constructo o un concepto teórico general (Corbetta, 2007; Ibañez, 2014; Salinas y Cárdenas, 2009), por tanto, se trata de un instrumento, en las investigaciones lo más usual es el tipo Likert con cuatro o cinco opciones de respuesta dividido en factores que forman parte de la validez y la confiabilidad que son muy propios de esta herramienta.

La disparidad en cuanto denominación se distingue en el cuestionario, el cual puede tener preguntas dicotómicas, abiertas o demográficas (Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez, 2014), quedando el enfoque metodológico poco claro porque el análisis genera datos tanto cualitativos como cuantitativos. En los estudios encontrados es común que se llame cuestionario a las escalas, que al final de cuentas lo son (dicotómicas, ordinales) o que también sea referido un apartado de encuesta sociodemográfica, en dicho punto es donde se pierde concordancia, pues un cuestionario ayuda a realizar agrupaciones o descripciones, pero con un objetivo distinto al de la escala, aunque ambos sirven como instrumento a la técnica que es la encuesta.

La entrevista semiestructurada, los grupos focales, la observación y los estudios de caso tienen un enfoque cualitativo (Buendía, 1998; del Cid, Méndez y Sandoval, 2011; Hurtado, 2010; Ibañez, 2014; Salinas y Cárdenas, 2009), son útiles para la comprensión de problemas sobre situaciones o eventos específicos, dando un carácter integral al estudio ya que tienden a combinarse con las herramientas de enfoque cuantitativo para evaluar el fenómeno y tratar de comprenderlo mejor.

Estas herramientas metodológicas cualitativas en mención se desarrollan como técnicas, se encuentran en el apartado de instrumentos, pero realmente el instrumento es el diario o las notas de campo, la lista de cotejo, la guía de entrevista, etc., en donde los estudios no hacen la distinción, ello pudiera ser la explicación al porqué en las búsquedas realizadas se obtiene cero resultados en lo que se refiere a la guía de entrevista y al diario de campo; como indica Hurtado (2010), estos últimos son procesos que sirven a la técnica y ayudan a la captación y registro.

Una entrevista o un grupo focal es recomendable que tenga una guía para llevarse a cabo, la observación puede acompañarse del diario de campo, de la lista de cotejo o hasta de una guía, en el estudio de caso es esencial llevar a detalle la fecha y los registros de hallazgos más relevantes, por lo que el diario de campo es de entera relevancia.

## Conclusión

A través de la literatura especializada se logró conocer las aplicaciones de las herramientas metodológicas en el estudio de la conducta antisocial que, al ser propuesta como objeto de estudio debe entenderse la limitación por la presencia de otras ciencias. Teniendo presente su carácter interdisciplinar, si la conducta antisocial ha de ser investigada por sus efectos de daño y no desde el punto de vista jurídico (Díaz, 2019), la criminología debe aunarse a la investigación desde el ámbito de las ciencias de la salud pues su objeto de estudio no deja de ser el comportamiento o la conducta, teniendo una mayor apertura al momento de generar conocimiento, de esta manera, el objetivo de los estudios versaría en la comprensión de la conducta violenta aplicando las herramientas metodológicas adecuadas y desarrollar nuevos modelos teóricos que permitirán reducir prácticas arraigadas carentes de rigor científico.

No se busca una postura determinista, ni si quiera al momento de nombrar a las herramientas metodológicas, es una cuestión de identificar al momento de investigar y generar los reportes el qué y cómo se están utilizando, si como técnica o como instrumento. Esto dará claridad no sólo al método sino también en el posterior análisis de la información.

En criminología es menester que se haga una correcta manipulación de los datos y el análisis de los mismos, los estudios en investigación científica generalmente utilizan el software SPSS para el análisis estadístico en estudios cuantitativos. A partir de ello no está demás decir que no son abundantes las revistas que publiquen investigación criminológica y que las lleven a cabo especialistas en criminología de profesión.

## Referencias

- Buendía, L., Colás, M. P y Hernández, F. (1998). *Métodos de investigación en psicopedagogía*. España: McGraw-Hill.
- Cifuentes, J. E. y Pedraza, J. I. (2017). Importancia de la investigación en la formación de estudiantes en la modalidad a distancia. *Revista Educación y Humanismo*, 19(32), 31-52. doi: 10.17081/eduhum.19.32.2530
- Concha, A. G., Orosco, J. R., Pomasunco, R. y García, H. A. (Ed.). (2011). *Instrumentos de investigación científica. Diseño y construcción*. Huancayo, Perú: Grapex.
- Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. España: McGraw-Hill.

- Cruz, C., Olivares, S. y González, M. (2014). *Metodología de la investigación*. México: Grupo Editorial Patria.
- Del Cid, A., Méndez, R. y Sandoval, F. (2011). *Investigación. Fundamentos y metodología* (2ª ed.). México: Pearson Educación.
- Díaz, C. (2018). Un acercamiento a la especialización de la criminología. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 11(21), 70-80. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6533414>
- Díaz, C. (2019). Ciencia básica, aplicada y técnica en criminología. El camino a la especialización. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 12, 38-45. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6826780.pdf>
- Herrero, C. (2007). *Criminología: parte general y especial* (3ª ed.). Madrid, España: Dykinson.
- Hikal, W. (2013). La especialización de la criminología: de lo general a lo específico, ¿hacia una neocriminología? Teoría de las criminologías específicas. *Derecho y Cambio Social*, 1-23. Recuperado de [https://www.derechoycambiosocial.com/revista032/especializacion\\_de\\_la\\_criminologia.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista032/especializacion_de_la_criminologia.pdf)
- Hikal, W. S. (2005). *Métodos y técnicas de investigación criminológica. Reglas básicas en la redacción de textos* (2ª ed.). México: Porrúa.
- Hikal, W. S. (2011). El qué hacer de la criminología científica: ampliando el horizonte. *Derecho y Cambio Social*, 1-10. Recuperado de [http://www.derechoycambiosocial.com/revista026/criminologia\\_cientifica.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista026/criminologia_cientifica.pdf)
- Hurtado, J. (2010). *Metodología de la investigación. Guía para la comprensión holística de la ciencia* (4ª ed.). Caracas, Venezuela: Ediciones Quirón.
- Ibañez, J. (2014). *Métodos, técnicas e instrumentos de la investigación criminológica*. España: Dykinson.
- Kerlinger, F. N. y Lee, H. (2004). *Investigación del comportamiento. Métodos de investigación en ciencias sociales*. México: McGraw-Hill.
- Lloyd, M. (2018). El sector de la investigación en México: entre privilegios, tensiones y jerarquías. *Revista de la Educación Superior*, (185), 1-31. Recuperado de [http://publicaciones.anuies.mx/pdfs/revista/Revista185\\_S2A1ES.pdf](http://publicaciones.anuies.mx/pdfs/revista/Revista185_S2A1ES.pdf)

- López, S. A. (2017). *La producción científica en México: una visión de la subcultura del neoliberalismo académico*. México: Universidad de Colima.
- Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E. y Villagómez, A. (2014). *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis* (4ª ed.). Bogotá: Ediciones de la U.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2015). Science and Technology Indicators. Recuperado de <https://www.oecd.org/centrodemexico/estadisticas/>
- Peña, A. (1995). La investigación científica en México. Estado actual, algunos problemas y perspectivas. *Perfiles Educativos*, (63). Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/132/13206702.pdf>
- Retana, Ó. G. (2009). La institucionalización de la investigación científica en México. Breve cronología. *Ciencias*, (94), 46-51. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cns/article/view/14854/14154>
- Rivas, L. A. (2004). La formación de investigadores en México. *Perfiles Latinoamericanos*, 12(25), 89-113. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/perlat/v12n25/v12n25a4.pdf>
- Rojas, I. R. (2011). Elementos para el diseño de técnicas de investigación: una propuesta de definiciones y procedimientos en la investigación científica. *Tiempo de Educar*, 12(24), 277-297. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31121089006>
- Salinas, P. y Cárdenas, M. (2009). *Métodos de investigación social* (2ª ed.). Quito, Ecuador: Ediciones CIESPAL.



## Conductas violentas y radicales en centros penitenciarios (\*)

### Violent and radical behaviour in prisons

Montserrat López Melero<sup>1</sup>

Joan Caballero Casas<sup>2</sup>

---

**Sumario:** 1. Fanatismo, Fundamentalismo, Reclutamiento. 2. Concepto de radicalización. 3. Etapas o fases de la radicalización. 4. Radicalización en Centros penitenciarios. 5. Subcultura carcelaria. 6. Composición de los patios. 7. Consumo de drogas y control de los patios en prisión. 8. El rol de un interno musulmán bajo protocolo FIES en prisión. – Conclusiones. – Bibliografía.

**Resumen.** El contagio criminal es un hecho en la subcultura penitenciaria que acoge los perfiles más variopintos, agrupando a los presos en un régimen de institución total y les hace vivir a todos ellos bajo un mismo techo. Esto genera que se vuelva un espacio con reglas, pero en este caso doble reglas. Por un lado, la Ley Orgánica General Penitenciaria cumple su criterio de prevención especial, adaptándose a los principios constitucionales de reinserción y rehabilitación de forma individualizada, y a la vez incapacita otra serie de derechos,

---

(\*) Recibido: 08 octubre 2019 | Aceptado: 28 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Profesora acreditada. Dra. Penitenciario, Penal y Criminología, UEMC. España. [molom1983@gmail.com](mailto:molom1983@gmail.com)

<sup>2</sup> Técnico Especialista de la DGSP del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Experto en Grupos Urbanos Violentos y delitos de odio. [jrcaballero@uoc.edu](mailto:jrcaballero@uoc.edu)

ejecutando así la decisión del órgano sentenciador. Pero, por otro lado, coexisten una serie de reglas no escritas de carácter interno, las cuales los presos deben acatar si no quieren tener problemas con sus nuevos compañeros. Comúnmente conocida como *ley del silencio*, inspira un principio de no colaboración con todo lo que respira a autoridad.

**Palabras clave:** drogas, prisión, radicalización, subcultura carcelaria.

**Abstract.** The criminal contagion is a fact in the penitentiary subculture, which welcomes the most varied profiles, grouping the prisoners in a regime of total institution and making them all live under one roof. This causes a space to become rules, but in this case double rules. On the one hand, the General Penitentiary Organic Law meets its criteria of special prevention, adapting to the constitutional principles of reintegration and rehabilitation individually, and at the same time incapacitating another set of rights, thus executing the decision of the sentencing body. But, on the other hand, a series of unwritten rules of an internal nature coexist, which prisoners must abide by if they do not want to have problems with their new partners. Commonly known as the law of silence, it inspires a principle of non-collaboration with everything that breathes authority.

**Keywords:** drugs, prison, radicalization, prison subculture.

---

## 1. Fanatismo, Fundamentalismo, Reclutamiento

Al abordar el tema de radicalización, se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de denominaciones, dificultando, en consecuencia, el concepto exacto de *radicalización*, así, términos como *fanatismo*, *fundamentalismo*, *reclutamiento*, incluso, *extremismo* son constantemente confundidos y utilizados, erróneamente, como sinónimos de radicalización. Es por ello, que se hace necesario establecer una definición breve de cada uno de ellos para poder adentrarnos en la radicalización y, especialmente, en la radicalización en Centros penitenciarios.

Respecto del *fanatismo* se trata de esa situación de exaltación o de excesiva firmeza en cuanto a una idea. Surge de forma generalizada la idea de fanatismo entre los terroristas. No obstante, es una atribución propia de estereotipos, sobre todo porque el fanatismo solo atañe a unas creencias y

opiniones muy específicas. Es interesante la conclusión a la que llega Luis de la Corte<sup>3</sup> indicando que la mentalidad fanática es proclive a incurrir en graves distorsiones de percepción y pensamiento. Esas distorsiones se revelan en dos peculiaridades: la enorme selectividad a la hora de buscar, captar y recordar información acerca de la realidad social circundante, dando prioridad a la información que es incongruente con sus actitudes, valores y creencias; y su tendencia al autoengaño y a incurrir en el llamado sesgo del pensamiento desiderativo (confundir la realidad con el deseo y sobrestimar las probabilidades de que las cosas sucedan tal como uno quisiera).

En cuanto al término *reclutamiento* se ha de adelantar que es un fenómeno totalmente diferente a la *radicalización*. Si bien, se trata de dos figuras que van de la mano, ya que si bien radicalización es interiorizar un conjunto de creencias, el reclutamiento es ese modo de pensar como requisito fundamental; se parte de la idea de cambiar y transformar la ideología, la psicología, incluso la mentalidad de otros que van a ser utilizados como arma para la violencia, si bien la radicalización es cuando esa persona ya está dispuesta a usar la violencia siendo uno de los principales requisitos o factores en su modo de pensar.

Como veremos, *la radicalización* tiene una serie de etapas que van a ser analizadas posteriormente, el reclutamiento no tiene o no pasa el sujeto por ninguna etapa. La diferencia esencial entre ambos conceptos se centra en que el reclutamiento no es el mero significado para llenar las necesidades operacionales, sino que se trata de un fin en sí mismo, busca y crea en el individuo un nuevo sujeto con una nueva mentalidad. Ahora bien, es oportuno reseñar que difiere el reclutamiento de la captación. Teniendo en cuenta a Montero<sup>4</sup>, respecto de la captación, es el caso de la incorporación de sujetos basada en las ventajas comparativas de un determinado individuo para los intereses y necesidades de la organización, pudiendo ser, en este caso, sinónimo de reclutamiento.

*Fundamentalismo* es definido por el diccionario de la Real Academia de la lengua española como movimiento religioso y político de masas que pretende restaurar la pureza islámica mediante la aplicación estricta de la ley coránica a la vida social. Así como, la exigencia intransigente de sometimiento a una doctrina o práctica establecida.

---

<sup>3</sup> DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. (2006). *La lógica del terrorismo*. Madrid: Alianza Editorial, págs. 214-215.

<sup>4</sup> MONTERO, A. (4 de septiembre de 2007). Doctrina de infiltración para inteligencia contraterrorista. *Athena Paper*, 2(3), 7 y ss.

## 2. Concepto de radicalización

El término *radicalización* se ha venido agudizando hasta llamarlo *radicalismo violento*, y veremos que no es lo mismo. Se han impuesto una serie de términos como: *reclutamiento*, *fanatismo*, *extremismo violento*, *desradicalización*, *foreign fighters*, etc., para hacer referencia a fenómeno global, como si de una nueva realidad se tratara, e “incluso engloba un conjunto de relaciones sociales con grandes consecuencias sobre la sociedad (polarización, prisión, mediatización, educación, cohesión social...)”<sup>5</sup>.

Podemos definir la *radicalización* como el proceso de adopción de un sistema de valores o creencias extremistas, incluyendo la disposición de usar, apoyar o facilitar la violencia como método para llevar a cabo algún cambio social. La Comisión Europea define la *radicalización* como el fenómeno en virtud de cual las personas se adhieren a opiniones, puntos de vista e ideas que pueden conducirles a cometer actos terroristas<sup>6</sup>. En un sentido mucho más amplio, la Policía Canadiense Real<sup>7</sup> la entiende como “una previa exposición de los individuos a determinados mensajes ideológicos y la posterior aceptación por parte de estos de creencias procedentes de visiones extremistas.” Ahora bien, es uno de los Comités del Senado de EEUU en 2007 (*Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs*) el que realmente vincula el término de *radicalización* con *conducta antisocial* y, por tanto, con la posibilidad de una conducta y comportamiento violentos, así asevera que la radicalización implica el proceso de adopción de un sistema de creencias extremistas, incluyendo la voluntad de utilizar, apoyar o facilitar la violencia, como un método para lograr el cambio social<sup>8</sup>. Aunque el tema resulte algo dudoso, no podemos dejar atrás la definición aportada por el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, que

---

<sup>5</sup> VANDERHAEGHEN, O. (marzo de 2018). Prevención de la radicalización violenta. De la comprensión a la prevención del fenómeno. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Recuperado el 3 de septiembre de 2019, Disponible en:

[http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions\\_per\\_temes/execucio\\_penal\\_i\\_justicia\\_juvenil/liaise2-castella.pdf](http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions_per_temes/execucio_penal_i_justicia_juvenil/liaise2-castella.pdf), p. 5

<sup>6</sup> COM. (21 de septiembre de 2005). *Afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta*. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas; Alonso Pascual, R. (2009). *Procesos de radicalización y reclutamientos en las redes de terrorismo yihadista*. La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional. IEES.

<sup>7</sup> National Security Criminal Investigations, *Radicalization: A Guide for the Perplexed*, Hereinafter, Royal Canadian Mounted Police, 2009; Vid., TORRES, M.R., *El eco del terror. Ideología y propaganda en el terrorismo yihadista*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, p. 1.

<sup>8</sup> Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, “Threat of Islamic Radicalization to the Homeland,” 110 th Cong., 1 st sess., March 14, 2007, p. 4.

indica que radicalización es “Acción y efecto de radicalizar o radicalizarse”, radicalizar “volver radical a alguien” y radical “partidario de reformas extremas, extremoso, tajante, intransigente”. Se observa, pues, que identifica radicalización con extremismo, dando lugar a una interpretación errónea, porque como veremos son situaciones diferentes.

La *radicalización* es un fenómeno individual, si bien es cierto, el *proceso de radicalización* se lleva a cabo en compañía de otros individuos, confluyen factores sociales y estructurales, es evolutiva porque tiene unas etapas, y requiere una adaptación a cada una de esas etapas, siendo el resultado final la convicción en todas y cada una de ellas. Es básico que, en primer lugar, exista una afinidad con la ideología seleccionada, aceptando, en segundo lugar, de forma gradual las etapas, cada vez más *radicales*. La radicalización es evolutiva hacia el extremismo.

Ahora bien, después de las definiciones de *radicalización* aportadas anteriormente, hay que concluir con una premisa básica, consistente en que se viene utilizando indistintamente, y erróneamente, el término *radicalización yihadista*, es decir, se está enlazando los términos de *radicalización* con *terrorismo* -en este caso, terrorismo internacional de corte yihadista- como sinónimos<sup>9</sup>. Comenzando por el término de *terrorismo*, pese a que no hay consenso universal en plasmar una definición efectiva para todos los países, la aportada por el Informe Anual elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en 1983, es el que la establece de una manera lo más acertada posible, define *terrorismo* como la violencia premeditada, con finalidad política, ejercida contra objetivos civiles o no combatientes por grupos no pertenecientes a la estructura del Estado o por funcionarios estatales clandestinos, con el propósito, al menos habitualmente, de influenciar a una población o público determinados<sup>10</sup>. Respecto de *radicalización*, ya se ha analizado,

---

<sup>9</sup> En este mismo sentido, se pronuncia VANDERHAEGHEN, O. (marzo de 2018). Prevención de la radicalización violenta. De la comprensión a la prevención del fenómeno, ob. cit., p. 7.

<sup>10</sup> Analizando cada uno de los puntos, afirmamos que: *Violencia predeterminada* planificada de forma intencional. La *violencia espontánea* surgida en una manifestación callejera no es terrorismo; Con *finalidad política*: va dirigida a conseguir un fin directamente relacionado con las formas de Estado o de Gobierno, con modelos sociales o económicos, con la paz social. El fin político lo que hace es especificar el delito como terrorista, lo que se castiga es “hacer política” lesionando la libertad ciudadana, intentan cambiar el orden constitucional; *Contra objetivos civiles o no combatientes*: las víctimas son seleccionadas. Combatiente es cuando no está en guerra, el ataque a policías o militares en tiempos de paz es un objetivo civil y no combatiente; *Por grupos no pertenecientes a la estructura del Estado o por agentes clandestinos estatales*: el concepto de terrorismo se aplica sólo a las personas o grupos de personas que no actúan directamente en representación del Estado o que si actúan en su nombre lo hacen de manera

aunque debemos advertir que su contenido definitorio variará en función del contexto social en el que se utilice. En este sentido, terrorismo y radicalización no son sinónimos, aunque sí figuras afines, es decir, son métodos que implican unos objetivos, actores o redes concretos, y unas técnicas y medios de propaganda que se superponen a una base ideológica<sup>11</sup>. Si bien, método y sentido de actuación están estrechamente relacionados<sup>12</sup>.

Afinando más la cuestión, *terrorismo* puede ser entendido como una consecuencia del radicalismo, pero, de ningún modo, constituye, obligatoria y necesariamente, su finalidad<sup>13</sup>. Al respecto, toda persona que tenga como objetivo modificar el orden social no va a utilizar la violencia para alterar el orden jurídico establecido. A la luz de lo examinado hasta ahora, volvemos a afirmar que la radicalización es evolutiva hacia el extremismo, utilizando la violencia como el medio “más legítimo” para conseguir los objetivos previamente establecidos en la mente de un sujeto. Hoy en día cuando queremos hablar de *extremismo* utilizamos el término *radicalización violenta*. Pese a que no existe una definición universal de *radicalización violenta* algunos autores<sup>14</sup> la definen como un proceso dinámico e individual que conduce a la persona a una visión extrema y dicotómica de la realidad, donde se acepta y promueve el uso de la violencia como medio para conseguir instrumentalmente los objetivos del grupo o movimiento. De acuerdo con Fernando Reinares<sup>15</sup> se trata de un proceso de interacción social y socialización en una determinada subcultura de la violencia gracias a los cuales el individuo interioriza actitudes y creencias que validan y aplauden aquella con fines políticos, en este caso, fines de ideología yihadista. O Luis de la Corte<sup>16</sup> define la *radicalización violenta*, como “el proceso mediante el que individuos y grupos humanos se adhieren a ideas e ideologías y se integran en colectivos que justifican el asesinato y la agresión a inocentes y

---

encubierta y se denominan *criminales de guerra* o *criminales contra la humanidad*; y *Con el propósito de influenciar a una población*: trata de influir por el terror.

<sup>11</sup> Vid. VANDERHAEGHEN, O. (marzo de 2018). Prevención de la radicalización violenta. De la comprensión a la prevención del fenómeno, ob. cit., p. 6.

<sup>12</sup> BAUER, A., *Les 100 mots du terrorisme*, Paris, PUF (Coll. Que sais-je?), 2016

<sup>13</sup> Vid. VANDERHAEGHEN, O. (marzo de 2018). Prevención de la radicalización violenta. De la comprensión a la prevención del fenómeno, ob. cit., p. 6.

<sup>14</sup> TRUJILLO, H. M., JORDÁN, J., GUTIÉRREZ, J. A. & GONZÁLEZ, J. (2008). “Indicios sobre la radicalización yihadista en prisiones”, *Athena Assessment*, nº 12/08. [Versión electrónica en [www.athenaintelligence.org](http://www.athenaintelligence.org)].

<sup>15</sup> REINARES, F., *Terrorismo y Antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 91-129

<sup>16</sup> DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “Terrorismo internacional: análisis de la radicalización y estrategias para la prevención”, en *Cursos de verano 2016*, Universidad Complutense de Madrid, San Lorenzo de el Escorial, 6-8 de julio.

propugnan formas de organización sociopolítica contrarias a la libertad, la democracia y la igualdad de derechos entre personas y comunidades de diferente origen, credo y condición”. Pero la definición más consensuada - pese a que ya no es utilizada internacionalmente- es la de Khosrokhavar “un proceso por el cual una persona o un grupo de personas adopta una forma de acción violenta, directamente relacionada con una ideología extremista, con contenido político, social o religioso, que contesta el orden establecido en el plano político, social o cultural”<sup>17</sup>.

¿Podemos hablar de radicalización yihadista o de terrorismo radical? Para hablar de *radicalización yihadista* debemos decir que se trata de todo proceso a través del cual un individuo va a asumir (independientemente del grado de asunción) una serie de actitudes y creencias propias de lo que es la versión belicosa del salafismo, es una forma rigorista y violenta de entender el credo islámico. Pero no podemos hablar de *terrorismo radical*.

### 3. Etapas o fases de la radicalización

De las definiciones que se han aportado, se deduce que el *proceso de radicalización* ha de tener un proceso en etapas, y una duración en el tiempo, durante el cual el sujeto, caracterizado por una falta de madurez psicológica, está expuesto a creencias, a merced de su voluntad, a través de las redes sociales. Es evolutivo y evoluciona hasta el extremismo. Pueden darse *dos posibilidades en la radicalización*, de un lado, aquellos sujetos que ya tienen raíces en Occidente, pero por factores, como la frustración en la sociedad, se ven inmersos en un proceso de radicalización y, por otro lado, aquellos que teniendo ya un comportamiento radical llevan su conducta al país donde llega su fin como objetivo<sup>18</sup>. En ambas situaciones, hay un periodo de tiempo y de espacio en la que se puede estar acompañados de un intermediario que les guía sobre cómo finalizar una etapa y cómo, y cuándo, iniciar la siguiente, así le informa de cuándo está preparado para el acto final o se puede estar en solitario asumiendo ideas y preceptos con la intención de evadirse del entorno<sup>19</sup>. Si bien, en el autoadoctrinamiento no existe tal figura, pero no por ello quiere decir que se esté cometiendo errores en las fases de radicalización; las pautas y las pausas las pone uno mismo. Por consiguiente, la radicalización es un proceso y no un estado del sujeto.

---

<sup>17</sup> KHOSROKHAVAR, F., *Radicalisation*, Paris, 2014

<sup>18</sup> CANO, M.A., *Generación Yihad. La radicalización islamista de los jóvenes musulmanes en Europa*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 64.

<sup>19</sup> Situación que puede ocurrir en el Centro penitenciario.

El proceso de radicalización de la organización internacional terrorista yihadista es la base del terrorismo internacional, por lo tanto, su prevención es uno de los objetivos prioritarios tanto de las políticas como de las estrategias de seguridad. No obstante, el proceso de radicalización violenta tiene una dinámica dispar que, como ya hemos mencionado, responde a múltiples causas y factores, sin contar con la innovación constante en cuanto modelo operativo. Los factores de los que estamos hablando son factores sociales, pero también económicos y políticos; también se encuentran factores internacionales consistentes en conflictos armados o inestabilidad política y, un proceso individual de cada una de las personas que va construyendo una percepción respecto a los intereses similares con la organización terrorista.

Pretch<sup>20</sup> marca cuatro etapas dentro del modelo típico de la radicalización:

- Pre - radicalización: etapa caracterizada por la experiencia de agravio y el deseo de aliviar el problema (“Eso no está bien”).
- Auto – identificación con el radicalismo político: etapa que cuenta con la introducción de un criterio político/ético/religioso de referencia y experiencia de injusticia (“Eso no es justo”).
- Adoctrinamiento y aislamiento social del grupo: se identifica al individuo con el grupo y se le hace ver la culpabilidad de resto (“Es culpa de ...”).
- Yihadización y realización o planificación de actos terroristas: Consolidación de la obligación moral con el problema, demonización del enemigo (“Son malvados”) y legitimización de la violencia política.

Respecto de las etapas de la radicalización, el organismo de inteligencia en la lucha contra el terrorismo yihadista nos hace conocedor de las cuatro etapas en el proceso de radicalización<sup>21</sup>: Primera, *la victimización*, los adoctrinadores convencen a los contactados de que todo lo que se considere musulmán es perseguido; Segunda, *la culpabilización*, de esos hechos a los infieles o apóstatas; Tercera, *la justificación*, de la violencia por las víctimas

---

<sup>20</sup> PRECHT, T., *Home grown terrorism and Islamist radicalisation in Europa. From conversión to terrorism*. Danish Ministry of Justice, December, 2007, pp. 10 y ss.

<sup>21</sup> Incluso así aparece en la SAN 39/2016, de 30 de noviembre respecto al autoadoctrinamiento o yihad mediática, que, pese a que la radicalización sea a través del medio de comunicación internet, el proceso de radicalización, aunque en este caso de autoadoctrinamiento, sigue teniendo las cuatro etapas bien diferenciadas, Vid., LÓPEZ MELERO, M., *Perfiles, radicalización y motivaciones de los terroristas*, material del Máster Universitario en Estudios Internacionales en Terrorismo Global de la Universidad Internacional de la Rioja, 2018.



que sufre el pueblo musulmán; y, cuarta, *el activismo*, que es cuando el captado ya ha sido plenamente convencido de que debe intervenir en la yihad y vengar los conflictos en Siria e Irak.

Afinando más cuestión, podemos señalar que, las etapas de la radicalización pueden estar estrechamente relacionadas con las conductas antisociales de las personas, derivando en conductas delictivas tipificadas en el código penal y, por eso, consideradas como terrorismo. En este sentido, destacamos el Comité del Senado de Estados Unidos en 2007 al manifestar que la *radicalización* “implica el proceso de adopción de un sistema de creencias extremistas, incluyendo la voluntad de utilizar, apoyar o facilitar la violencia, como un método para lograr el cambio social”<sup>22</sup>. Por tanto, “De esta definición, se deduce que el proceso de radicalización ha de tener un proceso en etapas, y una duración en el tiempo, durante el cual el sujeto, caracterizado por una falta de madurez psicológica, está expuesto a creencias [...]”<sup>23</sup>. La observancia y el tratamiento de los internos en prisión debe ser diferente en función de quien se trata, además de que no es comparable unos internos que pertenezcan a una organización terrorista internacional de corte yihadista que a otros grupos terroristas de carácter nacional. Es necesario tener en cuenta que la idea de cambio fundamental en la observación de estos internos. No sólo ese cambio externo, sino también el interno, es decir, el psicológico. Se debe observar el comportamiento individual ya que es un fiel reflejo del carácter o del modo de ser de cada uno de los reclusos, siendo, incluso, un aspecto que, en cierto sentido, se caracteriza por ser permanente. Estos aspectos internos son los más difíciles de detectar puesto que es necesario hacer un seguimiento mucho más prolongado del recluso para comprobar cómo se comporta dentro del centro penitenciario, por lo que no es suficiente una simple observación.

#### **4. Radicalización en Centros penitenciarios**

Tras un análisis conjunto, la radicalización dependerá del contexto histórico y social en el que se encuentre el sujeto. Debiéndose tener en cuenta, además, la escala de valores del sujeto o grupo al que pertenece el sujeto que tiene frente a los valores sociales, para determinar si son radicales y/o extremistas. Entre tanto, la ideología juega un papel fundamental, y el uso de esa ideología es lo que va a determinar si los actos y acciones son radicales y extremistas, dado que se utiliza una violencia para hacer prevalecer la

---

<sup>22</sup> Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, 2007: 4.

<sup>23</sup> LÓPEZ MELERO, M., (2017). “El perfil criminológico como técnica de investigación en el terrorismo islámico”. *La Ley Penal*. N°126, mayo-junio, versión online.

ideología. Las personas o grupos son extremistas en una determinada dimensión de la sociedad -no en todos-. En el caso de terroristas, es acertado el proceso psicológico utilizado por Moghaddam<sup>24</sup>, a saber: -personas infelices en la sociedad; -buscando justicia; -frustrados; -miembro de un grupo radical; -radicalización; -terrorismo. En cada uno de los bloques hay un número de personas implicadas psicológicamente, si va subiendo de peldaños cuanto más arriba esté, más difícil será la vuelta atrás. El terrorismo es un proceso psicológico caracterizado por tener etapas, pero no significa que todas las personas infelices de la sociedad vayan avanzando en los peldaños hasta convertirse en terroristas. En cada peldaño, como afirma Moghaddam hay oportunidades de salida y de avance hacia el siguiente peldaño. Todo dependerá del enfoque que se tenga o de las perspectivas que ofrece la sociedad. Cuanto más alto esté en los peldaños, menos oportunidades verá y tendrá y más violencia realizará, siendo la violencia la única salida o solución para defender su ideología. Afinando más la cuestión, las acciones terroristas deben ser estudiadas y analizadas según el contexto social y geográfico en el que nos encontremos, de manera que, hay factores contextuales que pueden estimular y favorecer la aparición de acciones terroristas. Si bien, no hay un único factor social o psicológico que predisponga a una persona a ser radical o ser terrorista. La teoría de la identidad juega un papel fundamental, en este sentido, Olson manifiesta que las personas con baja autoestima son más tendentes a comportamientos violentos y, por ende, a comportamientos terroristas. Esta pérdida de identidad es lo que le puede llevar a buscar y sentirse atraídos por un líder carismático que sustituya sus carencias.

De otro lado, se ha de tener en cuenta el comportamiento dentro de la colectividad, es decir, cómo es el comportamiento de este recluso en compañía con otros reclusos. Este aspecto es de vital importancia para detectar indicios de proceso de radicalización yihadista, incluso son fáciles de observar puesto que se trata de un comportamiento espontáneo y no disimulado. En definitiva, el proceso de radicalización en el Centro penitenciario viene determinado, mayoritariamente, por la proximidad estructural, la disponibilidad y la interacción afectiva con reclusos integrantes de grupos terroristas. Quienes, incluso, “manipulan” estos factores con una mayor influencia sobre el recluso que en la propia ideología. La socialización en el odio y la subcultura de la violencia que domina los procesos de radicalización se ve, así, canalizada mediante el establecimiento

---

<sup>24</sup> Se conoce como *Staircase to terrorism* -escalera del terrorismo-. MOGHADDAM, F., “Staircase to Terrorism. A psychological exploration”, *dans The American Psychologist*, February-March 2005, p. 161-169.

y desarrollo de lazos familiares y amistosos, sometiéndose también a la guía de líderes encargados de identificar lugares y entornos grupales en los que practicar el proselitismo<sup>25</sup>.

## 5. Subcultura carcelaria

Partimos de la experiencia para afirmar que lo que entendemos como *subcultura carcelaria* se basa concretamente en dos ejes.

Disponen de un código moral y sancionador.

Hay una especie de ley de silencio que obliga a los internos a no delatar a otros internos.

Cabe destacar que este tipo de normas no se suelen cumplir cuando resultan afectados intereses particulares de un interno en concreto. El hecho de denunciar conductas delictivas no es una actitud frecuente entre los internos, pero cuando se ven altamente presionados por un grupo delictivo suelen comunicarlo a los trabajadores del centro.

Lo que habitualmente le suele suceder a un interno que denuncia es que debe salir de la vida en régimen ordinario (2º grado) por el especial peligro que conlleva ir marcado como “*colaborador*” o “*chivato*”. La lógica de la institución es solicitar un traslado a otro centro o solicitar la figura del artículo 75.2 del Reglamento Penitenciario<sup>26</sup>. La vida en artículo 75.2 RP garantiza la seguridad e integridad de un interno mediante un régimen especial de vida (siempre intentando que sea de forma provisional) solo en una celda de un departamento (un módulo pequeño con internos de las mismas características), donde no participe en actividades colectivas o generales.

Junto a lo anterior hay que añadir un factor de peso que refuerza los aspectos anteriores, concretamente a la presencia de delincuencia organizada en los centros penitenciarios.

Los grupos organizados se reparten o pelean tanto espacios como actividades que se realizan dentro de prisión para tener presencia de miembros de su banda.

---

<sup>25</sup> ALONSO PASCUAL R., (2007). “Procesos de radicalización de los terroristas yihadista en España”. *ARI*, N° 31/2007, p. 3.

<sup>26</sup> El art. 75.2 del Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, Reglamento Penitenciario, establece que el Director del centro penitenciario, bien por propia iniciativa o a solicitud del interno, podrá acordar medidas que impliquen limitaciones regimentales cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso.

Hay diversos grupos organizados en las prisiones con presencia en los patios, con más o menos organización y un número variado de miembros, intentan establecerse dentro de la institución. Estos grupos los componen desde los clanes de etnia gitana, pandillas de origen latino (*Latin Kings, Ñetas...*), miembros de mafias rojas (*Vor z zakone*), grupos de narcotraficantes, grupos afiliados por su país de origen hasta otros que se van creando conforme que se van conociendo sus miembros en estos espacios cerrados y que se alían buscando principalmente un interés económico.

## 6. Composición de los patios

Hablando en términos de seguridad interior, podemos dividir a la población reclusa en dos bloques, por un lado, aquellos que siguen con normalidad el régimen ordinario y por otro aquellos internos con “*características especiales*”.

Respecto de *la población recusa en régimen de vida ordinaria*, hay que afirmar que es un perfil de personas (independientemente de su tipología delictiva y tiempo de condena) que aceptan seguir el régimen de convivencia de forma habitual y no suelen producir incidentes graves durante su tiempo de condena. Estos internos intentan apartarse de problemas, pero muchos de ellos al tener problemas de policonsumos, frecuentemente compran drogas a los traficantes dándose situaciones de deudas debido al elevado precio de los estupefacientes dentro de prisión. Esto provoca que nos encontremos con situaciones variopintas que pueden ir desde agresiones al interno, amenazas a sus familiares a entrar drogas para pagar la deuda, guardar la sustancia en su celda y asumir la posesión en caso de ser intervenida por parte de los funcionarios, etc.

En cuanto a *la población reclusa de “características especiales”*, hay que señalar que, habitualmente es un perfil de personas que siguen sus propios propósitos incumpliendo reiteradamente el régimen de convivencia (de forma más o menos evidente y/o violenta), generando malestar y miedo al resto de los internos.

Es necesario tener en cuenta otras figuras, tales como:

### **El Kie**

Nos referimos de la figura más temida por los internos en una prisión. El *Kie* es lo que llamamos en argot carcelario aquél interno que representa la autoridad de un patio, de una prisión entera o de diferentes patios de varias prisiones. Se encuentra en la escala más alta de peligrosidad, y no siempre por su corpulencia o violencia física hacia otros, sino porque tiene cierto carisma y liderazgo, buenos contactos dentro del mundo criminal, y tiene una

organización más o menos compleja que sigue sus órdenes. Este perfil le permite disponer de capacidad para paralizar cualquier actividad (instigar a los internos a secundar lo que se llama “un plante”) incluso provocar un motín con tan sólo ordenarlo a otros internos.

El *Kie* no tiene por qué estar presente en una actividad delictiva que se produce dentro de prisión. Normalmente tiene otras personas que cumplen sus órdenes y las ejecutan. También es habitual no encontrar en la celda de un *Kie* ningún tipo de objeto o documentación que le pueda comprometer; suele tener varios internos que se dedican a guardarle las drogas, armas y otros objetos a cambio de dinero o por simple protección.

### **Internos en régimen FIES**

El acrónimo FIES significa *Ficheros de Internos en Especial Seguimiento*, regulado por la Instrucción 21/96, de medidas de seguridad para internos de especial seguimiento. El régimen FIES principalmente se centra en cinco tipos de colectivos diferentes:

FIES-1 CD (Control Directo). Son personas especialmente conflictivas y peligrosas. Han sido protagonistas e inductores en situaciones muy graves tanto dentro como fuera de los centros penitenciarios, poniendo en peligro la vida de profesionales y otros internos.

FIES-2 DO (Delincuencia Organizada). Son aquellas personas que están relacionadas y participan dentro de la esfera del crimen organizado. Este tipo de organizaciones conlleva un alto potencial de peligrosidad por todo aquello que representa.

FIES-3 BA (Bandas Armadas). Siguiendo los informes técnicos de las brigadas especializadas de las FCSE, hablaríamos de personas vinculadas, colaboradores o simpatizantes activos hacia organizaciones terroristas principalmente.

FIES-4 FS (Funcionarios vinculados a la Seguridad Pública). Hablaríamos de personas que han pertenecido a las FCSE, Instituciones Penitenciarias y en determinados casos a las Fuerzas Armadas. Estos internos por sus características viven en un departamento especial para esta tipología penitenciaria.

FIES-5 CE (Características Especiales). En función de diversas circunstancias (conflictividad regimental persistente, historial de fugas, conductas autolíticas peligrosas, violencia grave, etc.).

Mediante la Instrucción 2/2015 se realiza un Programa Marco de intervención y tratamiento para internos vinculados al extremismo de

etiología yihadista. Esta intervención se realiza a tres grupos de internos FIES:

FIES Grupo A. Condenados por pertenencia o colaboración con grupos terroristas de etiología yihadista.

FIES Grupo B. Internos con un perfil de liderazgo captador y proselitista, que realizan adoctrinamiento y difusión de ideas radicalizadas entre la población reclusa.

FIES Grupo C. Internos ya radicalizados o en proceso de radicalización extremista, y que, debido a su grado de vulnerabilidad, asumen roles pasivos provocando incidentes regimentales basados en su narrativa e interpretación extremista.

### **Internos con trastornos mentales**

Son aquella población que no necesitan ser ingresados de manera permanente en una unidad psiquiátrica penitenciaria, pero que debido a sus trastornos suelen ser víctimas de abusos por parte de otros internos, y muchas veces la presión a la que se ven sometidos suele desencadenar en no seguir el régimen de vida ordinario, enfrentamientos continuos con los profesionales, participar en peleas, realizar conductas autolíticas o suicidas, etc.

## **7. Consumo de drogas y control de los patios en prisión**

### **7.1 Encuesta ESDIP sobre Salud y consumo de Drogas en internados**

Para poder explicar este apartado, primero debemos basarnos en qué porcentaje de consumidores habituales se encuentran en prisión. Siguiendo la Tabla 1<sup>27</sup> es una encuesta que realiza Instituciones Penitenciarias cada cinco años en coordinación con la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil de Cataluña. Los resultados del estudio ESDIP muestran que la población penitenciaria presenta una serie de características específicas y que se trata de una población de riesgo con una importante presencia de enfermedades infecciosas y trastornos mentales. El porcentaje de consumidores de drogas ilegales es superior entre la población penitenciaria (en libertad) que, entre la población general, iniciando, la primera, el consumo a edades más tempranas.

---

<sup>27</sup> Encuesta sobre Salud y consumo de Drogas en internados en Instituciones Penitenciarias. ESDIP.

[http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas\\_ESDIP.htm](http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas_ESDIP.htm)

De las trece sustancias analizadas, nos centraremos en el Cannabis y la Heroína (Tabla 1), y relataremos la incidencia que provoca en las relaciones entre la población penitenciaria.

*Tabla 1: Encuesta ESDIP sobre salud y consumo de drogas en internados.*

Porcentaje de consumidores de drogas en prisión (últimos 30 días). España.	2006	2011	2016	Tendencia 2011-2016
Tabaco	74,0	75,1	74,9	▼
Cannabis	27,7	21,3	19,4	▼
Alcohol	3,7	3,8	2,2	▼
Alucinógenos	0,1	0,2	0,1	▼
Inhalables	0,2	0,2	0,1	▼
Heroína + cocaína mezclada	1,6	0,8	0,8	=
Tranquilizantes sin receta	9,1	4,1	6,2	▲
Heroína sola	4,8	2,4	2,8	▲
Cocaína base	2,5	1,0	1,4	▲
Cocaína polvo	2,9	1,3	1,4	▲
Metadona (no recetada)	1,1	0,5	0,7	▲
Anfetaminas	0,3	0,2	0,4	▲
Éxtasis	0,3	0,2	0,3	▲

Podemos observar que la tendencia en 2016 en relación con el Cannabis presentaba una tendencia a la baja con relación a las encuestas anteriores.

Para realizar nuestro análisis utilizaremos un porcentaje más bajo siguiendo la tendencia bajista de los tres estudios, dejándolo en un 15% de consumidores habituales. Sobre el consumo de Heroína la tendencia en 2016 se marcó alcista, pero para ilustrar la tabla siguiente dejaremos a un 2% el número total de consumidores habituales. Para calcular la cantidad diaria consumida nos basaremos en las costumbres de consumo que nos relatan los internos, dejando en medio gramo diario de Cannabis por consumidor como la toma habitual (unos tres “porros”). En el caso de la Heroína, se suele consumir por la noche, una vez pasado el último recuento, por lo que un consumidor diario suele realizar una toma/dosis, lo que representa 1/5 parte de un gramo; lo calculamos de esta manera en base a la tabla del precio de las drogas que facilita la Oficina Central Nacional de Estupefacientes de la Comisaría General de la Policía Judicial del Ministerio del Interior, donde estipula cuanto es una dosis de esta sustancia.

Conforme a los parámetros anteriores podríamos clasificar los centros penitenciarios de tres tipos: Grande, con una capacidad de hasta 1.800 internos; Mediano (1.000 internos) y Pequeño (800 internos). La población

penitenciaria ronda (en 2019) en un total de unos 50.000 internos en todas las modalidades (Presos condenados y Presos preventivos principalmente).

### 7.2 Consumo de Cannabis en prisión

Como podemos observar en la Tabla 2, siguiendo la justificación del cálculo y para centrarnos en la cotidianeidad de los consumos, hemos colocado los tres tipos de centros penitenciarios. Si observamos un centro mediano vemos que hay una media de unos 150 consumidores habituales que necesitan una demanda de unos 75 gramos diarios, llegando a ser necesario cubrir estos consumos con un total de 25 quilogramos anuales en un centro de mil internos.

Total internos CPs	Internos consumidores 15% del total	Consumos totales			
		Diario	Semanal	Mensual	Anual
1.800	270	135 gr.	945 gr.	3,780 gr.	45 kg.
1.000	150	75 gr.	525 gr.	2,100 gr.	25 kg.
800	120	60 gr.	420 gr.	1680 gr.	20 kg.

Tabla 2:

*Consumo de cannabis en prisión*

### 7.3 Consumo de Heroína en prisión

Siguiendo los mismos parámetros vemos en la Tabla 3 que se consume diariamente en un centro mediano unos cuatro gramos de heroína, necesitando cubrir esta demanda diaria hasta llegar a casi el kilo y medio de esta sustancia.



Tabla 3: Consumo de heroína en prisión.

Total internos CPs	Internos consumidores 2% del total	Consumos totales			
		*Diario	Semanal	Mensual	Anual
1.800	36	7,2 gr.	50 gr.	201 gr.	2,4 kg.
1.000	20	4 gr.	28 gr.	112 gr.	1,3 kg.
800	16	3,2 gr.	22 gr.	89 gr.	1 kg.

#### 7.4 El precio de las drogas en prisión

Observamos en la Tabla 4, facilitada por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes de la Comisaría General de la Policía Judicial del Ministerio del Interior<sup>28</sup>, refleja el precio de las drogas en un plazo de doce años. Independientemente del tipo de variación en la pureza podemos apreciar que el hachís a partir de 2009 empieza a estabilizar el precio del gramo; con la heroína el precio desde 2000 se ha mantenido estable con un ligero incremento del precio por gramo. Actualmente estos precios no han variado, por lo que podemos destacar que como *producto de consumo* no refleja variaciones sustanciales si los comparamos con otros productos como el alcohol, el tabaco, el café o el pan.

<sup>28</sup> Disponible en:

[https://www.policia.es/org\\_central/judicial/estructura/ofici\\_centra\\_nacio\\_estupe.html](https://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/ofici_centra_nacio_estupe.html), última consulta el 5 de octubre de 2019.

*Tabla 4: Tabla de precios y purezas (2000 a 2012). Oficina Central Nacional de la Comisaría General de la Policía Judicial.*

		2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>Resina de hachís</b>														
Gramo	Precio	3,9	3,9	4,1	4,4	4,4	4,3	4,5	4,5	4,8	4,8	5,2	5,6	5,85
Kilogramo	Precio	1.456	1.504	1.407	1.362	1.398	1.297	1.299	1.386	1.417	1.418	1.447	1.460	1.555
<b>Heroína</b>														
Dosis	Pureza (%)	25	26	26	22	22,5	24	22	22	22,5	22	21	21	21
	Precio	10,2	9,2	9,3	9,8	9,6	9,9	10,1	10,5	10,3	10,6	10,7	10,32	11,0
Gramo	Pureza (%)	32	34	34	32	29	30	32	32,5	32,5	31,5	31,5	30,5	31
	Precio	66,4	64,0	64,5	66,0	64,2	63,7	62,4	62,7	62,6	61,8	60,7	59,13	58,8
Kilogramo	Pureza (%)	64	51	53	49	49	47,5	47,5	47,5	46,0	43,5	45	44	41,5
	Precio	38.738	41.965	43.298	42.845	36.927	37.193	37.756	35.791	34.474	33.528	33.360	31.897	32.677

El precio de las drogas en prisión también tiene cierta estabilidad desde hace veinte años, pero con la diferencia que por la dificultad que tiene añadirlas y los problemas que genera mantener un mercado estable, los traficantes multiplican el precio de la droga, llegando a triplicar tanto el coste por gramo del Cannabis como de la Heroína. Con lo que nos encontramos que el Cannabis suele comprarse dentro de prisión a una media de unos 16 euros por gramo de media y la Heroína a unos 180 euros por gramo.

Como puede apreciar en la Tabla 5, en un centro penitenciario mediano, sólo el tráfico de estas dos sustancias genera unos beneficios que sobrepasan los seiscientos mil euros.

**Tabla 5: Precio final del cannabis y la heroína en prisión.**

	Cannabis: 16€/gr.		Heroína: 180€/gr.	
<b>CP grande</b>	45 kg.	720,000€	2,4 kg.	432,000€
<b>CP mediano</b>	25 kg.	400,000€	1,3 kg.	234,000€
<b>CP pequeño</b>	20 kg.	320,000€	1 kg.	180,000€

Es por ello, por lo que los grupos organizados intentan hacerse con el control de los patios, de una prisión entera o incluso de varios patios de diferentes

centros penitenciarios, empleando la violencia para evitar perder un negocio millonario.

### **El control de los patios**

La función de Instituciones Penitenciarias es evitar que estas conductas delictivas sucedan, pero si entendemos que hay un marco de normas paralelas regido por una gran proporción de internos que las acatan por miedo a las represalias (de la mal entendida subcultura carcelaria), inevitablemente surge la proliferación de pequeños grupos criminales que se adueñan de espacios destinados a la convivencia y la rehabilitación.

Podemos clasificar a los grupos organizados carcelarios en agrupaciones que se forman en prisión o aquellas que provienen de la calle y siguen siendo activas por qué no se han capturado o no se han podido enjuiciar a sus miembros.

Los grupos organizados son un polo de atracción para determinados internos que pueden ver como una forma de promoción dentro del mundo criminal. Hay personas que previamente han tenido un pasado relacionado con los grupos urbanos violentos<sup>29</sup> (grupos de ideología violenta, hooligans, pandillas de origen latino, bandas moteras criminales 1%) y suelen ser cantera del crimen organizado porque destacan en ciertos aspectos necesarios para cometer crímenes (agresividad y violencia, conducción temeraria, conocimientos en armas y tecnología, contactos internacionales, etc.).

Estos grupos organizados carcelarios persiguen una serie de finalidades:

- Introducir y traficar con drogas.
- Extorsionar a internos.
- Hacerse con el control de destinos estratégicos.
- Intentar corromper a los profesionales, trabajadores externos o voluntarios.

Una manera habitual de extorsionar a los internos es a través de sus familiares. Muchas veces los internos provienen de la misma zona geográfica y suelen conocerse por diversos motivos (frecuentan mismos ambientes criminales principalmente, o son del mismo barrio y tienen amigos y conocidos comunes), también se da la circunstancia que cuando se realizan

---

<sup>29</sup> Caballero Casas, J. R. (2018). Los Grupos Urbanos Violentos y los delitos de odio. El uso de la simbología violenta como determinante al comportamiento criminal. Herramientas para los profesionales para detectar el discurso y los símbolos de odio de los Grupos Urbanos Violentos.

las comunicaciones semanales es inevitable que se concentren en las áreas del departamento de comunicaciones tanto las familias y amigos de los internos extorsionados como de los extorsionadores, pudiendo averiguar qué personas vienen frecuentemente a comunicar con la víctima. Estas situaciones si no son denunciadas pueden generar brechas en la seguridad de los centros, porque se suele amenazar al interno que introduzca drogas a través de sus familiares o amigos bajo la amenaza que les suceda algo a ellos o a sus allegados.

Los internos llamados *ordenanzas* son aquellos que, a cambio de un salario que les paga el Centro Penitenciario, realizan trabajos dentro de prisión y que no tienen relación con la oferta de puestos de trabajo que se realizan en los talleres productivos del centro<sup>30</sup>. Estos ordenanzas realizan tareas necesarias para cumplir con el normal desarrollo de un centro, es por ello que los destinos son puestos de confianza donde se permite a varias decenas de internos poderse mover por el interior del centro para realizar diversos trabajos como repartir las comidas por los módulos, encargarse de la limpieza de áreas comunes, etc.<sup>31</sup> El margen de movimiento de los internos ordenanzas es bastante amplio y les permite relacionarse diariamente con internos de otros módulos. Por lo que los grupos organizados intentan no quedarse fuera de esta red que les permite transportar cualquier cosa a cualquier lado.

También es inevitable que esporádicamente surjan casos de corrupción. El termómetro que mide que hay una brecha de inseguridad, es cuando se produce un incremento sustancial de sustancias estupefacientes, o empiezan a haber gran cantidad de teléfonos móviles u otros elementos que, por su tamaño, difícilmente se puedan introducir de forma masiva a través de las comunicaciones semanales. Puede que el corrupto sea tanto un funcionario, como personal externo o voluntarios que vienen a realizar actividades formativas o lúdicas con los internos.

## **8. El rol de un interno musulmán bajo protocolo FIES en prisión**

---

<sup>30</sup> Hay ofertas de trabajo dentro de prisión en unos espacios preparados llamados talleres. El trabajo que se realiza en los talleres es bajo una relación contractual en régimen de cotización a la Seguridad Social. La oferta la realizan empresas privadas, coordinadas por un ente público que les proporciona “*la mano de obra*”. El trabajo facilita al interno tener rutinas, responsabilidades, ganar un salario y sentirse útil. Hay muchas personas que no han tenido nunca estos hábitos y sensaciones porque han estado volcados en un estilo de vida antisocial y destructivo; hacerlos participar de esta experiencia tan simple como la de trabajar, les ayuda a tener autoestima y visualizar un futuro más prometedor dentro del marco de la legalidad.

<sup>31</sup> Un centro penitenciario mediano suele contar con una media de unos 60 internos que realizan funciones de ordenanzas.

El año 2016 se presentó el Proyecto SALADINO como un programa de prevención y control de internos en diversas facetas de radicalismo y extremismo de etiología yihadista (terroristas y activistas principalmente). Hay que tener en cuenta que una persona que tiene la intencionalidad de cometer un atentado no quiere decir que pasados tres años quiera seguir haciéndolo (podemos compararlo por ejemplo con la intencionalidad suicida con sus altibajos).

Contrariamente a lo que pensamos, el hecho que muchos internos árabes (principalmente) empiecen a adoptar posturas o un grado de compromiso religioso más elevado que el que tenían se debe principalmente a que para muchos de estos, la conversión es consecuencia de un pragmatismo a corto plazo, buscando la protección de la multitud de fuerzas que buscan causarles daño<sup>32</sup>.

La mayoría de los presos autodeclarados *islámicos* sólo buscan la protección<sup>33</sup>. Muchos internos se reinician en la práctica de la religión intentando dar un significado a sus vidas, apartándose del pasado y como medio de expiación de sus pecados. Poder pertenecer a un grupo es necesario para mucha gente. Las necesidades de seguridad y afectivas de los presos musulmanes los podría hacer permeables al adoctrinamiento<sup>34</sup>. El problema principal es quién va a darle las pautas de cómo hay que pensar, comportarse y actuar como un “*buen musulmán*”, porque son pautas de aprendizaje diarias y que se realizan constantemente en multitud de espacios que los funcionarios no controlan (por ejemplo, la convivencia dentro de la intimidad de la celda).

Intentar reconducir ideas y convicciones basadas en narrativas violentas y totalitarias no es tarea sencilla, debido a que la afinidad entre personas del mismo origen nacional, cultural y religioso ofrece un apoyo afectivo y seguridad física ante un ambiente tan hostil como un centro penitenciario. Lo que está claramente asumido es que crear zonas específicas para radicales implica la constitución de nuevas redes delictivas<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> LARA, C. M. (2018). Programa español de intervención en radicalización violenta con internos islamistas en centros penitenciarios. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, (20), 51-67.

<sup>33</sup> HAMM, M. S. (2009). Prison Islam in the age of sacred terror. *The British Journal of Criminology*, 49(5), 667-685.

<sup>34</sup> TRUJILLO, H. M., JORDÁN, J., GUTIÉRREZ, J. A., & GONZÁLEZ, J. (2008). Indicios sobre la radicalización yihadista en prisiones. *Athena Assessment*, 12(8), 1-3.

<sup>35</sup> VANDERHAEGHEN, O. (2018). Prevención de la radicalización violenta. De la comprensión a la prevención del fenómeno. Departament de Justicia. Generalitat de Catalunya.

Las narrativas victimistas son una fuente de alimentación que contrarrestan frustraciones provocadas por la imposibilidad de realizar una vida en libertad. La narrativa carcelaria suele culpar a la sociedad, jueces, fiscales, policías, funcionarios de prisiones, etc. de comportamientos racistas y arbitrarios por el hecho de ser árabes o musulmanes, queda claro que el victimismo refuerza los argumentos del interno. Encontramos activistas carismáticos que cuentan con conocimientos y retórica, suelen captar y adoctrinar<sup>36</sup> tanto de forma consciente o inconsciente. Otros agentes de radicalización que enumera el Real Instituto Elcano<sup>37</sup> son amigos, familiares y compañeros de trabajo previamente radicalizados<sup>38</sup>, y que bajo el contexto que hablamos, comunican mediante correspondencia, vía telefónica y presencialmente.

Para finalizar, el peso que tiene la figura de un interno FIES en el patio y el rol que ocupará irá más relacionado con aspectos personales que por el tipo de delito que ha cometido. Hablamos de personas elaboran muy bien discursos y tienen carisma, que tienen cierto nivel de violencia o que conocen a gran parte de los internos del módulo. Los grupos organizados relatados antes son los que realmente se apoderan de los espacios de la prisión, por lo que ser un miembro FIES simpatizante o miembro de una organización terrorista, no asegura que esa persona tenga cierta posición de poder si no tiene otro tipo de características personales o grupales.

Los centros penitenciarios españoles deben continuar con su política centrada en promover una visión no estigmatizadora del trabajo realizado por los profesionales de instituciones penitenciarias, que cumplen con el cometido de intentar convencer y ayudar a planificar planes individualizados de tratamiento a personas con conductas desviadas. El acercamiento humano que tiene un profesional de prisiones (principalmente el encargado de la vigilancia interior), le permite tener buenas relaciones con los internos,

---

<sup>36</sup> NESSER, P. (2006, April). Structures of jihadist terrorist cells in the UK and Europe. In Proceedings of the joint FFI/King's college conference on "the changing faces of jihadism", It is actually a presentation, not proceedings authors notes. Kings College, London.

<sup>37</sup> GARCÍA-CALVO, C., & REINARES, F. (2013). Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo. Análisis del Real Instituto Elcano, 16(2013), p. 18.

<sup>38</sup> Sirva de ejemplo año 2014: Farid Mohamed Al Lal se radicalizó durante su estancia como interno en la cárcel salmantina de Topas. En la denominada Operación Chacal fueron detenidos en Ceuta el hermano de Farid, así como Anwar Alli Amzal y su hermano Rodouan. <http://www.elnortedecastilla.es/salamanca/201502/03/interior-vigila-presos-musulmanes-20150203125251.html>

facilitando sumamente el trabajo y acompañamiento necesario para una buena adaptación de los presos en un entorno tan hostil.

## Conclusiones

Esta ley criminal (subcultura carcelaria) está fundamentada en una narrativa que moralmente muchos internos aceptan como legítima. Vulnerar esta *omertá* implica castigos, por mucho menos alguien recibió una paliza y si quería conservar algo de orgullo y evitar más problemas, declaró haber tropezado y caído por las escaleras o resbalar al salir de la ducha. El interno debe combinar ese *código moral* con las normas de régimen de vida que le imponga la administración en función a una serie de factores que marcará su clasificación y tratamiento. Pero visto el volumen de dinero que genera el tráfico de drogas dentro de prisión, los grupos organizados carcelarios aplicarán con dureza la subcultura carcelaria dirigida a todos los internos que puedan, para garantizar la estabilidad de su mercado ilegal dentro de las prisiones.

Todos los estudios aquí citados concluyen que uno de los lugares donde las personas se están radicalizando sucede en nuestras cárceles españolas. Inevitablemente un nutrido número de internos pasan a ser posible cantera y escuela donde forjar una nueva generación de radicales. Pero estos radicales no sólo son aquellos de etiología yihadista. Dentro de los módulos, bandas latinas compiten con los tradicionales clanes gitanos para imponer la supremacía y control de los patios, y así extorsionar y hacerse con la distribución de las drogas. Auténticos *lobos solitarios* de tendencia neonazi, altamente musculados y reacios al trato con los profesionales de vigilancia, se encargan de recomprar las deudas que genera el consumo de drogas, y persiguen con su nombre y su sombra estén donde estén a los deudores que ven cómo se incrementa el adeudo en un 200%. Ningún módulo de esa cárcel empieza a ser seguro para ellos. Miembros de bandas moteras 1% se sientan a desayunar y comer con algún *mero mero* mexicano que pertenece a cárteles del narcotráfico, sellando tratos y convenios de colaboración para abrir nuevas rutas de distribución hacia el norte de Europa, aprovechando la infraestructura y los *clubs house* de los hermanos bikers. Veteranos atracadores con tendencia sociópata, hartos de realizar desafíos a la institución a través de autolesiones y huelgas de hambre, abrazan postulados anarquistas y envían cartas a grupos anticarcelarios. Han aprendido a justificar sus atracos, llamándolos ahora *expolios*, sentenciando con su nombre y apellidos que la lucha aún continúa y que no pueden con él.

En la universidad del crimen, aparece una nueva asignatura llamada yihad penitenciaria, donde muchos internos con cierto talento hacen saltar alarmas ganándose una posición que instrumentalizan para conseguir beneficios sólo al alcance de un verdadero *kie*, pero hay otros que vienen con su delito principal abrazado a la yihad global, y que reclaman también su espacio/estatus en el patio. Esto es parte del escenario de la radicalización desde el punto de vista de la subcultura carcelaria, y donde los profesionales de instituciones penitenciarias deben aplicar sus herramientas y conocimientos para convencer a personas que se aparten de sus posturas más criminales, e intenten llevar una vida tranquila y austera dentro de sus posibilidades como hace la mayoría de la sociedad.

La radicalización es uno de los factores más preocupantes dentro del centro penitenciario respecto del terrorismo, si bien quizá sea uno de los aspectos más difíciles de subsanar en un sujeto. Por ello, la radicalización es un fenómeno que cada vez es más complejo y en una constante evolución. En este sentido, destaca en palabras de la Unión Europea<sup>39</sup> que la radicalización tiene diferentes causas subyacentes, es decir, que opera a partir de técnicas de comunicación -narrativa y propaganda- y reclutamiento diversas y se caracteriza por tener unos objetivos globalizados y móviles dentro y fuera de Europa. Crece en diversos contextos urbanos y periféricos -entre los que cabe señalar la *subcultura penitenciaria*.

## Bibliografía

- ALONSO PASCUAL R., (2007). “Procesos de radicalización de los terroristas yihadista en España”. *ARI*, N° 31/2007
- ALONSO PASCUAL, R. (2009). *Procesos de radicalización y reclutamientos en las redes de terrorismo yihadista*. La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional. IEES.
- BAUER, A., (2016). *Les 100 mots du terrorisme*, Paris, PUF (Coll. Que sais-je?).
- CABALLERO CASAS, J. R. (2018). Los Grupos Urbanos Violentos y los delitos de odio. El uso de la simbología violenta como determinante al comportamiento criminal. Herramientas para los profesionales para detectar el discurso y los símbolos de odio de los Grupos Urbanos Violentos. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya)

---

<sup>39</sup> Bruselas COM (2016) 379 final.



- CANO, M.A., (2010). *Generación Yihad. La radicalización islamista de los jóvenes musulmanes en Europa*, Dykinson, Madrid.
- COM. (21 de septiembre de 2005). *Afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta*. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. (2006). *La lógica del terrorismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “Terrorismo internacional: análisis de la radicalización y estrategias para la prevención”, en *Cursos de verano 2016*, Universidad Complutense de Madrid, San Lorenzo de el Escorial, 6-8 de julio
- ESDIP. Disponible en:  
[http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas\\_ESDIP.htm](http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas_ESDIP.htm)
- GARCÍA-CALVO, C., & REINARES, F. (2013). Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo. *Análisis del Real Instituto Elcano*, 16(2013), 18.
- HAMM, M. S. (2009). Prison Islam in the age of sacred terror. *The British Journal of Criminology*, 49(5), 667-685.
- MOGHADDAM, F., “Straicase to Terrorism. A psychological exploration”, *dans The American Psychologist*, February-March 2005
- KHOSROKHAVAR, F., *Radicalisation*, Paris, 2014
- LARA, C. M. (2018). Programa español de intervención en radicalización violenta con internos islamistas en centros penitenciarios. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, (20), 51-67.
- LÓPEZ MELERO, M., (2017). “El perfil criminológico como técnica de investigación en el terrorismo islámico”. *La Ley Penal*. N°126, mayo-junio, versión online
- LÓPEZ MELERO, M., (2018). Perfiles, radicalización y motivaciones de los terroristas, material del Máster Universitario en Estudios Internacionales en Terrorismo Global de la Universidad Internacional de la Rioja.
- MONTERO, A. (4 de septiembre de 2007). Doctrina de infiltración para inteligencia contraterrorista. *Athena Paper*, 2(3), 7 y ss.

- NATIONAL SECURITY CRIMINAL INVESTIGATIONS. (2009). *Radicalization: A Guide for the Perplexed*. Hereinafter: Royal Canadian Mounted Police.
- NESSER, P. (2006, April). Structures of jihadist terrorist cells in the UK and Europe. In Proceedings of the joint FFI/King's college conference on "the changing faces of jihadism", It is actually a presentation, not proceedings authors notes. Kings College, London.
- PRECHT, T., (2007). *Home grown terrorism and Islamist radicalisation in Europa. From conversión to terrorism*. Danish Ministry of Justice, December.
- REINARES, F., (1998). *Terrorismo y Antiterrorismo*, Paidós, Barcelona.
- SENATE COMMITTEE ON HOMELAND SECURITY AND GOVERNMENTAL AFFAIRS, "Threat of Islamic Radicalization to the Homeland," 110 th Cong., 1 st sess., March 14, 2007.
- TORRES SORIANO, M. (2009). *El eco del terror. Ideología y propaganda en el terrorismo yihadista*. Madrid: Plaza y Valdés.
- TRUJILLO, H. M., JORDÁN, J., GUTIÉRREZ, J. A., & GONZÁLEZ, J. (2008). Indicios sobre la radicalización yihadista en prisiones. *Athena Assessment*, 12(8), 1-3.
- VANDERHAEGHEN, O. (marzo de 2018). *Prevención de la radicalización violenta. De la comprensión a la prevención del fenómeno*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Recuperado el 3 de septiembre de 2019, de [http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions\\_per\\_temes/execucio\\_penal\\_i\\_justicia\\_juvenil/liaise2-castella.pdf](http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions_per_temes/execucio_penal_i_justicia_juvenil/liaise2-castella.pdf)

## La empleabilidad del criminólogo/a: propuestas para el ámbito público y privado<sup>(\*)</sup>

### The criminologist's employability: proposals for the public and private sector

Adrián Giménez Pérez<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción. **I.** Nuevas perspectivas y propuestas de empleabilidad de los/as criminólogos/as en el sector de la administración pública y de la empresa privada. **II.** Propuesta de opción laboral del criminólogo/a como director de cumplimiento normativo (*compliance officer*) en el sector público y privado. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

**Resumen:** En los últimos 20 años, los estudios de Criminología han pasado por distintas etapas evolutivas, al igual que su aplicación en el mundo laboral, pasando de ser un título propio que principalmente cursaban miembros de las FFCC a ser una titulación oficial reconocida en la actualidad, que cursan en las universidades tanto jóvenes estudiantes como funcionarios/as policiales, cambiando el abanico de oportunidades de empleabilidad de los/as criminólogos/as.

**Palabras clave:** empleabilidad, criminólogo/a, administración, empresa.

---

(\*) Recibido: 03 diciembre 2019 | Aceptado: 09 diciembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Doctorando en Criminología por la Universidad de Murcia. España.  
[adrian.g.p@um.es](mailto:adrian.g.p@um.es)

**Abstract:** In the last 20 years, Criminology studies have gone through different evolutionary stages, as well as their application in the world of work, going from being their own degree, mainly members of the FFCC to be an official degree recognized today. Young students and police officers are studying at universities, changing the range of employability opportunities for criminologists.

**Keywords:** employability, criminologist, administration, company.

---

## Introducción

Según García-Pablos de Molina (2009) la Criminología es:

Una ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen (contemplado éste como problema individual y como problema social) así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito.

La formación en criminología ha pasado en las últimas dos décadas, del título propio que, según el plan de estudios y la universidad que lo impartía, el Ministerio de Educación certificaba como equivalente, en su caso, a la antigua diplomatura universitaria a los únicos efectos de acceso de tomar parte en los procesos de acceso a los cuerpos, escalas y categorías de las fuerzas y cuerpos de seguridad dependientes de las distintas administraciones públicas, a convertirse en una licenciatura o grado oficial universitario, en su caso. (p.9)

En este sentido, ha ocurrido lo mismo con la empleabilidad de los/as criminólogos/as que únicamente se centraba en el seno de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y que mayoritariamente se utilizaba para ascender o promocionar a categorías del grupo A, subgrupo A2, y en la actualidad cada vez tiene más cabida en otros ámbitos tanto de la administración pública como del sector de la empresa privada, quedando aún mucho camino por recorrer.

## **I. Nuevas perspectivas y propuestas de empleabilidad de los/as criminólogos/as en el sector de la administración pública y de la empresa privada.**

Actualmente, hay bastantes universidades españolas que ofrecen el título de grado en criminología con un abanico variado de salidas profesionales la mayoría de ellas compartidas por López de Arcaute (2011), consistentes en: “Directivo en empresas de seguridad, acceso y promoción interna a cuerpos y fuerzas de seguridad, perito criminólogo y criminalista, investigadores privados, mediadores penales y familiares, integrante de los equipos de tratamiento en Instituciones Penitenciarias, docencia universitaria, etc”. (pp.4-5)

En este sentido, según la orientación que cada uno enfoque su formación complementaria podrá decantar su carrera profesional a un sector u otro. No obstante, a parte de las salidas laborales reseñadas, hay otras que también se comentan como opciones y son la de *compliance officer* (oficial, responsable o director de cumplimiento normativo) y las relacionadas con la ciberseguridad que es otro campo que va en auge.

Por otra parte, a mi juicio, como crítica constructiva podemos observar que existen titulaciones oficiales de criminología de los niveles 2, (grado) 3 (máster) y 4 (doctorado) del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (MECES), pero sin embargo no las hay del nivel 1, que se corresponde con el título de técnico superior de formación profesional o equivalente. Pues bien, creo que otra manera de dar salida profesional a los/as criminólogos/as sería creando un título de nivel 1 MECES que corresponde al grupo B del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, relacionado con la seguridad pública y privada, que pudiese exigirse como requisito *sine qua non* para poder trabajar en el ámbito público y privado de la seguridad, como vigilantes y sus especialidades, jefe de seguridad, etc., así como para opositar a cualquier cuerpo de seguridad público, es decir, policía local, guardia civil, policía nacional, etc., de manera que se pudiera impartir dicho ciclo formativo profesional en determinados institutos de educación secundaria como ocurre con otras ramas de la formación profesional en toda España, como es el caso del título de técnico superior en coordinación de emergencias y protección civil perteneciente a la rama de seguridad y medio ambiente.

En este sentido, mi propuesta sería crear un título de técnico superior en seguridad pública y privada, con una duración de 2000 horas, cuyo currículo formativo teniendo en cuenta las exigencias formativas en la

Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad (2012), por la que se determinan los programas de formación del personal de seguridad privada, podría contener los siguientes módulos profesionales:

- Derecho Constitucional.
- Derecho Penal.
- Derecho Procesal-Penal.
- Derecho Administrativo Especial.
- Derecho Laboral.
- Emergencias y Primeros Auxilios.
- Preparación Física y Defensa Personal.
- Armamento y Tiro.
- Formación en Centros de Trabajo.

En lo atinente, a las salidas profesionales de dicho ciclo formativo, podrían ser, entre otras:

- Vigilante de Seguridad.
- Jefe de Seguridad.
- Controlador de accesos.
- Acceso a las fuerzas y cuerpos de seguridad, a través de los procesos selectivos correspondientes establecidos, en su caso (oposición, concurso, concurso-oposición, etc.).

Una vez obtenido el ciclo formativo superior en materia de seguridad reseñado, nos permitiría acceder a otros cursos de especialización de formación profesional con carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, como: de escolta privado, vigilante de explosivos, guías caninos, seguridad portuaria y aeroportuaria, ciberseguridad, etc.

De esta manera, conseguiríamos dotar de mayor profesionalidad al sector y evitaríamos que ocurriesen hechos como el acaecido recientemente en Salamanca, donde la policía nacional ha cerrado una academia que falsificaba títulos de vigilante de seguridad a cambio de dinero sin necesidad de realizar el curso.

No obstante, en lo que respecta a las especialidades de director de seguridad y detective privado, entiendo que debería exigirse un grado oficial universitario y/o máster oficial, en su caso, para poder ejercer la profesión.

Por otra parte, ara poder conseguir el objetivo reseñado de mejorar la preparación de los aspirantes a ser miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad mediante la exigencia de un título de técnico superior en formación profesional, sería necesario modificar la actual Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que tiene más de 30 años que como ejemplo de su desfase, establece en su artículo 39, apartado c), como requisito mínimo de titulación académica para las Policías Locales el graduado escolar.

Así las cosas, con dicho cambio normativo, se ampliaría el sector laboral de los/as criminólogos/as tanto en el campo de la seguridad pública y privada, como en el ámbito de la docencia que también alcanzaría la formación profesional en los institutos con la formación complementaria necesaria correspondiente, además de la universitaria, en su caso.

Además, también propongo que se potencie y regule con carácter de mínimos, la escala facultativa técnica en las policías locales a través de sus respectivas leyes de coordinación, integradas por funcionarios de carrera del grupo A, subgrupos A1 y A2, respectivamente, pero no como algo opcional sino obligatorio en función de los habitantes de derecho del municipio, es decir, por ejemplo, se podría establecer que la creación de la escala facultativa técnica de las policías locales fuese obligatoria en poblaciones de 50.000 habitantes o más, y en las de menos potestativo. Dicha escala podría nutrirse de juristas, psicólogos /as, criminólogos/as, etc., tanto del seno de los propios cuerpos policiales (promoción interna) como de fuera (turno libre), pudiendo formar parte de los equipos de servicios sociales municipales, trabajar en colaboración con las oficinas de atención a la víctima del delito en grupos de violencia de género u otros, en su caso, equipos de servicios sociales autonómicos, alcaldía o determinadas concejalías como asesor, inspección de trabajo y seguridad social, unidades de policía judicial (mediante acuerdos de la junta local de seguridad), mediación, violencia de género y menores, delitos telemáticos, etc.

Concretamente, en lo que respecta al desempeño de las funciones de inspector o subinspector de trabajo y seguridad social por policías locales, podría materializarse la propuesta desde dos perspectivas:

- a) Mediante la creación de una unidad específica con dependencia autonómica compartida entre la Conselleria o Consejería competente en materia de policía y la competente en materia de empleo o trabajo. Los policías locales que quisieran aspirar a los puestos ofertados deberían pasar un proceso selectivo compuesto de tres partes, una fase de oposición, una segunda fase de

concurso, y después una tercera fase consistente en superar un curso de formación en la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- b) Mediante la creación de una unidad con dependencia municipal del ayuntamiento adscrita o integrada en la escala facultativa técnica de la policía local, grupo A, subgrupo A1 y A2, respectivamente, a la que se podría acceder tanto por turno libre y/o promoción interna a las plazas ofertadas, reservándose la cuota de promoción interna para policías locales, y en caso de no cubrirse se pasarían al turno libre, al que podría optar cualquier persona que reúna los requisitos que se exijan, en su caso.

Otra opción laboral para potenciar la empleabilidad de los/as criminólogos/as en el ámbito de las policías locales, podría ser mediante la creación de laboratorios de investigación criminal a nivel autonómico que se nutriesen de miembros de las policías locales, en su caso, así como de personal externo que reúna los requisitos que se establezcan, de manera similar al que tienen los *mossos d'esquadra* en Cataluña, con sus correspondientes unidades centrales de inspecciones oculares, identificación lofoscópica, de balística y trazas instrumentales, informática forense, documentoscopia, etc.

## **II. Propuesta de opción laboral del criminólogo/a como Director de Cumplimiento Normativo (*Compliance Officer*) en el Sector Público y Privado.**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 64 ya establece como obligación la adopción de:

Medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. (pp.107778-107779)

En este orden de cosas, con el objeto de garantizar una buena praxis corporativa en ámbito del sector público, una propuesta óptima de empleabilidad para los criminólogos/as sería a través de la potenciación de la figura del director del cumplimiento normativo o *compliance officer* en las administraciones públicas, que, para el caso concreto de las



administraciones locales, a mi juicio sería conveniente que dicha figura fuese desempeñada por un/a funcionario/a de habilitación de carácter estatal.

No obstante, para comenzar habría que modificar el artículo 92 bis de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como el artículo 2 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, para incluir entre las funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, la siguiente: Secretaría-Intervención-Director de Cumplimiento Normativo.

Por otra parte, a nivel autonómico, podemos destacar como ejemplo en la Comunidad Valenciana, la figura de la Inspección General de Servicios con la que la administración pretende crear un ente con un rol similar al de *compliance officer* que, a tenor de lo establecido en el preámbulo de la Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la administración de la Generalitat y su sector público instrumental su función será:

Velar para que la actuación de la administración pública de la Generalitat, y su sector público dependiente, se ajuste a la legislación que le sea de aplicación, en función de los correspondientes reglamentos orgánicos y funcionales, siendo cada departamento, y en especial los entes del sector público instrumental, quienes ha de asumir las responsabilidades en su ámbito de actuación. (p.43279)

En este sentido, en la Disposición Transitoria de dicha ley, que lleva por rúbrica “*curso específico de formación*” contempla que:

El personal que ocupe puestos de inspector o inspectora de servicios, o sea designado temporalmente para esta función, deberá acreditar contar con formación adecuada mediante un curso de perfeccionamiento para la inspección de servicios homologable por el Instituto Valenciano de Administración Pública (IVAP). En caso de que este personal no haya realizado este curso, deberá realizarlo en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley. (p.43299)

Por último, también tenemos que destacar el manifiesto y evidente potencial de empleabilidad en el sector privado para los/as criminólogos/as en el campo *compliance*, donde en los años venideros deberían incrementarse notablemente las ofertas de trabajo, puesto que las personas jurídicas también pueden tener responsabilidades penales a tenor de lo establecido en el artículo 31 bis del vigente Código Penal y deben adoptar

las medidas de cumplimiento normativo que establece el ordenamiento jurídico, es decir, deben prevenir, detectar y corregir los delitos que puedan producirse en su compañía implementando planes de prevención del delito.

## Conclusiones

La profesión del criminólogo/a es un diamante en bruto pendiente de tallar y pulir por la sociedad, para poder llevar a cabo dicho cometido es necesaria la participación de diversos agentes sociales como son los colegios oficiales de criminólogos, sindicatos, partidos políticos, universidades, etc., en aras a buscar el lugar que le corresponde ocupar en el mercado laboral.

En este sentido, potenciar la figura del director de cumplimiento normativo (*compliance officer*) en la administración pública abriría un sector laboral para los/as criminólogos muy interesante, y que de alguna manera permitiría evolucionar y mejorar el funcionamiento de la Administración Pública con la implantación de planes de prevención de delitos a los que debería añadirse para su efectividad el cumplimiento normativo en materia de protección de datos de carácter personal y prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de sus perspectivas de proyección profesional en el ámbito del sector privado empresarial.

También es necesaria la creación de un título de técnico superior de formación profesional en materia de seguridad pública y privada con el objeto de incrementar la profesionalización del sector y evitar la comisión de irregularidades como, entre otras, la falsificación de títulos de vigilante por academias como el caso de Salamanca.

Por último, los poderes públicos deberían potenciar y regular, con carácter de mínimos, la escala facultativa técnica en el seno de las policías locales dado el abanico de posibilidades que puede ofrecer y que he argumentado en este artículo.

## Referencias bibliográficas.

Curiel López de Arcaute, A.M (2011). *El criminólogo del siglo XXI en España*. Derecho y cambio Social, 23, 4-5. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500744>

González, E. (2015, 16 de abril). El laboratorio contra el crimen de los Mossos d'Esquadra *Seguritecnia.es*. Recuperado de <http://www.seguritecnia.es/seguridad-publica/fuerzas-y-cuerpos-de-seguridad/el-laboratorio-contra-el-crimen-de-los-mossos-d-esquadra>

García-Pablos de Molina, A. (2009). *La Criminología como ciencia*

*empírica e interdisciplinaria*. Criminología I (p.9). Villamayor, Salamanca: Solo Soluciones S.L.

Giménez Pérez, A. (8 de agosto de 2018). La obligación de auxilio y colaboración de las Policías Locales con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Mensaje en un blog). Recuperado de <https://prevencionar.com/2018/08/08/la-obligacion-de-auxilio-y-colaboracion-de-las-policias-locales-con-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social/>

La policía cierra una academia en Salamanca que falsificaba títulos de vigilante (11 de noviembre de 2019). *La Crónica de Salamanca*. Recuperado de <https://lacronicadesalamanca.com/254981-la-policia-cierra-una-academia-en-salamanca-que-falsificaba-titulos-de-vigilante/>

Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre). *Boletín Oficial del Estado*, n° 272, 2017, 9 noviembre.

Ley de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental (Ley 22/2018, de 6 de noviembre). *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana* n°8419, 2018, 8 noviembre.

Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo). *Boletín Oficial del Estado*, n° 63, 1986, 14 marzo.

Ley Orgánica del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). *Boletín Oficial del Estado*, n°281, 1995, 24 noviembre.

Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril). *Boletín Oficial del Estado*, n° 80, 1985, 3 abril.

Real Decreto por el que se modifican los Reales Decretos 1027/2011, de 15 de julio, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (MECES), y 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales (Real Decreto 96/2014, de 14 de febrero). *Boletín Oficial del Estado* n°55, 2014, 5 marzo.

Real Decreto por el que se establece el título de Técnico Superior en Coordinación de Emergencias y Protección Civil y se fijan sus

enseñanzas mínimas (Real Decreto 906/2013, de 22 de noviembre). *Boletín Oficial del Estado n°301*, 2013, 17 diciembre.

Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo). *Boletín Oficial del Estado n°67*, 2018, 17 marzo.

Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se determinan los programas de formación del personal de seguridad privada (Resolución de 12 de noviembre de 2012). *Boletín Oficial del Estado n° 296*, 2012, 10 diciembre.

## **A influência do pensamento político-criminológico nos institutos de direito internacional: análise do *Habeas corpus* de Olga Benário no Supremo Tribunal Federal<sup>(\*)</sup>**

**The influence of political-criminological thinking in international law institutes: analysis of Olga Benário's *Habeas corpus* in the Federal Supreme Court**

**La influencia del pensamiento político-criminológico en los institutos de derecho internacional: análisis del proceso de hábeas corpus de Olga Benário en el Supremo Tribunal Federal**

**Noêmia Amélia Silveira Fialho<sup>1</sup>**

**Marcelo Fernando Quiroga Obregón<sup>2</sup>**

---

**Sumário:** Introdução. 1. O instituto da expulsão. 2. Do pensamento político-criminológico nos anos de 1930. 3. A

---

<sup>(\*)</sup> Recibido: 18 diciembre 2018 | Aceptado: 30 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: [noemiaasilveiraf@gmail.com](mailto:noemiaasilveiraf@gmail.com).

<sup>2</sup> 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](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

expulsão de Olga Benário e o julgamento do *Habeas corpus* 26155. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objeto de análise a influência do pensamento político e criminológico nos institutos de direito internacional, mais especificamente no instituto de expulsão, a partir do julgamento do *Habeas corpus* que confirmou a expulsão de Olga Benário. A partir da análise do instituto da expulsão e do pensamento político-criminológico que influenciou o período de julgamento sob a base teórica da criminologia crítica e sua perspectiva sobre o positivismo criminológico, com autores tais quais Gabriel Anitua e Vera Andrade. Assim, será possível obter os panos de fundo teóricos suficientes para tecer uma análise ao julgamento do *Habeas corpus* 26155 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja paciente foi Olga Benário. Além de identificar como o pensamento político-criminológico em ascensão na época foi capaz de influenciar a aplicação do instituto da expulsão no caso em concreto de Olga Benário.

**Palavras-chave:** expulsão, pensamento político-criminológico, *Habeas corpus* 26155, Olga Benário.

**Abstract:** The object of this work is to analyze the influence of political and criminological thought in the institutes of international law, more specifically in the institute of expulsion, from the trial of *Habeas corpus* that confirmed the expulsion of Olga Benário. From the analysis of the institute of expulsion and political-criminological thought that influenced the trial period under the theoretical basis of critical criminology and its perspective on criminological positivism, with authors such as Gabriel Anitua and Vera Andrade. Thus, it will be possible to obtain enough theoretical backgrounds to weave an analysis of the *Habeas corpus* 26155 trial judged by the Federal Supreme Court, whose patient was Olga Benário. Besides identifying how the political-criminological thought in ascension at the time was able to influence the application of the expulsion institute in the concrete case of Olga Benário.

**Keywords:** expulsion, political-criminological thought, *Habeas corpus* 26155, Olga Benário.

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar la influencia del pensamiento político y criminológico en los institutos de derecho internacional, más específicamente en el instituto de expulsión, a partir del proceso de *Habeas corpus* 26155, en el cual el *Supremo Tribunal Federal*, confirmó la expulsión de Olga Benário,

ciudadana alemana, de Brasil. Se hace un análisis del instituto de expulsión y del pensamiento político-criminal que influyó en el desarrollo del juicio indicado, considerando la base teórica de la criminología crítica y su perspectiva sobre el positivismo criminológico, con autores como Gabriel Anitua y Vera Andrade. De esta manera, se obtienen suficientes antecedentes teóricos para desarrollar un análisis del indicado juicio de *Habeas corpus*. Además se identificó cómo el pensamiento político-criminal en ascenso de la época pudo influir en la aplicación del instituto de expulsión en el caso concreto.

**Palabras clave:** expulsión, pensamiento político-criminológico, *Habeas corpus* 26155.

---

## Introdução

A produção e aplicação do Direito sofre influência dos pensamentos políticos existentes a época de sua criação, por isso, não é possível ignorar o contexto teórico-social que a sociedade, as leis e as decisões judiciais se inserem. Sendo fundamental para a compreensão da história do direito estabelecer um diálogo entre as teorias implantadas em determinado contexto histórico e como essas ideias reverberam nas decisões judiciais.

O objeto desta pesquisa é justamente a análise de uma decisão judicial, especificamente o *Habeas corpus* 26155, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Este remédio constitucional foi impetrado em favor de Olga Benário em 1935, por seu advogado Heitor Lima, com a intenção da Paciente ser mantida recolhida no Brasil e, conseqüentemente, seu decreto de expulsão evitado.

Em primeiro momento, será necessário observar em quais termos se estabelece o instituto da expulsão no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase a sua construção doutrinária e sua previsão legal nos anos 1930, uma vez que este foi o momento histórico em que ocorreu a expulsão e, conseqüentemente, o julgamento em análise.

Em segundo plano, aloca-se a análise das teorias jurídico-políticas vigentes nos anos de 1930, com ênfase nas ideias difundidas pela Criminologia Positivista, a qual estabelece um ponto gravitacional de análise baseada na identificação do crime enquanto uma característica patológica do sujeito. Além disso, observa-se, também, a noção de direito penal do autor, produzida pela crítica criminológica, enquanto aquele ser que é identificado

pelo ordenamento jurídico e social enquanto um ser que merece uma aplicação jurídica, mais especificamente do Direito Penal, diferenciada daqueles que são considerados cidadãos.

Em terceiro plano, por fim, observa-se como o pensamento do Positivismo Criminológico e, também, o direito penal do inimigo se relaciona com os termos da expulsão de Olga Benário e com os termos do julgamento do seu *Habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Assentando-se assim, a pergunta que norteia esta pesquisa, qual seja: de qual forma as teorias jurídico-políticas, como o positivismo criminológico, se relaciona com a expulsão de Olga Benário e o *Habeas corpus* 26155, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

### **1. O instituto da expulsão**

Um estrangeiro fora de seu território, pode ser aceito ou não por outro Estado, reconhecendo, portanto, a livre possibilidade dos Estados procederem frente aos estrangeiros, de forma que o estado tem margem para regulamentar essas formas de lidar com a convivência ou não do estrangeiro em seu território (CAHALI, 2010, p. 362). Nesse sentido, a admissão de um estrangeiro dentro do território de um Estado é pautado na liberdade que este tem para resolver sobre a pertinência daquela pessoa para o Estado. Nas palavras de Mazzuoli (20016, p. 407)

Aqueles a quem o Estado não deseja receber em seu território, pelos motivos que ele achar pertinente, são normalmente qualificados como indesejáveis. O Estado também é livre para aceita-los somente em determinados casos em condições que lhe pareça adequadas. A admissão de estrangeiros no Estado é, portanto, ato discricionário deste.

Desse modo, tendo em vista a margem de liberdade que um Estado tem se aceitar um estrangeiro ou não, o Direito Internacional prevê essa possibilidade de retirada do estrangeiro do território de um Estado por intermédio de três institutos, quais sejam: expulsão, deportação e extradição (GUERRA, 2016, p. 371/372). O foco desta pesquisa, como já mencionada anteriormente, será a análise do instituto da expulsão.

A expulsão de um estrangeiro se caracteriza por intermédio da justificação dele ser nocivo à ordem pública ou social do Estado que o admitiu (GUERRA, 2016, p. 372). Assim, a causa que irá fundamentar a expulsão será prevista em lei, mas também será pautada em uma perspectiva política, já que os atos que sustentam a expulsão afetam à ordem pública ou social do Estado, conforme aludido supra.

Em outras palavras, tem-se que a expulsão nada mais é do que “o ato pelo qual o estrangeiro, com entrada ou permanência regular em um país, é



obrigado a abandoná-lo por atitude contrária aos interesses desse Estado (DEL'OLMO, 2006, p. 198).

Nesse sentido, é correto afirmar que a (DOLINGER, 2011, p. 130)

[...] expulsão do estrangeiro nocivo está inserida no poder discricionário do Estado, representando uma manifestação de sua soberania, decorrência lógica de seu poder de admitir ou recusar a entrada do estrangeiro.

Este talvez seja o ponto principal que distingue o nacional do estrangeiro: enquanto aquele tem o direito inalienável de permanecer em seu solo pátrio (só os regimes de força ousam banir seus nacionais), o estrangeiro não tem esta garantia pois o Estado, mesmo depois de tê-lo admitido em seu território em caráter permanente, guarda o direito de expulsá-lo se for considerado perigoso para a ordem e tranquilidade pública.

A expulsão é, portanto, em seu sentido de natureza jurídica, uma medida de polícia administrativa, posto que, com o suporte do poder político, o Estado lançando mão do seu direito de defesa da soberania nacional retira do seu território um sujeito que é considerado nocivo (BITENCOURT, 2008, p. 193/194).

É importante salientar que o ordenamento jurídico brasileiro em 2017 fez uma renovação legislativas no que se refere à expulsão, a Lei 13445 reafirmou algumas concepções sobre a expulsão, como é possível observar no art. 54 traz a definição de expulsão como “A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado”. Reafirmando, pois, o caráter compulsório da retirada de um sujeito prejudicial ao país.

Tendo isso em mente, como o caso em concreto que será objeto de análise se passa no ano de 1935, é importante identificar a previsão constituição de 1934 que consolida a previsão do instituto de expulsão no ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, a Constituição de 1934 em seu artigo 113 assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à liberdade, subsistência, segurança individuais e propriedade dentro de alguns termos. Dentro desses termos, está a previsão de que “15) A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do país” (CONSTITUIÇÃO, 1934)

Logo, desde o início do século XX o ordenamento jurídico se preocupa com a permanência de estrangeiros que são considerados nocivos à ordem estabelecida juridicamente e socialmente, de modo que asseguram direito àqueles que seguem o estabelecido e retiram do seu território aqueles que são indesejáveis.

De forma geral, fica claro que o instituto da expulsão se dá de forma unilateral, por força do poder preventivo de polícia, em um ato discricionário em que a União retira de seu território um estrangeiro que viola a ordem instituída no Estado. Por ser um ato discricionário é que a expulsão se torna um instituto que sofre influência das ideias vigentes à época de sua utilização. Justamente neste sentido, que caminha esta pesquisa.

## 2. Do pensamento político-criminológico nos anos de 1930

Para compreender as perspectivas que nortearam o pensamento político criminológico nos anos de 1930 é necessário se debruçar sobre a noção de Criminologia Positivista/Positivismo Criminológico, essa corrente de pensamento, que teve início no século XIX e tem como grandes matrizes o pensamento a Antropologia criminal de Cesare Lombroso e a Sociologia criminal de Enrique Ferri (ANDRADE, 2016, p. 46), pode ser compreendida como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, em outros termos, é um fenômeno social, que é causalmente determinado e tem como função justificar a criminalidade (ANDRADE, 2016, p. 46).

Nesse sentido, uma última proposta de definição do que seria o Positivismo Criminológico seria a de Baratta, quem aduz que (2014, p. 39)

[...] era reconduzido assim, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores.

Em outros termos, o Positivismo Criminológico confere ao delito uma concepção determinista, ou seja, não se faz mais uma análise meramente do delito a partir de suas classificações delituosas, mas sim sobre o autor do delito e a classificação deles (BARATTA, 2014, p. 39).

Além dos autores do Positivismo Criminológico destacados, há que se mencionar Rafaele Garófalo, quem, a partir do positivismo, trabalhou a concepção de defesa social enquanto luta contra os inimigos naturais perigosos (ANITUA, 2008, p. 314). O conceito de delito trabalhado por Garófalo parte da análise de cada sociedade, cabendo a possibilidade de diferentes inimigos de acordo com o local de análise, por isso, o inimigo delinquente seria avaliado a partir de um critério descritivo (ANITUA, 2008, p. 314). A consideração de criminosos perigosos de Garófalo pode ser exportada para a concepção de ideias políticas perigosas, as quais não se vinculam ao estado de ordem instituída e incentivariam atitudes antissociais e destruição da civilização (BISI, 2016, p. 155).

Logo, umas das conclusões proporcionadas pelo Positivismo Criminológico é a de que existem seres que são naturalmente nascidos para romper com a ordem imposta, ou seja, cometer delitos, bem como é possível a existência de ideias/projetos políticos que também são danosos para a sociedade.

Essas ideias antidemocráticas em crescente marcha pela Europa, também foram exportadas para o Brasil e aplicadas ao contexto brasileiro, traduzidas principalmente após o evento da “Intentona Comunista”, que resultou com a expulsão de Olga Benário do Brasil para a Alemanha.

Acerca das movimentações da esquerda no Brasil, é fundamental destacar primeiramente os levantes em 1935, com uma tentativa de revolucionária, que ligava o PCB e a Aliança Nacional Libertadora (ANL), em prol de ideais comunista e representavam a continuidade dos esforços revolucionários da década de 1920. Os movimentos que aconteceram em Natal, Recife e Rio de Janeiro, tiveram diferentes estopins, que culminaram em um similar resultado: a união de militares e civis tentando se rebelar contra a ordem vigente e em prol dos ideais comunistas. Tendo sido todas as manifestações, nos três estados citados, repelidas pelo governo. (MOTTA, 2000, p. 18).

A Intentona Comunista foi, então, um evento que fomentou a criminalização do comunismo nos anos seguintes com base em uma perspectiva da criminologia positivista prevalente na época. Exemplo claro disso é justamente o caso do julgamento de Olga Benário.

É importante destacar ainda, que apesar da Intentona Comunista ter sido um evento que marcou as ações do Estado Brasileiro em face dos ideais de esquerda, desde outubro de 1934, Vargas já demonstrava interesse em iniciar um processo de combate aos ideais comunistas (BISI, 2016, p. 93) e, conseqüentemente, defender a ordem política instaurada em seu governo.

Além das ideias da Criminologia Positivista, é importante destacar as reflexões propostas pelo direito penal do inimigo, que, em termos gerais propostos por Zaffaroni, que “o inimigo é uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo” (2011, p. 83). Deste modo, a diferenciação entre o cidadão e o inimigo reverbera na esfera jurídica e, conseqüentemente, no modo como o Estado observa o inimigo. Zaffaroni explica (2011, p. 18)

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou aninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis [...]

Logo, o direito penal do inimigo estabelece diferentes padrões de atuação estatal frente a alguns sujeitos sociais. No caso do Brasil a partir dos anos de 1930, os sujeitos firmados como inimigos do Estado foram os comunistas. Sendo que após as ondas comunistas de 1935, a Intentona Comunista, o Estado se virou para a criação de um aparato repressivo frente às ameaças vermelhas, conforme é possível notar no projeto de lei n. 78/1935<sup>3</sup>: “Uma coisa é a liberdade, outra a anarquia. Aquela vive e prospera dentro da lei, da disciplina e da ordem; esta visa o aniquilamento da ordem, da disciplina e da lei.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1935).

O exemplo claro desse aparato repressivo é a Lei de Segurança Nacional teve caráter repressivo contra a instabilidade promovida na década de 1930, durante o governo varguista, com foco especial em criação de um Direito Penal voltado para a defesa social, com a posterior decretação de um Estado de Guerra para fortalecer as forças repressivas frente às ideias comunistas, sendo que a Emenda Constitucional n. 1/1936 fixou essa possibilidade do Estado de Guerra.

Portanto, o Estado brasileiro nos anos de 1930 traduziram as concepções do positivismo criminológico e realizou a sua aplicação por intermédio da criminalização do comunismo através da decretação do Estado de Guerra e estabelecimento do Direito Penal voltado para a defesa social.

### **3. A expulsão de Olga Benário e o julgamento do *Habeas corpus* 26155**

#### **3.1. O pedido de ordem na petição de Heitor Lima**

Olga Benário foi presa em razão dos atos praticados durante os eventos que foram chamados de Intentona Comunista. Após a prisão desta, por ser de origem alemã, fora expulsa do Brasil por intermédio de um decreto editado pelo então Ministro da Justiça. Em razão dessa expulsão, o advogado de Olga Benário, Heitor Lima, impetrou o *Habeas corpus* 26155 no Supremo Tribunal Federal com a intenção de manter a prisão dela no Brasil e evitar que ela fosse expulsa pelo decreto ministerial.

Um dos argumentos trabalhados pela defesa se deu no sentido de que a paciente não deveria ser expulsa do país, uma vez que deveria ser processada e julgada pelos seus atos no Brasil pelas autoridades nacionais (GODOY,

---

<sup>3</sup> O “Projecto 182-1936” foi o primeiro projeto com a intenção de criar o Tribunal de Segurança Nacional, que teve como relator o deputado Deodoro de Mendonça. Ver mais em BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional: Aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)**. 228 f. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2009. p. 95

2008, p. 50). O *writ* impetrado pela defesa alegava que (*Habeas corpus* 26155).

Não há dúvida, assim, de que Maria Prestes, acusada de participação em graves delictos contra a ordem política e social, está devendo contas a justiça punitiva. Não pode, pois, ser expulsa. Primeiro irá a julgamento; se o remate do processo dor a condenação, cumprirá a pena. Depois, se o Executivo apurar que ella, sem praticar novos crimes, se terá constituído em elemento nocivo a segurança nacional, expulsal-a-á para sempre.

Assim, fica claro que o argumento estabelecido pelo Estado brasileiro é de que a paciente era uma pessoa nociva para os interesses sociais da pátria e que, por isso, deveria ser retirada do país por intermédio do instituto da expulsão. Todavia, um dos argumentos, tal qual exposto supra, da defesa era justamente que apesar da paciente ter cometido um delito e ter sido considerada nociva para a sociedade e planos de ordem do Brasil, ela deveria ser processada e julgada pelos seus atos dentro dos termos do ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, fica claro que o *Habeas corpus* impetrado era justamente para manter a paciente presa e evitar a sua expulsão do Brasil, visto que essa expulsão teria – e teve – um efeito mais gravoso do que a sua condenação criminal no Brasil, já que “o destino seria a Alemanha, onde a condição de judia e o passado de comunista também a condenavam, potencializava-se com prémio a condenação. A condição da liberdade seria a condenação definitiva, que a paciente encontraria no campo de concentração [...]” (GODOY, 2008, p. 52). Este argumento fica expresso no corpo do *writ* impetrado em favor da paciente, veja (*Habeas corpus* 26155).

A paciente impetra habeas-corporis, não para ser posta em liberdade; não para neutralizar o constrangimento de qualquer processo; não para fugir ao julgamento dos seus actos pelo judiciário; mas, ao contrario, impetra habeas-corporis para não ser posta em liberdade; para continuar sujeita ao constrangimento do processo que contra ella se prepara na polícia; para ser submetida a julgamento pera os tribunais brasileiro. Em summa: o habeas-corporis é impetrado afim de que a paciente não seja expulsa.

Noutro ponto, o advogado alegou também que (*Habeas corpus* 26155).

Se a paciente fosse apenas um elemento nocivo, mas nunca houvesse delinquido, a expulsão já não seria premio à agitadora, mas ato de legítima defesa do Estado: não tendo base para condená-la, mas não convindo ao interesse públic a sua permanência em território nacional, o Estado eliminá-la pela expulsão. O Governo, porém, afirma que a paciente é co-autora ao gládio da justiça. Não pode a polícia arrebatar aos tribunais a competência que só eles têm, de julgar criminosos. No correr desta exposição o impetrante explicará porque a paciente prefere viver condenada no Brasil a viver livre em qualquer outra parte do mundo.

Nesse sentido, fica claro, então, que a tese defensiva tinha como finalidade não divergir do ponto central que culminou na expulsão, qual seja, que a paciente de fato praticou atos contra a ordem social do Estado brasileiro, mas que ela deveria ser julgada pelo ordenamento pátrio ao invés de ser expulsa. Além disso, outro ponto suscitado pelo impetrante foi o de que a expulsão transcenderia a figura da paciente, Heitor Lima assim redigiu o writ (*Habeas corpus* 26155)

Além disso, a expulsão teria ainda outra face de ilegalidade, que, nem por ser implícita, seria menos estridente. O decreto de expulsão aludiria apenas à paciente Maria Prestes; mas realmente dois são os expulsandos, dois seriam os expulsos: Maria Prestes traz no seio, com quatro meses de gestação, o gruto do seu amor apaixonado, tormentoso, inexaurível e cego por Luiz Carlos Prestes.

Há um ente gerado no Brasil, e que seria atingido iniquamente pelo decreto de expulsão. Apesar de não ter ainda vindo à luz, nem assim essa vida em embrião escapa aos cuidados e à proteção da lei.

Ocorre que a paciente estava grávida de seu companheiro, Luiz Carlos Prestes, e a expulsão afetaria também a criança, que acabou por nascer em meio ao campo de concentração para o qual a paciente fora enviada após a expulsão do Brasil para a Alemanha (GODOY, 2008, p. 67 e 72). Logo, a defesa da paciente se concentrou, também, em alegar que esta não poderia ser expulsa em razão da sua maternidade em relação a uma criança gerada em terra brasileira e filha de pai brasileiro.

Entretanto, apesar das diversas teses defensivas, a ordem do referido remédio constitucional não foi concedida e, conseqüentemente, Olga Benário foi expulsa do Brasil.

### **3.2. O acórdão do STF e seus fundamentos**

O acórdão que julgou o pedido de ordem que acabou por resultar na expulsão de Olga Benário do Brasil foi sucinto, veja (*Habeas corpus* 26155)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas-corpus impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, afim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do paiz:

A Corte Suprema, indeferindo não somente a requisição dos custos do respectivo processo administrativo, como também o comparecimento da Paciente e bem assim a perícia medica afim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e

Attendendo a que a mesma Paciente é estrangeira e a sua permanência no paiz compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas pelo Exmp. Sr. Ministro da Justiça:

Atendendo a que, em casos taes não há como invoca a garantia constitucional do habeas-corpus, á vista do disposto no art. 2º do Decreto nº 702, de 21 de Março deste anno:

Accórda, por maioria, não tomar conhecimento do pedido.

Fica claro, com base no decidido pelo acórdão, vai ao encontro do editado pelo art. 2º do Decreto n. 702 de 1936, também conhecido como Lei de Segurança Nacional, o qual suspendia o uso de *Habeas corpus*. Logo, o Estado brasileiro se montava para restringir os direitos de algumas camadas da população, traçando uma diferenciação entre os cidadãos e os seres nocivos para a ordem social brasileira.

O resultado do julgamento foi: Olga Benário foi deportada enquanto estava presa e foi presa na Alemanha – sua terra natal – em um campo de concentração enquanto aguardava dar à luz ao seu bebê. O que fica de conclusão é que o real efeito da expulsão de Olga Benário foi uma sentença de morte, já que fora enviada para um país antissemita sendo judia (GODOY, 2008, p. 67 e 72).

### **Conclusão**

Observa-se algumas noções estabelecidas nesta pesquisa, é possível identificar que os institutos dentro do direito internacional, mais especificamente a expulsão, sofrem influência do discurso posto no período de sua aplicação, como foi o caso da alemã radicada no Brasil, Olga Benário. Isto porque, a expulsão de Olga Benário foi fundamentada em uma suposta nocividade dela para com as matrizes que direcionavam a noção de ordem social instauradas no Brasil na década de 1930.

Nesse sentido, a construção jurídico-político brasileira da década em análise, estabelecia-se sob os pilares de um direito orientado pelo pensamento do positivismo criminológico, principalmente da criminalização das ideias, a partir das concepções de Garófalo, isto é, o comunismo no Estado brasileiro era tido como uma ideologia nociva e que deveria ser combatida.

Logo, o evento da Intentona Comunista de 1935 foi o estopim para a criação da Lei de Segurança Nacional, a qual suspendeu diversos direitos básicos da população, com ênfase daquela vista como criminosa por compartilhar ideais comunistas. Além de ter corroborado para a consolidação da instalação de um Estado de Guerra, que foi justamente a mola propulsora para a restrição de direitos.

Exemplo claro dessa dita suspensão desses direitos foi justamente a impossibilidade de impetração de *Habeas corpus* no caso da Olga Benário, amparado legalmente pela Lei de Segurança Nacional, que acabou por ser

expulsa do Brasil e, conseqüentemente, morta no seu país de origem, Alemanha por ser, também, judia.

Fica claro, então, que a conjuntura dos anos de 1930 no Brasil se volta para a adoção de um modelo de Direito Penal do Inimigo, uma vez que se utiliza da criminalização de ideias políticas divergentes para identificar em um determinado grupo social, no caso os comunistas, os seres perigosos para o Estado. Deste modo, os indivíduos e grupos daninhos à ordem social vigente passam a ser o alvo do Estado e passam a ter a aplicação do direito de forma diferenciada, como foi o caso da Lei de Segurança Nacional, que tinha como um dos seus objetivos a repressão de manifestações de ordem nociva à ordem social, como manifestações de comunismo.

Portanto, verifica-se que a expulsão de Olga Benário do Brasil se deu por motivos para além de meramente jurídicos, mas essencialmente fundada em um estado profundo de criminalização e marginalização de ideologias políticas divergentes da compactuada pelo Estado. Assim, a aplicação do direito fica submetida não só a aplicação literal das leis e a sua produção, mas, também, refém dos ideais políticos construídos em um determinado momento histórico.

## Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional: Aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)**. 228 f. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2009.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 5ª ed, outubro de 2011. 2ª reimpressão, agosto de 2014.
- BISI, Adriana de Oliveira Gonzaga. **(In)Justiça de Segurança Nacional: a criminalização do Comunismo no Brasil entre 1935-1945**. 324 f.



(Tese) Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais. – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Lei 13445.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 26155.

CAHALI, Yussef Sai. Estatuto do Estrangeiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projecto N. 182-1936. Cria o Tribunal para o processo e julgamento de crimes com finalidades subversivas das instituições políticas e sociaes.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional Público. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A História do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935\*1965 – Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUERRA, Sidney. Curso de Direito Internacional Público. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZOULI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Em guarda contra o perigo vermelho: o anticomunismo no Brasil (1917-1964). 2000. 215 f. Tese (Doutorado em História Econômica) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal / E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

**VARIOS**

***Mani pulite, 28 anos depois: considerações sobre a operação anticorrupção que abalou a Itália*** <sup>(\*)</sup>

***Mani pulite, 28 years later: considerations on the anticorruption operation that rocked Italy***

***Mani pulite, 28 años más tarde: consideraciones sobre la operación anticorrupción que sacudió Italia***

**Jordan Tomazelli Lemos**<sup>1</sup>

**Margareth Vetis Zaganelli**<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução; **1.** Combate à corrupção. **2.** *Operação mani pulite* em números. **3.** Ativismo judicial. **4.** Falhas intrínsecas à *Operação mani pulite*. **5.** Operação lava jato: comparativo com a

---

(\*) Recibido: 15 noviembre 2019 | Aceptado: 25 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional

- <sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).  
[jordan\\_tl@hotmail.com](mailto:jordan_tl@hotmail.com)
- <sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do *Bioethik* - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES), do Grupo de Estudos e Pesquisas *Direito e Ficção* (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES).  
[mvetis@terra.com.br](mailto:mvetis@terra.com.br)

Operação mãos limpas 6. Operação lava jato: aprendizado histórico. – Considerações finais. – Referências.

**Resumo:** O presente artigo aborda a chamada *Operazione mani pulite*, verdadeira atuação do Poder Judiciário na Itália que culminou na destituição das maiores classes políticas integrantes do Parlamento. Com esse intento, por meio de metodologia qualitativa de natureza exploratória, utilizando pesquisa bibliográfica em artigos e em periódicos, analisa inicialmente o que impulsionou as investigações contra a mais alta classe política da Itália, bem como o protagonismo de magistrados e promotores no movimento punitivista naquele país. A seguir, descreve os aspectos negativos que macularam as investigações, traçando um comparativo com a Operação Lava Jato no Brasil. Por meio de metodologia qualitativa de natureza exploratória, utilizando pesquisa bibliográfica em artigos e em periódicos, o trabalho busca ressaltar a crença desenfreada da população de que a corrupção se limita e é fomentada apenas pelo grande empresariado e membros dos Poderes Executivo e Legislativo, não se atentando que a mudança social deve partir da base, uma vez que é no exercício da democracia participativa que as decisões e controle da administração pública se realizam.

**Palavras-chave:** Itália, corrupção, ativismo judicial, mãos limpas, lava jato.

**Abstract:** This article addresses the so-called *Operazione mani pulite*, the true performance of the Judiciary in Italy that culminated in the removal of the largest political classes members of Parliament. With this intent, por medium of qualitative methodology of exploratory nature, using bibliographic research in articles and journals, initially analyzes what drove investigations against the highest political class in Italy, as well as the protagonism of magistrates and promoters in the punitivist movement in that country. Next, it describes the negative aspects that macular the investigations, drawing a comparison with Operation *Lava Jato* in Brazil. For medium of qualitative methodology of exploratory nature, using bibliographic research in articles and journals, the work seeks to emphasize the unbridled belief of the population that corruption is limited and is promoted only by the large business and members of the Executive and Legislative Branches, not paying attention that social change must start from the base, since it is in the exercise of participatory democracy that decisions and control of public administration take place.

**Keywords:** Italy, corruption, judicial activism, clean hands, lava jato.

**Resumen:** Este artículo trata de la llamada *Operazione mani pulite* (operación manos limpias), una genuina actuación del Poder Judicial en Italia que culminó con el despido de las clases políticas más grandes que componían el Parlamento. Así, a través de una metodología cualitativa de carácter exploratorio, que utiliza la investigación bibliográfica en artículos y revistas, analiza inicialmente lo que impulsó las investigaciones contra la clase política más alta de Italia, así como el protagonismo de jueces y fiscales en el movimiento punitivista de ese país. A continuación se describen los aspectos negativos que empañaron las investigaciones, estableciendo una comparación con la *Operação lava jato* en Brasil. Por medio de metodología cualitativa de carácter exploratorio, utilizando la investigación bibliográfica en artículos y revistas, el trabajo busca resaltar la creencia errónea de la población de que la corrupción es fomentada sólo por las grandes empresas y los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; y limitada a estos, sin prestar atención al hecho de que el cambio social debe comenzar desde abajo, ya que es en el ejercicio de la democracia participativa donde se llevan a cabo las decisiones y el control de la administración pública.

**Palabras clave:** Italia, corrupción, activismo judicial, manos limpias, *lava jato*.

---

## Introdução

Para que uma sociedade se desenvolva de maneira igualitária, prezando pelo acesso de todos a educação, saúde, segurança e lazer, mister se faz que o poder constituído por meio das instituições do Estado empreenda esforços em prol dos administrados.

É a partir de desvios de conduta dos membros que integram a Administração Pública que se deixa de atender às demandas populares, passando a ignorar as desigualdades sociais visando beneficiamento próprio e egoísta.

Foi a partir de tal contexto que se desenvolveu na Itália a chamada “Operação mãos limpas”, expressão traduzida de “*Operazione mani pulite*”, que consistiu no empenho do Poder Judiciário - materializado por uma série de

inquéritos policiais - para combater os atores políticos que insistiam em desvirtuar o papel do Estado perante a sociedade.

Conforme exposição de Sérgio Moro<sup>3</sup>, os crimes envolvendo a Administração Pública na Itália ganharam tamanha proporção que esta ganhou a pecha de “democracia vendida”<sup>4</sup>, tendo ainda Milão chegado a ser chamada de “*Tangentopoli*” ou “*Bribesville*”, referindo a mesma como “Cidade da Propina”, haja vista os contratos de concessão, licitação e outros instrumentos negociais estarem permeados por cobranças ilícitas para obtenção de vantagem sobre os demais particulares.

A distorcida estruturação da Administração Pública era uma das responsáveis pelo desenvolvimento e estabilidade da corrupção na Itália. Elucida Alberto Vannucci<sup>5</sup> que a burocracia extremamente opressiva, complexa, difícil de interpretar e mecanismos de recrutamento - nada transparentes - que não valoram a meritocracia foram um dos fatores que propiciaram o maldabramento impune dos bens públicos.

O que tornou a Operação Mãos Limpas como símbolo do combate à corrupção não foi simplesmente a persecução penal a mais alta classe do Parlamento Italiano, o que por si só já seria louvável, mas a transformação governamental imposta pelo vácuo formado após a atuação do Poder Judiciário, seja por reflexo de condenações penais, seja por reflexo do desprestígio moral perante a sociedade.

A mudança dos atores integrantes da Administração Pública não veio por uma grande revolução civil ou militar, nem por força de eventual Assembleia Nacional Constituinte, apta a reinaugurar a Ordem Jurídica interna, mas sim pela atuação direta de juízes e promotores na destituição de cargos ocupados por agentes criminosos.

## **2 Combate à corrupção**

---

<sup>3</sup> MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre A Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004, p. 57.

<sup>4</sup> GILBERT, Mark. The italian revolution: the end of politics, Italian style? Colorado: Westview Press, 1995. p. 188.

<sup>5</sup> PASSOS, Jura. As diferenças entre a Lava Jato e a Mani Pulite, segundo um especialista italiano. Disponível em <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/as-diferencas-entre-a-lava-jato-e-a-mani-pulite-segundo-um-especialista-italiano-por-jura-passos/>. Acesso em setembro de 2017.

Conforme Porta e Vannucci<sup>6</sup>, a derrocada dos ilícitos envolvendo o Estado Italiano foram consequência da difícil situação econômica em que se encontrava o país, frente aos desvios de verba que se estendiam pela maioria dos órgãos estatais.

A deflagração da Operação Mãos Limpas foi resultado, dentre outras, de investigações como a “*patenti facili*” (demonstrando a facilitação de licenças aos particulares), “*carceri d’oro*” (revelando favorecimento e superfaturamento na construção de prisões italianas) e “*Lombardia informatica*” (direcionamento de contratos públicos envolvendo o setor da saúde).<sup>7</sup>

Nem a gigante do automobilismo FIAT resistiu à rede de desvios de verba e posterior lavagem de dinheiro para descaracterizar a natureza inidônea de produto de crime, após a prisão de vários executivos, em 24 de abril de 1993 a empresa entregou relatório à Promotoria contendo informações acerca de ilícitos praticados pela diretoria, buscando assim o retorno à legalidade perante as autoridades.<sup>8</sup>

A abertura da Itália para o mercado europeu fez com que, mais do que nunca, a economia interna precisasse elevar seus padrões competitivos, sendo a corrupção um entrave ao livre mercado nacional, já que grandes multinacionais, que não seguram capital no país em que se estabelecem (ao contrário, regressam os lucros à sede negocial) fariam com que o desenvolvimento italiano se estagnasse, a não ser que o Estado não se mantivesse inerte perante a sistematizada política de infrações penais.

Também fora por iniciativa do próprio empresariado italiano que as investigações obtiveram indícios mínimos de prática delitiva. Isto porque, conforme Renzo Orlandi<sup>9</sup>, após a queda do Muro de Berlim em 1989, pondo fim simbólico à Guerra Fria, a classe política, acostumada com o financiamento dos Estados Unidos durante o plano Marshall, se viu tentada a exigir da classe econômica financiamento para campanhas eleitorais,

---

<sup>6</sup> PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *Corrupt exchanges: actors, resources, and mechanisms of political corruption*. New York: Aldine de Gruyter, 1999. p. 266-269.

<sup>7</sup> BELLU, Giovanni Maria; BONSANTI, Sandra. *Il crollo. Andreotti, Craxi e il loro regime*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 59-60.

<sup>8</sup> BIONDANI, PAOLO. 25 anni di Mani pulite, i 10 verbali che hanno cambiato l’Italia. Disponível em <http://espresso.repubblica.it/attualita/2017/02/15/news/mani-pulite-i-10-verbali-che-hanno-cambiato-l-italia-le-confessioni-nelle-carte-originali-1.295481>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>9</sup> ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 383.

atitude esta denominada como propina ou “Caixa 2”, que com o tempo foi fadigando a classe empreendedora - já que não estava sendo oferecida contraprestação ilícita por parte do governo, a propina teria se tornado tributo -, fazendo com que denunciasses os abusos cometidos.

Não só da “boa vontade” da classe mercantil italiana ganhou corpo a Operação. A partir de prisões para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e também como conveniência à instrução criminal, suspeitos de financiarem ilícitamente o caixa político buscavam cada vez mais colaborar com as investigações, talvez tendo a segregação cautelar influenciado psicologicamente a confissão (tal evidência é extraída da informação de que ao menos 32 investigados encarcerados chegaram a cometer suicídio)<sup>10</sup>.

Mas o que se verifica é que a decretação de prisão preventiva, apesar de opiniões contrárias, não objetivava eventual delação. **Gianni Barbacetto, Peter Gomez e Marco Travaglio explicam em obra histórica<sup>11</sup> que as medidas cautelares eram impostas seguindo rigorosamente a lei, mediante análise dos requisitos, cuidado este necessário para evitar eventual nulidade processual, ante a importância das investigações para o país.**

O clamor público e a pressão dos partidos com minoria nos Poderes Legislativo e Executivo fez com que investigações presididas pelo Poder Judiciário ganhassem força, alastrando os ideais de combate à corrupção por toda a Itália, haja vista que as Instituições Estatais já estavam deslegitimadas pela opinião popular, vide as constantes notícias de delitos envolvendo o Erário.<sup>12</sup>

Durante os intensos trabalhos investigativos, não foram poucas as tentativas das classes dominantes em enfraquecer a atuação da *Operação Mani Pulite*. Em 13 de julho de 1994, o então Primeiro-Ministro Silvio Berlusconi buscou abolir por meio de Decreto intitulado “Ministro Alfredo Biondi” a prisão

---

<sup>10</sup> FINI, Massimo. Mani Pulite 25 anni dopo. Forche, balle e toghe rosse: il catalogo anti-Mani Pulite Revisionismi - Lettera aperta ad Alessandro Sallusti: “Macché ‘sciagurata stagione’. Hai scritto tante menzogne, dagli ‘indagati a vanvera’ a Di Pietro”. Disponível em <http://www.ilfattoquotidiano.it/premium/articoli/forche-balle-e-toghe-rosse-il-catalogo-anti-mani-pulite/>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>11</sup> IL FATTO QUOTIDIANO. “Mani pulite-25 anni dopo”, il libro. Dai pm “manettari” ai “comunisti salvati”, ecco le post verità su Tangentopoli. Giustizia & Impunità. Disponível em <http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/02/24/mani-pulite-25-anni-dopo-il-libro-dai-pm-manettari-ai-comunisti-salvati-ecco-le-post-verita-su-tangentopoli/3415022/>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>12</sup> GILBERT, Mark. The italian revolution: the end of politics, Italian style? Colorado: Westview Press, 1995. p. 138-140.



preventiva em desfavor de certos agentes infratores, estando presente no rol beneficiado os crimes de corrupção ativa e passiva.

Após aprovação do Decreto, o que se viu foi a revolta na população e naturalmente dos próprios Procuradores que estavam à frente da operação combativa, fazendo com que a medida fosse revogada por não resistir à pressão dos mais variados setores da sociedade.<sup>13</sup>

Acerca da atuação do Poder Judiciário no combate a corrupção na Itália, assim elucida Sérgio Moro:

[...] a magistratura exercita um poder pró-ativo, em substituição a um poder político impotente. A coragem de muitos juízes, que ocasionalmente pagaram com suas vidas para a defesa da democracia italiana, era contrastado com as conspirações de uma classe política dividida e a magistratura ganhou uma espécie de legitimidade direta da opinião pública. [...] A independência judiciária, interna e externa, a progressiva deslegitimação de um sistema político corrupto e a maior legitimação da magistratura em relação aos políticos profissionais foram, portanto, as condições que tornaram possível o círculo virtuoso gerado pela operação *mani pulite*.<sup>14</sup>

Constata-se que o fortalecimento da operação se deu com a atitude, principalmente, dos próprios envolvidos no julgamento da matéria, onde o Poder Judiciário não se enxergou como mero espectador, “dando o direito a quem lhe dava os fatos”, mas agora como responsável pela mudança política e cultural de toda a nação, já que, apesar de prevalecer o sistema acusatório, onde ao Ministério Público era dado o múnus da persecução penal, os juízes se viam comprometidos com a busca, ainda que utópica, à verdade real dos fatos, buscando atuar ativamente no combate à mácula da classe política, ainda que tal participação não caracterizasse a retomada do sistema inquisitorial.

Também há que se destacar o papel da imprensa no fomento à crítica pública dos investigados na Operação Mãos Limpas. Apesar de muitas das informações serem sigilosas, dados envolvendo eventual interrogatório de políticos e estado da investigação eram repassados - talvez por influência dos próprios Procuradores - aos partidos com minoria do parlamento e também à imprensa local<sup>15</sup>, cuja divulgação instigava o clamor público por maiores esclarecimentos e também pela punição dos supostos agentes criminosos.

---

<sup>13</sup> GILBERT, Mark. *The italian revolution: the end of politics, Italian style?* Colorado: Westview Press, 1995. p. 149-151.

<sup>14</sup> MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre A Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004, p. 57-58.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 59.

A ampla divulgação ainda teria alertado os investigados para a profundidade cognitiva dos magistrados acerca dos fatos imputados, contexto este que teria influenciado em confissões e colaborações com a justiça, caracterizando verdadeira corrida à justiça para inaugurar as delações.<sup>16</sup>

## 2 Operação *mani pulite* em números

Iniciada em fevereiro de 1992 e finda em 1994, a operação Mãos Limpas foi responsável pela expedição de 2.993 mandados de prisão, havendo como investigados 6.059 pessoas, dentre 872 empresários, 1.978 funcionários públicos e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam ocupado o cargo de primeiro-ministro.<sup>17</sup>

Apesar de tal numerário, afirma Alberto Vannucci<sup>18</sup> que apenas um quarto dos investigados - de um total de mais de 4520<sup>19</sup> - teriam sido efetivamente julgados e condenados, evidenciando a da grande propaganda feita em cima da Operação, investimento que não necessariamente teria dado o retorno esperado.

A investigação resultou na prolação de 1233 sentenças condenatórias<sup>20</sup>, fato este que, se analisado qualitativamente, explica a queda dos partidos políticos até então dominantes.

Conforme destaca o jornalista financeiro Giuseppe Turani<sup>21</sup>, os crimes envolvendo o mais alto escalão da administração pública teriam custado à Itália cerca de um trilhão de dólares entre as décadas de 1980 e 1990, já que

---

<sup>16</sup> Sérgio Moro faz alusão ao “dilema do prisioneiro”, situação analisada pela Teoria dos Jogos para explicar as estratégias a serem seguidas quando envolvidas variáveis que dependam de terceiros.

<sup>17</sup> PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” Fonte de Inspiração da Operação Lava Jato. Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, 2016, p. 5.

<sup>18</sup> BANDEIRA, Luiza. Operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador. BBC Brasil. disponível em [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316\\_lavajato\\_dois\\_anos\\_entrevista\\_lab](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab). Acesso em setembro de 2017.

<sup>19</sup> FEO, Gianluca Di. La stagione di Tangentopoli: 25 anni dopo, la lezione di Mani pulite. Disponível em [http://www.repubblica.it/cronaca/2017/02/16/news/la\\_lezione\\_di\\_mani\\_pulite-158414209/](http://www.repubblica.it/cronaca/2017/02/16/news/la_lezione_di_mani_pulite-158414209/). Acesso em setembro de 2017.

<sup>20</sup> BIONDANI, Paolo. 25 anni di Mani pulite, i 10 verbali che hanno cambiato l'Italia. Disponível em <http://espresso.repubblica.it/attualita/2017/02/15/news/mani-pulite-i-10-verbali-che-hanno-cambiato-l-italia-le-confessioni-nelle-carte-originali-1.295481>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>21</sup> GILBERT, Mark. The italian revolution: the end of politics, Italian style? Colorado: Westview Press, 1995. p. 130.

o superfaturamento de obras públicas e valores sobrestimados de contratos com a administração geravam prejuízo ao próprio erário, que em última instância era alimentado pela contribuição de toda a sociedade.

Em 1992 o economista italiano Mario Deaglio estimou que o uso indevido de verbas públicas teria causado prejuízo de 10 milhões de liras por ano ao cidadão e acrescido a dívida pública em torno de 150 à 250 milhões de liras.<sup>22</sup>

Tal montante também advém dos desvios relativos ao financiamento de campanha na Itália, sendo instrumento para perpetuação das classes políticas o uso ilícito de bens públicos. O sistema de ilícitos era tão endêmico que para se eleger ao Poder o agente se via obrigado a compactuar com atentados à Democracia, já que o chamado “candidato honesto” não teria fundos suficientes para competir com uma classe que se valia de apoio de grandes corporações ou máfias - que exigiam contraprestação ilegal - em sua campanha política.

### **3 Ativismo judicial**

Acerca da atuação da magistratura no combate ao crime organizado, assim dispõe Renzo Orlandi:

[...] perceberam que enfrentavam não casos individuais de corrupção, mas sim um sistema amplo e articulado, que foi pacientemente composto como um quebra-cabeça, e que não era conveniente deixar para um único magistrado. [...] Além disso, a força-tarefa investigativa – se bem coordenada – é menos exposta a campanhas sensacionalistas ou a ataques diretos que réus poderosos são muitas vezes capazes de organizar contra uma única pessoa. Finalmente, o grupo de investigadores dá ao exterior uma imagem de firmeza associada à ideia de um agir desinteressado e distante do protagonismo que normalmente acompanha (e muitas vezes com razão) o juiz solitário na luta contra o crime. Aqui também surge – neste compreensível e certamente eficaz pormenor organizacional – a desproporção entre a força da acusação e a fraqueza de uma defesa forçada a jogar nos erros do adversário ou a render-se, colaborando com a autoridade judiciária.<sup>23</sup>

Para que seja compreendido o contexto processual envolvendo a Operação Mãos Limpas, deve-se primeiro se atentar à legislação vigente à época.

Em 24 de outubro de 1989 entrou em vigor o novo Código de Processo Penal italiano, que, dentre outras grandes transformações, encerrou com o modelo

---

<sup>22</sup> BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mãos limpas. A história real, 20 anos depois*, Milan, Chiarelettere, 2012.

<sup>23</sup> ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez, p. 388.

inquisitório da persecução penal, limitando a atuação do judiciário à fase dialética, também não permitindo que fosse prolatada sentença condenatória com base somente em provas colhidas em sede policial.<sup>24</sup>

Em 1992, alinhando posicionamento já adotado pela Suprema Corte em reiterados julgamentos (sentenças nº 254 e 255, ambas de 1992) fora aprovado o Decreto-Lei nº 306, concedendo valor probatório às investigações pré-processuais conduzidas pelo Ministério Público, estando configurada espécie de modelo neoinquisitorial, que, diga-se de passagem, não durou muito, frente às novas disposições legais supervenientes esposando o garantismo penal<sup>25</sup>.

Tal disposição legal permitiria que a persecução penal independesse da confirmação do lastro probatório em sede judicial, sob o crivo do contraditório, fato este que fortaleceu a busca pelas delações, haja vista que o objetivo do investigado era se ver livre de acusações fortemente embasadas, ainda que sendo necessário cooperar para o desmantelamento de organização criminosa por ele eventualmente integrada.

Em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo<sup>26</sup> o historiador italiano Giovanni Orsina afirmou que os juízes e promotores teriam virado atores políticos, tendo como maior exemplo o magistrado Antonio di Pietro, que saiu tão fortalecido da Operação Mãos Limpas perante o clamor popular que o levou, quando no partido “Itália Dei Valori”, ao cargo de Ministro do Governo de Centro-Esquerda de Romano Prodi em 1996 e 2006-2008. Em Milão, por exemplo, foram espalhados diversos slogans como “*Milano ladrona, Di Pietro non perdona!*”.<sup>27</sup>

Orsina ainda revela que a sociedade italiana teria confiado cegamente que os responsáveis pela desordem econômica e social eram única e exclusivamente

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 384.

<sup>25</sup> Dispõe o art. 111 da Constituição italiana que o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade do imputado não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do imputado ou do seu defensor.

<sup>26</sup> GEILOW, Igor. Juízes da Mãos Limpas viraram atores políticos, diz historiador italiano. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1913844-juizes-da-maos-limpas-viraram-atores-politicos-diz-historiador.shtml>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>27</sup> POLLO, Paola. "A antiga pm excedeu o limite do herói. É inatacável: 8 de cada 10 apoiam". Disponível em [https://web.archive.org/web/20110614212712/http://archivistorico.corriere.it/1996/dicembre/1/1/superato\\_soglia\\_dell\\_eroe\\_inattaccabile\\_co\\_0\\_96121114618.shtml](https://web.archive.org/web/20110614212712/http://archivistorico.corriere.it/1996/dicembre/1/1/superato_soglia_dell_eroe_inattaccabile_co_0_96121114618.shtml). Acesso em outubro de 2017.

a classe política (espécie de bode expiatório), não enxergando a necessidade em alterar os próprios valores.

Consequência de tal pensamento foi a ascensão política em 1994 de Sílvio Berlusconi (Partido Democrático di Sinistra), que, por não integrar o “politismo profissional” foi elevado a condição de íntegro e que seria responsável pelo crescimento idôneo da Itália. Revelou a história que a Operação Mani Pulite não foi capaz de extirpar os atos atentatórios à democracia, vindo Berlusconi a ser condenado em 2015 por atos de corrupção.<sup>28</sup>

#### **4 Falhas intrínsecas à *Operação mani pulite***

Segundo Luca Mezzetti, Diretor da Escola Superior de Estudos Jurídicos da Universidade de Bolonha e membro da Câmara Arbitral da Autoridade Nacional Anticorrupção da Itália, a Operação Mãos Limpas foi maculada pelo excesso de prazo e pela migração dos magistrados e procuradores para a política partidária.<sup>29</sup>

A duração de seis anos das investigações causava insegurança à população que tanto apoiou a investida, já que as informações prestadas pelas autoridades dificilmente se sustentariam ao tempo, haja vista a imersão da sistemática corruptora no âmbito do Próprio Poder Judiciário, ainda que em pequena escala.

Tem-se que a morosidade da Operação levava a variadas e circunstanciais estratégias políticas, onde atuações nos bastidores do parlamento migravam a depender do estado da investigação e dos eventuais investigados.

Já a atuação de juízes e procuradores na política seria grave afronta material ao princípio da separação dos Poderes. Isto porque, apesar de se verem desvinculados de cargos do Poder Judiciário, a atividade jurisdicional se revelou totalmente voltada para fins políticos partidários. Ou seja, enquanto munidos do cargo público, juízes e procuradores, em atenção à crescente

---

<sup>28</sup> G1. Berlusconi é condenado por corrupção de senador em 2006. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/berlusconi-e-condenado-tres-anos-de-prisao-por-caso-de-corrupcao.html>. Acesso em outubro de 2017.

<sup>29</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Professor italiano analisa legado da Operação ‘Mãos Limpas’. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Disponível em <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-professor-italiano-analisa-legado-operacao-maos-limpas>. Acesso em setembro de 2017.

popularidade, se viam tentados a atender aos anseios da comunidade, podendo conceder provimento judicial afastado da verdade processual.<sup>30</sup>

Reflexo dessa atuação foi a candidatura de vários atores ao Parlamento após a Operação, tendo os candidatos feito publicidade com base em legados que puniram os supostos responsáveis por toda mácula que assolava a Itália.

Não é pretensão do presente deslegitimar a Operação *Mani Pulite*, apenas se quer apontar os prováveis desvios que, ainda que se tratando de pequena parcela, podem ter sido responsáveis por excessos por parte do Poder Judiciário, valendo-se de atecias para justificar a punição de políticos deslegitimados pelo povo.

Com a crescente imagem dos magistrados como atores políticos, a partir de 1994 fortaleceu-se a opinião pública de que os juízes já estavam desvirtuando a operação Mãos Limpas, já que o apelo por mídia levava à caracterização de campanha eleitoral, causando descontentamento da população.

Fora a atuação nos bastidores do Parlamento - com a ascensão de Sílvio Berlusconi -, também foi característica marcante do enfraquecimento da Operação a imiscuição desta nos variados setores do Estado e da sociedade. Tamanha heterogeneidade já não empolgava o público, que viu nas ações uma banalização investigativa, onde não só o alto escalão era alvo (os chamados crimes de “colarinho branco”), mas também indivíduos pertencentes a classe “comum” italiana<sup>31</sup>, como pequenos comerciantes, fiscais, dentre outras pessoas com possíveis irregularidades na declaração de renda e licenciamentos.

25 anos após a mais famosa investigação italiana, assim é descrita a Operação Mãos Limpas por Massimo Fini:

Proprio per questo il **Palazzo di Giustizia di Milano** era deserto nel 25° anniversario di **Mani Pulite**. Tutti hanno capito che l'azione dei magistrati è stata inutile, continua a essere inutile e probabilmente lo sarà anche in futuro,

---

<sup>30</sup> TEMPI. Processo al processo. L'insostenibile strapotere di noi pm. Disponível em <http://www.tempi.it/processo-al-processo-insostenibile-strapotere-di-noi-pm#.WcuVz7KGPct>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>31</sup> VOGAS, Vitor. "Na Itália, empresas pagavam propina como se fosse um imposto". Disponível em <http://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/01/na-italia-empresas-pagavam-propina-como-se-fosse-um-imposto-1014014188.html>. Acesso em setembro de 2017.

e quindi i cittadini hanno perso anche la voglia di ribellarsi e accettano supinamente la parte di pecore tosate senza emettere neanche un belato.<sup>32</sup>

Já Gherardo Colombo, indagado sobre a diminuição sobre o nível de corrupção após finda a Operação, assim declarou em entrevista ao “Artículo 21”:

Il livello di trasgressività in Italia è rimasto quello di prima. A me però Mani Pulite è servita molto. Mi ha fatto capire che la cultura viene prima delle regole e se non cambia la cultura le regole che non le sono coerenti non vengono rispettate. È necessario sapere nel senso etimologico del *ve* o latino *sapio*. Sapere come aver sapore, sapore buono o cattivo, sapere di giusto o sapere di sbagliato. Fino a quando nelle persone non verrà metabolizzata l’idea che la corruzione è un comportamento da evitare nulla potrà cambiare veramente. Da evitare non tanto e soltanto per considerazioni morali o etiche ma perché prima di ogni altra cosa la corruzione ci danneggia tutti visto che il costo delle tangenti ricade sempre sui cittadini contribuenti.<sup>33</sup>

Tais passagens revelam que, apesar da propaganda que permeou a operação, atualmente, a própria sociedade compreende que as ações não foram suficientes para encerrar as más práticas, havendo certa frustração e culpa por ter depositado toda fé nos magistrados à época.

## 5 Operação lava jato: comparativo com a Operação mãos limpas

Apesar de não ser possível fazer uma completa análise da Operação Lava Jato, haja vista que esta, que foi inaugurada em março de 2014, já está em sua 69ª fase (deflagrada em agosto de 2017) e não possui previsão de seu encerramento, há algumas informações de destaque que podem revelar aspectos comuns e distintos entre as operações brasileira e italiana.

Primeiro dado a ser analisado é quanto aos partidos dominantes atingidos.

Enquanto que a Operação *Mani Pulite* foi responsável, nas eleições de abril de 1992, pela derrocada dos maiores partidos participantes do Parlamento italiano<sup>34</sup> (Democracia Cristã e Partido Socialista), pondo fim à chamada

---

<sup>32</sup>FINI, *Massimo*. Mani Pulite 25 anni dopo. Forche, balle e toghe rosse: il catalogo anti-Mani Pulite Revisionismi - Lettera aperta ad Alessandro Sallusti: “Macché ‘sciagurata stagione’. Hai scritto tante menzogne, dagli ‘indagati a vanvera’ a Di Pietro”. Disponível em <http://www.ilfattoquotidiano.it/premium/articoli/forche-balle-e-toghe-rosse-il-catalogo-anti-mani-pulite/>. Acesso em setembro de 2017.

<sup>33</sup> MIRTI, Paolo. “Mani pulite non ha cambiato l’Italia”. Entrevista a Gherardo Colombo. Disponível em

<https://www.articolo21.org/2017/07/mani-pulite-non-ha-cambiato-litalia-intervista-a-gherardo-colombo/>. Acesso em outubro de 2017.

<sup>34</sup> PASSOS, Jura. As diferenças entre a Lava Jato e a Mani Pulite, segundo um especialista italiano. Disponível em <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/as-diferencas-entre-a-lava->

Primeira República<sup>35</sup> (onde partidos foram dissolvidos ou buscaram sem êxito mudar suas nomenclaturas), no Brasil, o que se viu em 2016 a diminuição deste partido no protagonismo das eleições municipais. Já a retirada da presidência do Partido dos Trabalhadores (PT) também pode ter sido impulsionada pelas consequências ocorridas no Poder Judiciário.<sup>36</sup>

Embora tenham sido numerosas as acusações aos integrantes do PMDB, PSDB e do próprio PT, o que tem se revelado é que nenhuma destas forças políticas tem perdido significativos votos nas urnas, o que revela a perigosa equivocada perseguição a apenas um ator político, se esquecendo a população que as decisões no âmbito Legislativo e Executivo dependem da ciência e da convivência de todo o bloco partidário, incluindo aqui a base aliada.

Quanto ao aspecto das semelhanças, não é novidade que emergem candidatos levantando a bandeira da corrupção, buscando apoio popular e da classe política para ingresso em mandatos eletivos.

Na Itália, Silvio Berlusconi ascendeu ao poder com a promessa de extirpar de vez a tradição que rompia com o real objetivo do Estado, já que o desvio de verbas públicas impedia a concessão de serviços essenciais à sociedade.

No Brasil, para não estender o esforço comparativo aos prefeitos eleitos em 2016, verifica-se que a chegada de Michel Temer à presidência, ainda que não tenha sido diretamente por via eletiva, veio acompanhada da promessa de fim da corrupção, tendo este inclusive garantido em fevereiro de 2017 que afastaria qualquer Ministro denunciado pelo Ministério Público Federal.<sup>37</sup>

Na Itália, já restou comprovado o envolvimento de Silvio Berlusconi em esquemas de corrupção. No Brasil, apesar do incontestado estado de inocência de Michel Temer (já que a pecha de culpado deve aguardar ao fim do devido processo legal), verifica-se que os valores prometidos por este no início da

---

[jato-e-a-mani-pulite-segundo-um-especialista-italiano-por-jura-passos/](#). Acesso em setembro de 2017.

<sup>35</sup> SANSONETTI, Piero. Republicanos, em *The Doubt*, 29 de dezembro de 2016. Disponível em <http://ildubbio.news/ildubbio/2016/12/29/cosi-giornalisti-fecero-killer-della-repubblica/>. Acesso em outubro de 2017.

<sup>36</sup> Somente a história responderá se o impeachment de Dilma Rousseff em agosto de 2016 foi resultado isolado de articulações egoístas de parlamentares ou se estes se viram efetivamente pressionados pelas manifestações populares.

<sup>37</sup> CANÁRIO, Pedro. Ministro denunciado pela PGR será afastado imediatamente, anuncia Temer. Revista **Consultor Jurídico**, 13 de fevereiro de 2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-fev-13/ministro-denunciado-pgr-afastado-anuncia-temer>. Acesso em setembro de 2017.



Governança não se sustentaram, haja vista não ter cumprido na totalidade sua promessa inaugural.<sup>38</sup>

Conforme já exposto no presente trabalho, medidas governamentais como o “Decreto Biondi” buscaram dificultar as ações dos órgãos de acusação na Itália, manobra política para que parlamentares ficassem imunes à prisão preventiva. No Brasil também é possível extrair projetos de lei que, apesar de não ter sido expresso por nenhum legislador, buscam intimidar, de maneira velada, a atuação de magistrados e membros do Ministério Público.

Exemplo de tal iniciativa é o Projeto de Lei nº 280/16, que propõe uma reforma na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65), aprovado pelo Senado no dia 26/04/2017.<sup>39</sup>

Apesar de ter sido retirado trecho que criminalizada a divergência de interpretação de lei, criando o chamado crime de hermenêutica, ainda recaem críticas sob a atividade legislativa, haja vista ter se desenvolvido de maneira ágil no Plenário em momento que a Operação Lava Jato ganhava ainda mais relevância, sendo considerado assim como meio de intimidação e atentado à independência da magistratura e dos membros do Ministério Público.<sup>40</sup>

## **6 Operação lava jato: aprendizado histórico**

Em dezenas de manifestações populares contra a atual conjuntura política do Brasil se verifica um apoio incontestado à Operação Lava Jato. Conforme o já exposto, tal clamor social, se seguido cegamente, pode gerar consequências tortuosas para a democracia do país.

A primeira consideração histórica é quanto a crença de que a descoberta e punição de atos como a corrupção e a lavagem de capitais em desfavor das instituições públicas seria suficiente para permitir ao Estado o desenvolvimento pleno, no aspecto econômico, social e cultural.

Tal perspectiva revela que o cidadão procura um mártir para resolver seus problemas, se esquecendo que as mudanças de nomes na política não são suficientes para extirpar os ilícitos que são sistematizados na estrutura de

---

<sup>38</sup>BOGHOSSIAN, Bruno. Temer mantém no governo ministros denunciados por Janot. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1918583-temer-mantem-no-governo-ministros-denunciados-por-janot.shtml>. Acesso em outubro de 2017.

<sup>39</sup>Revista Consultor Jurídico. Projeto de lei que pune abuso de autoridade é aprovado no Plenário do Senado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-26/projeto-lei-pune-abuso-autoridade-aprovada-senado>. Acesso em dezembro de 2017.

<sup>40</sup>Politize! Educação Política. Nova lei de abuso de autoridade. Disponível em: <https://politize.jusbrasil.com.br/artigos/412259862/nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em dezembro de 2017.

poder. Não há efetiva melhora se a sociedade não se juntar na base das estruturas estatais, participando de decisões do orçamento participativo, conferindo dotações nos Portais da Transparência, dentre outras atitudes aptas a fiscalizar os detentores de poder.

Acerca de tal contexto, assim dispõe Alberto Vannucci:

A Mãos Limpas pode ser considerada uma conquista incrível em curto prazo, mas um fracasso em longo prazo. Em termos gerais, inquéritos judiciais, mesmo quando bem-sucedidos, podem colocar na cadeia alguns políticos, burocratas e empresários corruptos, mas não conseguem acabar com as causas enraizadas da corrupção. A falta de transparência e responsabilidade em política e na burocracia estatal, o controle social e político fraco sobre o exercício de poder, mecanismos de seleção da elite política errados e imorais: esses e outros fatores de corrupção não podem ser erradicados por juízes. [...] Mesmo quando acham provas de propina e processam políticos, investigações judiciais só arranham a superfície da ilegalidade, mal podem modificar a estrutura invisível das normas não escritas da corrupção sistêmica. [...] Inquéritos judiciais só podem contribuir para esse processo de seleção, não necessariamente eliminando os "piores" políticos (os corruptos) mas simplesmente aqueles que são pegos, enquanto outros igualmente corruptos – mas capazes de sobreviver – os substituem.<sup>41</sup>

A história já revelou que, independentemente da localização geográfica, o ser humano tem tendência a querer perpetuar o poder. Sendo assim, não é possível acreditar que a simples renovação da classe política seja a solução para o fim da corrupção. É preciso, antes, rever os próprios valores que foram perpetuados ao longo das gerações, visando sempre a busca utópica pelo fim dos ilícitos. Apenas mediante controle e fiscalização do todo sobre o individual é possível inibir tais práticas inidôneas.

Outro problema em se martirizar uma operação como a Lava Jato é a indesejável condenação do réu antes do trânsito em julgado. Apesar de a mídia se autodeclarar imparcial, a imagem passada aos receptores da informação já é de um agente que infringiu a lei e por isso merece ser imediatamente punido.

O clamor popular chega a desvirtuar o próprio instituto da prisão preventiva, onde magistrados interpretam o risco à ordem pública (art. 312 do CPP) com base no “sendo comum”, segregando acusados sem a mínima fundamentação técnica, e o pior, chegando a ser chancelada pelos Tribunais Superiores.

---

<sup>41</sup> BANDEIRA, Luiza. Operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador. BBC Brasil. disponível em [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316\\_lavajato\\_dois\\_anos\\_entrevista\\_lab](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab). Acesso em setembro de 2017.

Notadamente, além da supressão da garantia à presunção de inocência, citados não tem a mesma paridade de comunicação que as grandes mídias, vendo sua imagem ser denegrida antes mesmo de qualquer acusação formal.

Também é na imprensa se se criam heróis para o combate à corrupção no Brasil, tendo o ex-Juiz Federal e atual Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro ganhado apoio em manifestações populares graças à divulgação de sua imagem em veículos de comunicação pelo país.<sup>42</sup>

Reitera-se, não é objetivo do presente estudo o descrédito em operações que tanto fazem pela defesa das instituições nacionais. O que se busca é o equilíbrio entre a persecução penal e a garantia ao Estado Democrático de Direito, punindo severamente quem cometeu ilícitos penais, desde que reservadas as integridades moral e psíquica de quem ainda está sob o manto constitucional da inocência.

Há ainda a problemática daqueles se aproveitam de processos em curso para explorarem a imagem do adversário político, que está em baixa.

Pode certo ator, que também está atrelado a classe corrompida, buscar apoio popular para retirar certo líder acusado do poder, seja por meio das urnas ou por meio de articulações no Congresso Nacional. Assim, a população ficaria com a falsa sensação de que fındou com a classe corrupta, quando, ao contrário, blindou agentes que ainda não foram investigados.

### **Considerações finais**

Pelo exposto neste estudo foi constatado que a persecução penal à classe política, tomadora das decisões mais importantes para um país, não é receita se tomada isoladamente para correção e combate aos atos de corrupção e demais ilícitos que cerceiam o desenvolvimento social.

Apesar de ter a Operação Mãos Limpas resultado na condenação de diversos atores políticos que detinham a manipulação de dezenas de Órgãos da Administração Pública, evidente que o cerceamento do agente criminoso não suprime integralmente a prática criminosa, que eventualmente ocorrerá pelas mãos de novos ascensores ao poder.

Tem-se então que o fortalecimento e independência das instituições que visam a persecução penal são apenas um fator dentro da cadeia que necessita ser criada para diminuição da corrupção Estatal. A mudança estrutural deve partir de todos os setores da sociedade, devendo está se imiscuir nas agências

---

<sup>42</sup> PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” Fonte de Inspiração da Operação Lava Jato. Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, 2016, p. 16.

de controle, Assembleias, Câmaras, dentre outras medidas, como exigir transparência em todos os atos da Administração Pública.

Acerca da participação popular, já afirmou Joaquim Canotilho que não basta a democracia representativa para plena busca ao desenvolvimento social, antes, se faz necessária a primazia pela democracia participativa<sup>43</sup>, havendo instrumentos que possibilitem ao cidadão a efetiva participação, direta, nas decisões institucionais que o afetam, sendo possibilitado o controle crítico às diretrizes assumidas.

Verificou-se ainda que o ativismo judicial, se deixado levar pelo clamor público e pressão midiática pode levar a ofensas das garantias dos cidadãos em matéria envolvendo o processo penal, sendo perigosa a premissa de se afastar o estado de presunção de inocência e os direitos ao contraditório e ampla defesa em favor da limpeza “ética e moral” da sociedade.

Também é aplicável a lição de Renzo Orlandi, expondo que se a magistratura busca, em cumprimento à lei, punir certa classe política, esta manipula informações a ponto de figurarem decisões judiciais como ajuste entre juízes e oposição política. Mesma lógica ocorre se o judiciário livra certo ator político por ausência probatória ou outra causa de absolvição/arquivamento.<sup>44</sup>

Deve-se então amadurecer a ideia de que nenhuma decisão está afastada do controle do “auditório universal”, estando a sociedade atenta às forças que influenciam nas decisões políticas.

Extraí-se então que a Operação *mani pulite*, apesar de não corresponder às expectativas depositadas pela opinião pública, foi instrumento relevante para destituição da Primeira República, havendo o aprendizado de que, apesar de não ser capaz de atingir a causa, a atuação do judiciário foi capaz de punir parcela dos responsáveis pela desordem econômica e estrutural da Itália durante a década de 1990.

---

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288-289.

<sup>44</sup> ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez, p. 402.

## Referências

- BANDEIRA, Luiza. **Operação que inspirou Lava Jato foi fracasso e criou corruptos mais sofisticados, diz pesquisador. BBC Brasil.** Disponível em [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316\\_lavajato\\_do\\_is\\_anos\\_entrevista\\_lab](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_do_is_anos_entrevista_lab). Acesso em setembro de 2017.
- BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Mãos limpas. A história real, 20 anos depois.** Milan, Chiarelettere, 2012.
- BELLU, Giovanni Maria; BONSANTI, Sandra. **Il crollo. Andreotti, Craxi e il loro regime.** Laterza, Roma-Bari, 1993.
- BIONDANI, Paolo. **25 anni di Mani pulite, i 10 verbali che hanno cambiato l'Italia.** Disponível em <http://espresso.repubblica.it/attualita/2017/02/15/news/mani-pulite-i-10-verbali-che-hanno-cambiato-l-italia-le-confessioni-nelle-carte-originali-1.295481>. Acesso em setembro de 2017.
- BOGHOSIAN, Bruno. **Temer mantém no governo ministros denunciados por Janot.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1918583-temer-mantem-no-governo-ministros-denunciados-por-janot.shtml>. Acesso em outubro de 2017.
- CANÁRIO, Pedro. **Ministro denunciado pela PGR será afastado imediatamente, anuncia Temer.** Revista Consultor Jurídico, 13 de fevereiro de 2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-fev-13/ministro-denunciado-pgr-afastado-anuncia-temer>. Acesso em setembro de 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288-289.
- FEO, Gianluca Di. **La stagione di Tangentopoli: 25 anni dopo, la lezione di Mani pulite.** Disponível em [http://www.repubblica.it/cronaca/2017/02/16/news/la\\_lezione\\_di\\_man\\_i\\_pulite-158414209/](http://www.repubblica.it/cronaca/2017/02/16/news/la_lezione_di_man_i_pulite-158414209/). Acesso em setembro de 2017.
- FINI, **Massimo.** **Mani Pulite 25 anni dopo. Forche, balle e toghe rosse: il catalogo anti-Mani Pulite Revisionismi - Lettera aperta ad Alessandro Sallusti: “Macché ‘sciagurata stagione’. Hai scritto tante menzogne, dagli ‘indagati a vanvera’ a Di Pietro”.** Disponível em <http://www.ilfattoquotidiano.it/premium/articoli/forche-balle-e->

[toghe-rosse-il-catalogo-anti-mani-pulite/](#). Acesso em setembro de 2017.

GEILOW, Igor. **Juízes da Mãos Limpas viraram atores políticos, diz historiador italiano**. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1913844-juizes-da-maos-limpas-viraram-atores-politicos-diz-historiador.shtml>. Acesso em setembro de 2017.

GILBERT, Mark. **The italian revolution: the end of politics, Italian style?** Colorado: Westview Press, 1995.

G1. **Berlusconi é condenado por corrupção de senador em 2006**. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/berlusconi-e-condenado-tres-anos-de-prisao-por-caso-de-corrupcao.html>. Acesso em outubro de 2017.

IL FATTO QUOTIDIANO. **“Mani pulite-25 anni dopo”, il libro. Dai pm “manettari” ai “comunisti salvati”, ecco le post verità su Tangentopoli**. Giustizia & Impunità. Disponível em <http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/02/24/mani-pulite-25-anni-dopo-il-libro-dai-pm-anettari-ai-comunisti-salvati-ecco-le-post-verita-su-tangentopoli/3415022/>. Acesso em setembro de 2017.

MIRTI, Paolo. **“Mani pulite non ha cambiato l’Italia”**. Entrevista a **Gherardo Colombo**. Disponível em <https://www.articolo21.org/2017/07/mani-pulite-non-ha-cambiato-italia-intervista-a-gherardo-colombo/>. Acesso em outubro de 2017.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

ORLANDI, Renzo. **Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez.

PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. **“Mani Pulite” Fonte de Inspiração da Operação Lava Jato**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, 2016.

PASSOS, Jura. **As diferenças entre a Lava Jato e a Mani Pulite, segundo um especialista italiano**. Disponível em <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/as-diferencas-entre-a->

[lava-jato-e-a-mani-pulite-segundo-um-especialista-italiano-por-jura-passos/](#). Acesso em setembro de 2017.

**POLITIZE! EDUCAÇÃO POLÍTICA. Nova lei de abuso de autoridade.**

Disponível em:

<https://politize.jusbrasil.com.br/artigos/412259862/nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em dezembro de 2017.

**POLLO, Paola. "A antiga pm excedeu o limite do herói. É inatacável: 8 de cada 10 apoiam".** Disponível em

[https://web.archive.org/web/20110614212712/http://archivistorico.corrriere.it/1996/dicembre/11/superato\\_soglia\\_dell\\_eroe\\_inattaccabile\\_co\\_0\\_96121114618.shtml](https://web.archive.org/web/20110614212712/http://archivistorico.corrriere.it/1996/dicembre/11/superato_soglia_dell_eroe_inattaccabile_co_0_96121114618.shtml). Acesso em outubro de 2017.

**PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. Corrupt exchanges: actors, resources, and mechanisms of political corruption.** New York: Aldine de Gruyter, 1999.

**REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Projeto de lei que pune abuso de autoridade é aprovado no Plenário do Senado.** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-abr-26/projeto-lei-pune-abuso-autoridade-aprovada-senado>. Acesso em dezembro de 2017.

**SANSONETTI, Piero. Então jornalistas fizeram os primeiros assassinos republicanos.** Disponível em

<http://ildubbio.news/ildubbio/2016/12/29/cosi-giornalisti-fecero-killer-della-repubblica/>. Acesso em outubro de 2017.

**TEMPI. Processo al processo. L'insostenibile strapotere di noi pm.**

Disponível em <http://www.tempi.it/processo-al-processo-insostenibile-strapotere-di-noi-m#.WcuVz7KGPct>. Acesso em setembro de 2017.

**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Professor italiano analisa legado da Operação 'Mãos Limpas'.** Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Disponível em

<https://www4.tce.sp.gov.br/6524-professor-italiano-analisa-legado-operacao-maos-limpas>. Acesso em setembro de 2017.

**VOGAS, Vitor. "Na Itália, empresas pagavam propina como se fosse um imposto".** Disponível em

<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/01/na-italia-empresas-pagavam-propina-como-se-fosse-um-imposto-1014014188.html>. Acesso em setembro de 2017.





***A bitcoin* e o ordenamento jurídico brasileiro: uma análise da regulação japonesa e do PL 2.303/15 à luz da liberdade e privacidade (\*)(\*\*)**

**The *bitcoin* and the Brazilian legal system: an analysis of the Japanese regulation and PL 2.303/15 in the light of freedom and privacy**

**El *bitcoin* y el sistema legal brasileño: un análisis de la regulación japonesa y el PL 2.303/15 a la luz de la libertad y la privacidad**

**Camilo Zupeli Santos<sup>1</sup>**

**Marcelo Fernando Quiroga Obregon<sup>2</sup>**

---

(\*) Recibido: 03 marzo 2019 | Aceptado: 02 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

(\*\*) Adaptação de TCC, com a orientação de Bruno Costa Teixeira: Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Especialista em Direito das Tecnologias da Informação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); Graduado em Direito pela FDV e em Economia pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); Editor da Panóptica - Revista Eletrônica Acadêmica de Direito.

[contato@brunoct.com](mailto:contato@brunoct.com)

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

[camilozupeli@hotmail.com](mailto:camilozupeli@hotmail.com).

<sup>2</sup> 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 Minas); Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP); Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da FDV; Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da FDV.

[mfqobregon@yahoo.com.br](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br).

**Sumário:** Introdução. **1.** A *bitcoin* e a *blockchain*. **2.** A regulação internacional: o caso do Japão. **3.** A (não) regulação no Brasil: vantagens e desvantagens. – Conclusão. – Referências.

**Resumo:** Por meio desta adaptação de TCC, com a orientação de Bruno Costa Teixeira, analisa-se o PL 2.303/15 e sua possível contribuição para uma maior proteção e regulação do uso das criptomoedas, com base na experiência japonesa e nos princípios constitucionais brasileiros de privacidade e liberdade. Busca-se a delimitação teórica do que são a *bitcoin*, as *altcoins* e a *blockchain*, junto com o estudo dos princípios constitucionais de liberdade e privacidade no âmbito digital, com base em autores como Fernando Ulrich, Marcel Leonardi, Gilmar Mendes, Daniel Sarmento, Anderson Schreiber e Carlos Affonso Pereira de Souza. Analisa-se o projeto de lei e de suas justificativas, bem como a realidade japonesa no que diz respeito à regulação das criptomoedas em seu território. Tem-se no desenvolvimento e na conclusão uma demonstração de que o PL 2.303/15, na busca de positivar uma regulação efetiva com base em experiências internacionais, não consegue abarcar toda a importância e utilidade das criptomoedas e da *blockchain*. Assim, o Bacen e a CVM buscam se manifestar por intermédio de notas e esclarecimentos com posições, por vezes, opostas, sendo tudo isso um reflexo dos interesses privados das instituições envolvidas, em especial dos conglomerados bancários.

**Palavras chave:** criptomoedas, regulação, PL 2.303/15.

**Abstract:** Through this adaptation of TCC, with the guidance of Bruno Costa Teixeira, PL 2.303/15 is analyzed and its possible contribution to a greater protection and regulation of the use of cryptocurrencies, based on the Japanese experience and the Brazilian constitutional principles of privacy and freedom. The theoretical delimitation of what is *bitcoin*, altcoins and blockchain is sought, together with the study of the constitutional principles of freedom and privacy in the digital environment, based on authors such as Fernando Ulrich, Marcel Leonardi, Gilmar Mendes, Daniel Sarmento, Anderson Schreiber and Carlos Affonso Pereira de Souza. The bill and its justifications are analyzed, as well as the Japanese reality regarding the regulation of cryptocurrencies in their territory. In the development and conclusion there is a demonstration that PL 2.303/15, in the search to positivize an effective regulation based on international experiences, does not manage to encompass all the importance and usefulness of cryptocurrencies and blockchain. Thus, the Bacen and the CVM seek to manifest themselves through notes

and clarifications with sometimes opposing positions, all of which are a reflection of the private interests of the institutions involved, especially banking conglomerates.

**Keywords:** cryptomedas, regulation, PL 2.303/15.

**Resumen:** A través de esta adaptación de TCC, con la orientación de Bruno Costa Teixeira, se analiza el PL 2.303/15 y su posible contribución a una mayor protección y regulación del uso de las criptomonedas, en base a la experiencia japonesa y a los principios constitucionales brasileños de privacidad y libertad. Se busca la delimitación teórica de lo que es *bitcoin*, *altcoins* y *blockchain*, junto con el estudio de los principios constitucionales de libertad y privacidad en el entorno digital, a partir de autores como Fernando Ulrich, Marcel Leonardi, Gilmar Mendes, Daniel Sarmento, Anderson Schreiber y Carlos Affonso Pereira de Souza. Se analiza el proyecto de ley y sus justificaciones, así como la realidad japonesa en cuanto a la regulación de las criptomonedas en su territorio. En el desarrollo y conclusión hay una demostración de que el PL 2.303/15, en la búsqueda de positivizar una regulación efectiva basada en experiencias internacionales, no logra abarcar toda la importancia y utilidad de las criptomonedas y *blockchain*. Así, el Bacen y la CVM buscan manifestarse a través de notas y aclaraciones con posiciones a veces opuestas, todo lo cual es un reflejo de los intereses privados de las instituciones involucradas, especialmente de los conglomerados bancarios.

**Palabras clave:** criptomonedas, *bitcoin* reglamento, PL 2.303/15.

---

## Introdução

A moeda, desde a sua criação, passou por importantes mudanças e adaptações, seja pela imposição do tempo, seja pela necessidade humana. Tem-se a moeda, em seu início, utilizada como objeto de pouco valor, apenas para trocas simples. Após isso, chegou-se a cunhá-la com metais preciosos até que se aproximou do momento em que isso não era mais viável e foram adotados materiais de mais baixo custo, mas com seu valor simbólico assim construído.

Na contemporaneidade, chegou-se a um nível em que as tecnologias mostram muito mais possibilidades de utilização dos meios eletrônicos em uma escala exponencial. É possível se conectar com o mundo inteiro por intermédio dos meios digitais, de modo a se produzir um efeito de encurtamento das distâncias e uma aceleração do tempo.

Nesse contexto de globalização e desenvolvimento cada vez maior das tecnologias, surgiram as moedas digitais. Em 2008, uma pessoa ou um grupo de pessoas, sob o nome de Satoshi Nakamoto criou a primeira, e hoje mundialmente conhecida, criptomoeda, a *bitcoin*.<sup>3</sup> No começo sua cotação não chegava nem mesmo perto de US\$ 1,00. Durante o período de escrita deste texto, ela chegou a atingir a casa dos US\$ 19.000,00.<sup>4</sup>

A proposta de Nakamoto era criar algo que revolucionasse o mundo das transações de modo a descentralizar a criptomoeda e torná-la um meio de transferências simples, transparentes, anônimas e de baixo custo. A partir da *bitcoin*, o mundo das moedas digitais só vem crescendo e já se tem um número estimado de mais de 1.000 espécies diferentes de criptomoedas espalhadas pelo mundo, dentre as quais se destacam a *ethereum*, a *monero*, a *zcash* e outras.<sup>5</sup>

Ocorre que, com tamanho desenvolvimento e disseminação, também vieram questões envolvendo regulação e proteção. Isso ocorre porque uma vez sendo utilizado um sistema de transações descentralizado, digital e criptografado, esse, além de outras questões, está sujeito a ataques de *hackers* ou a sua utilização para crimes informáticos, tributários ou mesmo de outras espécies.

Analisando essa situação diversos países já se preocupam com as moedas digitais e tentam de alguma forma tratá-las em seu ordenamento jurídico, fazendo assim um cerco ou ao menos regulamentando o seu uso. Dentre os que se destacam, tem-se o Japão que agora vem também sendo referência na regulação das criptomoedas.

No Brasil, de maneira um pouco mais vagarosa, também já se busca formas de regular o uso de moedas digitais. Tal fato pode ser verificado frente ao projeto de lei - PL 2.303, de 08 de Julho de 2015, que tramita no Congresso

---

<sup>3</sup> BALDUCCINI, Bruno, *et al.* *Bitcoins* - os lados desta moeda. **Revista dos Tribunais - RT**, São Paulo, ano 104, vol. 953, p. 19-33, mar. 2015, p. 20.

<sup>4</sup> PREÇO de Mercado (USD). **Blockchain**. Disponível em: <<https://blockchain.info/pt/charts/market-price?timespan=all>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>5</sup> Cf. *Ethereum*: <<https://www.ethereum.org/>>; *Monero*: <<https://getmonero.org/>>; *Zcash*: <<https://z.cash/>>; Outras criptomoedas: <<https://coinmarketcap.com/pt-br/>>.

Nacional, mas que encontra arquivado desde o final de Janeiro de 2019. Nesse sentido, a busca por proteção e regulação se mostra como algo de grande valor, pois somente com isso é que se terá uma maior segurança jurídica.

Frente a essa inovação e expansão das moedas digitais, aqui se busca responder o que se segue: pode-se afirmar que o PL 2.303/15 contribui para uma maior proteção e regulação da utilização das moedas digitais, tendo como base a experiência do Japão e os princípios constitucionais brasileiros de privacidade e liberdade?

A partir de tal questão-problema, defende-se a proposição de que a proteção almejada pelo projeto de lei apenas atende a interesses particulares. Essa proposição se funda nas justificativas apresentadas ao longo deste texto, bem como no tratamento conferido às moedas digitais em seu conteúdo.

Para uma análise mais fundamentada da situação exposta, faz-se necessária uma delimitação teórica do que vem a ser uma moeda digital, bem com uma explanação de seu funcionamento. Além disso, é importante demonstrar o papel dos princípios, até mesmo constitucionais, presentes no caso e assim analisar a proposta do PL 2.303/15.

Na primeira parte está presente uma delimitação conceitual teórica do que vem a ser a *bitcoin*, as *altcoins* e a *blockchain* como forma de ponto de partida para as demais análises propostas.

Em seguida, adentra-se na análise do PL 2.303/15 e de suas justificativas. Com isso, chega-se na parte em que se tem um exame da realidade japonesa no que diz respeito à regulação das criptomoedas. Após, parte-se para o estudo dos princípios constitucionais de liberdade e privacidade no âmbito digital.

Por fim, é feita a apreciação de todo o contexto teórico, técnico, constitucional, legislativo e comparado para uma melhor compreensão e desenvolvimento da resposta à questão-problema.

Dessa forma, a abordagem da presente pesquisa se concretiza nas ideias de liberdade e de privacidade igualmente com uma análise respaldada em autores importantes no assunto como Fernando Ulrich e Marcel Leonardi, no tocante à tecnologia e às criptomoedas, em especial a *bitcoin* como principal representante; Gilmar Ferreira Mendes, Daniel Sarmiento e Anderson Schreiber, no que se refere a princípios e direitos da personalidade, com um foco nos princípios de liberdade e privacidade, além de suas respectivas abordagens no contexto digital; bem como Carlos Affonso Pereira de Souza, que busca uma ligação do Marco Civil da Internet com esses princípios e

direitos com atenção aos seus cinco pontos de análise distintos e complementares.

## 1 a *bitcoin* e a *blockchain*

A primeira criptomoeda a surgir no mundo foi a *bitcoin*, em 2008, e desde então vieram muitas *altcoins*, que seriam tipos alternativos àquela.<sup>6</sup> Nesse sentido, é importante que se tente definir a *bitcoin* para se buscar uma explicação do que seriam todas essas moedas digitais.

Fernando Ulrich explica que elas são de código aberto, de ponto a ponto e que não dependem de uma autoridade central, sendo então a *bitcoin* o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado.<sup>7</sup>

Diante dessa definição é possível extrair alguns pontos básicos para o entendimento do assunto, como a questão de as criptomoedas, de modo geral, serem de código aberto e totalmente descentralizadas. Isso significa que elas possuem um sistema que viabiliza a sua livre propagação e difusão pelo mundo, como também que esse mesmo sistema torna, quase que impossível, o rastreamento das partes de suas transações efetivadas, as quais não dependem de uma autoridade central reguladora, como governos ou instituições financeiras.

A rapidez, facilidade e publicidade das transações de ponto a ponto, sem a intervenção de um terceiro, valendo-se de um banco de dados que somente as armazena enquanto dados e sem identificação, faz com que as moedas digitais se tornem cada vez mais presentes no mundo.

No que se refere a esse banco de dados, especificamente quanto à *bitcoin*, tem-se a *blockchain*. Ela é, basicamente, um livro público de registros, no qual todas as transações feitas com a referida criptomoeda são registradas e então passíveis de confirmação. Nesse caso, a confirmação vem sob a responsabilidade da mineração, que consiste na transmissão, coleta e inclusão dos dados na *blockchain* de forma permanente. Em suma, a *blockchain* é um sistema descentralizado que organiza informações em blocos encadeados entre si.

O papel dos mineradores é validar as transações feitas por intermédio de confirmações, tornando-as assim válidas. O que de plano pode parecer simples, necessita de bastante força computacional para validação, a qual se

---

<sup>6</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Misses, 2014, p. 82.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 17.

perfaz mediante a resolução de cálculos numéricos de um algoritmo criptográfico.<sup>8</sup> Assim, não é qualquer computador ou pessoa que pode se empenhar em minerar criptomoedas, mas aqueles que detêm conhecimento técnico e *hardware* (componentes eletrônicos) para isso, os quais recebem uma pequena fração de *bitcoins* pelas transações validadas.

Todo esse mecanismo de validação traz consigo a segurança e o anonimato necessários para tornarem as transações com criptomoedas mais atrativas e sem a presença de qualquer ente centralizador. Isso ocorre porque as transações são feitas de pessoa a pessoa e confirmadas por mineradores na *blockchain*, de modo que há a dispensa de um terceiro legitimador, como o Estado, nas relações estabelecidas.

Por outro lado, um caso negativo que ficou mundialmente conhecido como *Silk Road* em 2012, colocou em xeque, os até então só pontos positivos das moedas digitais. Nesse episódio, um site localizado na *deep web*<sup>9</sup> que só comercializava mercadorias ilegais, com destaque para drogas, passou a aceitar somente pagamentos em *bitcoin*, o que, de certa forma, garantia o anonimato das partes envolvidas nas comercializações ilegais.<sup>10</sup>

Frente às vantagens e aos riscos do avanço das criptomoedas, e delas em si, muitos países vêm buscando meios de se protegerem e regulamentarem tal uso em seus territórios, como por exemplo o Japão, que integra o objeto de análise do presente texto. Ademais, o desenvolvimento tecnológico mundial faz com que sua divulgação e publicidade sejam cada vez mais evidentes.

## 2 A regulação internacional: o caso do japão

---

<sup>8</sup> ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering bitcoin**: unlocking digital crypto-currencies. dez. 2014, p. 177. Disponível em: <<https://unglueit-files.s3.amazonaws.com/ebf/05db7df4f31840f0a873d6ea14dcc28d.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>9</sup> *Deep web* é um lugar na rede onde nada é rastreado, de modo que todo o tráfego de dados é criptografado (privacidade e anonimato) em todos os pontos de acesso. Cf. DEEP web. **Olhar Digital**. Disponível em: <[https://olhardigital.com.br/fique\\_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120](https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>10</sup> MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na Deep Web: Avanço da criminalidade virtual. **Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim**, São Paulo, ano 24, vol. 125, p-337-354, nov. 2016, p. 346.

O Japão vem se destacando quanto à regulação das moedas digitais. Isso se mostra claro quando ele faz incidir sobre as transações delas o imposto de renda e o imposto sobre capitais, por exemplo.<sup>11</sup>

De modo pioneiro no que tange a essas criptomoedas, o governo japonês regulamentou e emitiu mais de 10 licenças para a operação de *exchanges* de *bitcoin*, que seriam, simplificando para a compreensão, como casas de câmbio para trocas comerciais.<sup>12</sup>

Com medidas como essas, o país busca, de alguma forma, diminuir as possibilidades de fraudes e de cometimento de crimes no ambiente digital. Diante do fato de já existirem diversos casos da utilização ilícita das moedas digitais no mundo. Como outra forma de regulação, desde 2014, a *bitcoin* já é classificada como mercadoria no território, facilitando assim o seu controle interno de trocas.<sup>13</sup>

Essas regulações, dentre outras, fizeram com que a *bitcoin* elevasse o seu valor de mercado, pois, de fato, tais medidas vieram para auxiliar no gerenciamento e controle das negociações.<sup>14</sup> Nesse contexto não foram trazidos meios de restrição ou mesmo fiscalização restritiva às criptomoedas, mas formas de se obter maior segurança nas transações ou, no caso, para as trocas comerciais efetuadas nas *exchanges*.

Ainda assim, existem aquelas que, ilegalmente, não se submetem à regulação vigente no país, mas que acabam por se tornar alvos de criminosos virtuais. Como exemplo, uma das maiores *exchanges* do Japão, a *Coincheck*, foi vítima do maior furto da história das criptomoedas no valor de mais de US\$ 532.000.000,00.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> COLEMAN, Lester. Japan ends 8% Consumption Tax on *Bitcoin* today. **Cryptocoins News**. Disponível em: <<https://cryptocoinsnews.com/japan-ends-8-consumption-tax-on-bitcoin-today/>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>12</sup> O'LEARY, Rachel Rose. Japan issues Licenses for 11 *Bitcoin* Exchanges. **Coindesk**. Disponível em: <<http://coindesk.com/japans-finance-regulator-issues-licenses-for-11-bitcoin-exchanges/>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

<sup>13</sup> JAPÃO aprova regulamentação da *bitcoin* como mercadoria. **G1 - Tecnologia e Games**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/japao-aprova-regulamentacao-do-bitcoin-como-mercadoria.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>14</sup> FEBRE do ouro digital no Japão faz valor da *bitcoin* disparar no mundo. **G1 - Economia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/febre-do-ouro-digital-no-japao-faz-valor-do-bitcoin-disparar-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>15</sup> UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Exchange japonesa perde R\$ 1,7 bilhão no maior roubo de criptomoedas da história. **InfoMoney**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/japao-aprova-regulamentacao-do-bitcoin-como-mercadoria.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.



Dessa forma, é possível perceber que mesmo havendo esforços no sentido de regulação das moedas digitais no Japão ainda subsistem lacunas, as quais necessitam de olhares especiais. Ainda que classificada como mercadoria, ainda que incida imposto de renda e imposto sobre capitais, e ainda que as *exchanges* sejam licenciadas, existe a possibilidade de cometimento de crimes sem fiscalização, mas o que, de forma alguma, deixa de sobrepor os benefícios das criptomoedas. Pelo contrário, apenas evidencia o quanto se deve considerar e buscar meios de se divulgar a proteção e utilização devida.

Para Hossein Kakavand, Nicolette Kost De Sevres e Bart Chilton, a utilização da *blockchain*, e conseqüentemente das criptomoedas, traz riscos consigo, como a vulnerabilidade a ataques e o desconhecimento de muitos do seu funcionamento. Eles afirmam que um controle por intermédio de regulação específica seria capaz de minimizar tais riscos e assim formalizar uma maior segurança às transações efetivadas.<sup>16</sup>

No caso japonês é visível que tal regulação ao menos reduziu os riscos daqueles que se submeteram à padronização legal. Desse modo, a normatização do uso e controle das moedas digitais faz com que, a efetivação da proteção não se dê só pelos órgãos reguladores responsáveis, mas também parta de quem operacionaliza com elas.

Mais um exemplo disso está em como o governo japonês entende que deve se dar a regulação em seu território. Prevalece a ideia de que ela é necessária na medida em que se pretende garantir o interesse público ou a proteção dos seus usuários.<sup>17</sup> Ou seja, a regulação mais determinante prescinde algo mais além do determinismo estatal, por mais que o interesse público possa dar margem a arbitrariedades, já se tem um limite formal imposto.

### **3 A (não) regulação no brasil: vantagens e desvantagens**

#### **3.1 Os princípios constitucionais de privacidade e de liberdade de expressão**

Antes mesmo de adentrar na questão da regulação, ou não, no Brasil, faz-se necessário um aporte teórico. Assim, o conceito de privacidade não é

---

<sup>16</sup> KAKAVAND, Hossein; DE SEVRES, Nicolette Kost; CHILTON, Bart. The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies. SSRN. 05 jan. 2017, p. 25. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2849251>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>17</sup> HARASIC, Vesna. It's Not Just About the Money: A Comparative Analysis of the Regulatory Status of *Bitcoin* Under Various Domestic Securities Laws. **American University Business Law Review**. v. 3:3, 2014, p. 498. Disponível em: <<http://www.aublr.org/wp-content/uploads/2017/03/Volume3Issue3.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

expresso taxativamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Cabe, então, buscar um conceito que melhor defina esse direito. Na visão de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o direito à privacidade tem por objeto os comportamentos e acontecimentos referentes aos relacionamentos pessoais de modo geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público.<sup>18</sup>

Os referidos autores se limitam a colocar como objeto desse direito os relacionamentos pessoais, comerciais e profissionais. Ou seja, para eles todas e quaisquer relações que tenham esses temas e que não se deseja torná-las públicas serão resguardadas por esse direito.

Assim, a privacidade, enquanto proteção de dados, deve ser entendida da maneira mais ampla possível para se envolver manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. Dessa forma, valendo-se da interpretação de Marcel Leonardi<sup>19</sup>, a privacidade, como direito da personalidade, é princípio constitucional basilar e devido a isso se faz necessária também na área dos dados informáticos e, mais especificamente, no que diz respeito às moedas digitais.

Na busca por um conceito que possa ser útil a pesquisa, a privacidade será entendida como um direito que tem o escopo de ressalvar tudo aquilo que seja de âmbito privado, comercial ou profissional e que não tenha a finalidade de ser público. Logo, as ações e atividades desenvolvidas na internet, bem como a utilização de criptomoedas se enquadram nesse conceito.

A situação abordada deve então passar por uma visão muito além do direito à intimidade, mas entremear os contornos do controle da coleta de dados, bem como da sua própria utilização. Anderson Schreiber, ao tratar dessa perspectiva, se atém tanto à dimensão procedimental como à substancial. A primeira como sendo uma forma de fiscalização da coleta de dados por todo o processo informativo e a segunda no sentido de controle da manipulação desses dados objetivando coibir a violação de outros direitos.<sup>20</sup>

Já com relação à liberdade, tem-se que é um poder de atuação e de busca de algo, no caso, a felicidade pessoal, a qual é subjetiva e circunstancial, pondo

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405.

<sup>19</sup> LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 90.

<sup>20</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137-138.

a liberdade em harmonia com a consciência e interesse de cada um. Desse modo, na medida em que se desenvolve o conhecimento e se tornam públicas as informações, mais se amplia a liberdade com possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um.<sup>21</sup>

Assim, para José Afonso da Silva, a concepção de liberdade é no sentido de que deve haver maiores possibilidades de coordenação autônoma, do interesse de cada indivíduo. Isto é, a condição de escolha pela busca ou utilização de algo deve ser a mais livre e aberta possível.

Em uma abordagem do âmbito infraconstitucional, no que concerne ao Marco Civil da Internet (lei 12.965/14 - MCI), a liberdade possui cinco pontos de análise distintos, segundo Carlos Affonso Pereira de Souza<sup>22</sup>. Quais sejam, fundamento e princípio da disciplina do uso da internet, condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, parâmetro a ser ponderado em casos de responsabilidade civil de provedores e referência na proteção dos direitos autorais nesse aspecto.

Dessa forma, prevalece na presente análise da liberdade como princípio, o qual se mostra presente no artigo, 3º, I, do MCI<sup>23</sup>. Expressamente esse artigo remete a CRFB/88 de modo a estabelecer a responsabilidade em seus termos quanto à garantia do princípio da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão vista como princípio constitucional no artigo 5º, IV, da CRFB/88<sup>24</sup>, garante a livre manifestação do pensamento assim como também veda o anonimato. Diante disso, é possível perceber como se dá o tratamento ao princípio frente a um obstáculo, no caso, o anonimato. A vedação a esse tem de ser de forma cautelosa, é necessária uma ponderação, ainda mais se tratando de um ambiente de redes.

---

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 234.

<sup>22</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Cinco faces da Liberdade de Expressão no Marco Civil da Internet. In. DE LUCCA, Newton, *et al* (Org.). **Direito & Internet III** – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377-408.

<sup>23</sup> “Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. BRASIL. **Lei nº 9.265, de 23 de Abril de 2014**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 24 de Abril de 1998. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2019.

Considerando necessária a garantia da liberdade de expressão e a vedação ao anonimato, surge então a questão de como efetivar tal controle. Diante de tal embate, faz-se necessária uma distribuição argumentativa no sentido de se assegurar o direito constitucional de liberdade e, ao mesmo tempo, inibir o anonimato como um meio de proteção para a prática de atos ofensivos aos direitos da personalidade.

Partindo para uma análise conjunta dos princípios constitucionais de privacidade e de liberdade, é possível observar que há uma relação de mutualismo entre eles. Isso porque enquanto o primeiro se perfaz no tratamento de proteção aplicado aos dados, ou no caso às criptomoedas, dos usuários, o segundo se manifesta quando da livre possibilidade de troca, e publicização quando necessária, dessas informações.

Assim, a privacidade encontra respaldo na proteção dos dados privados e a liberdade se mostra como mais uma forma de amparo contra ofensas aos direitos até então expostos a possíveis violações no ambiente criptográfico das moedas digitais.

Com isso, considerando os princípios constitucionais expressos na CRFB/88 de privacidade e de liberdade, tem-se de sopesar entre as próprias justificativas do PL 2.303/15 e as garantias constitucionais de proteção do âmbito privado e de coordenação autônoma e livre dos meios pessoais de satisfação própria.

### 3.2 o projeto de lei 2.303/15 e as suas justificativas

No mesmo sentido do Japão, e de outros países do mundo, o Brasil também busca respaldar o uso das moedas digitais em seu território. Esse respaldo se faz presente diante, por exemplo, da equiparação delas a ativos financeiros para fins tributários, sujeitas assim à declaração de imposto de renda ao passo que devem ser declaradas pelo valor de aquisição, segundo o que dispõe a própria Receita Federal.<sup>25</sup>

No âmbito penal é válido ressaltar a existência de crimes informáticos, os quais para Túlio Vianna e Felipe Machado, são aqueles que têm como bem jurídico penalmente tutelado a inviolabilidade dos dados, ou das informações automatizadas.<sup>26</sup> Ou seja, busca-se a primazia da inviolabilidade ou proteção,

---

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. **Imposto sobre a Renda da Pessoa Física**. Brasília, 2018, p. 182-183. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>26</sup> VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes Informáticos**: conforme a Lei nº 12.737/2012. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 21.

tendo como base os direitos fundamentais de privacidade e intimidade, ambos resguardados pela CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso X<sup>27</sup>.

Partindo para uma análise, da realidade fática brasileira, a primeira vista pode parecer que não há presença alguma das criptomoedas. Ocorre que após um olhar um pouco mais aprofundado, chega-se a casos de crimes como sequestros com pedidos de resgates por meio de *altcoins*, como a *zcash* e a *monero*.<sup>28</sup>

Ante o exposto, considerando um sopesamento entre os prós e os contras das moedas digitais, observa-se, de forma bem evidente a necessidade de sua regulação efetiva. A partir do momento que se tem o desrespeito a direitos fundamentais de proteção, bem como cometimento de infrações tanto na esfera penal como na tributária, faz-se necessária um efetivo olhar crítico a livre utilização das criptomoedas na realidade brasileira.

Nesse sentido, o Deputado Federal Áureo Lídio Moreira Ribeiro, em 08 de Julho de 2015, apresentou na Câmara dos Deputados o PL 2.303.<sup>29</sup> Ele então dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagens aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central.

No que se refere às moedas digitais, tal projeto de lei, de início, pretendia incluir as criptomoedas na competência de disciplina do Banco Central (Bacen) e conseqüentemente do Conselho Monetário Nacional (CMN), pela alteração do artigo 9º, inciso I, da lei 12.865/13<sup>30</sup>. Ademais, ele também tinha como finalidade as introduzir na lei de crimes de lavagem de dinheiro, pela inclusão do artigo 11, § 4º, na lei 9.613/98<sup>31</sup>. E, por fim, desejava, em seu

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>28</sup> VARGAS, Diogo. Fação de SP está por trás de sequestro com pedido de resgate em *Bitcoins*. **Diário Catarinense - DC**. Santa Catarina, 02 maio 2017. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/05/facao-de-sp-esta-por-tras-de-sequestro-com-pedido-de-resgate-em-bitcoins-em-florianopolis-9784765.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>29</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.303, de 08 de Julho de 2015**. Câmara dos Deputados, Poder Legislativo, Brasília, 08 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1361896.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>30</sup> BRASIL. **Lei nº 12.865, de 09 de Outubro de 2013**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de Outubro de 2013. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de Março de 1998**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 04 de Março de 1998. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

artigo 3º, que incidissem no que couberem as normas previstas na lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC)<sup>32</sup> em todas as operações conduzidas no mercado das moedas digitais.

Desde a sua apresentação, o PL 2.303/15 já foi enviado e retornou da Comissão de Viação e Transportes (CVT) e foi criada uma Comissão Especial em Julho de 2016 para a produção de um parecer sobre ele. Contudo, essa Comissão só foi efetivamente constituída com todos os seus integrantes em maio de 2017.

Em Dezembro de 2017 foi votado e aprovado um substitutivo<sup>33</sup>, no qual houve uma ampliação substancial do conteúdo do projeto de lei. Tal substitutivo trouxe expressas definições de moedas digitais, ficha digital, programa de fidelidade ou de recompensa, fornecedor de programa de fidelidade ou de recompensa, ponto de fidelidade ou de recompensa e empresa aderente a programa de fidelidade ou de recompensa.

Além disso, propõe alterações no decreto-lei 2.848/40 (Código Penal - CP) e nas leis 1.521/51, 6.385/76 e 6.404/76, como também traz propostas de regulação específica quanto às definições elencadas.

Após a aprovação do substitutivo foi aberto um prazo para apresentação de emendas a ele. Findo esse, foram apresentadas oito, versando sobre mais definições e também mais alterações em leis esparsas, as quais ainda necessitam de votação separadamente. Ocorre que em 31 de Janeiro de 2019 o PL foi arquivado, sendo possível o seu desarquivamento mediante requerimento do seu autor em 180 dias.

De todas as alterações propostas pelo PL 2.303/15, as que mais impactam o mundo das criptomoedas são as definições e a possibilidade de tipificação criminal para certas condutas praticadas com elas.

### **3.3 As possibilidades de regulação no direito brasileiro**

As medidas adotadas pelo governo japonês, vistas acima, interpretadas diante do contexto jurídico brasileiro merecem ser analisadas com certa cautela quanto à imediata aplicabilidade na presente realidade brasileira

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 12 de Setembro de 1990. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>33</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.303, de 08 de Julho de 2015**. Substitutivo. Câmara dos Deputados, Poder Legislativo, Brasília, 13 dez. 2017. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1632751](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1632751)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

estudada. Em especial no que se referem à regulação das criptomoedas como mercadorias, à tributação de impostos, seja de renda ou de capitais, e mesmo ao licenciamento das *exchanges*.

Primeiramente, a *bitcoin* e as demais *altcoins* são reconhecidas de formas distintas nos países que assim circulam, de modo que elas podem tomar a forma de mercadorias e/ou ativos financeiros. Como mercadorias, elas se sujeitam a uma fiscalização mais efetiva e à incidência de tributos. Enquanto que como ativos financeiros, as moedas digitais ficam fora, diretamente, da responsabilidade governamental no caso de amparo aos compradores, ou mesmo aos investidores.

As implicações desse reconhecimento no Brasil, que se deu por expressa manifestação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), revelam-se na medida em que os fundos de investimentos vinculados são proibidos de adquirir as criptomoedas de forma direta.<sup>34</sup> Assim, para a CVM tem-se a desqualificação delas como ativos financeiros e, conseqüentemente, a sua conceituação fica em aberto, um "camaleão", assumindo diversas formas em diferentes situações.

Ocorre que, para a Receita Federal, no que diz respeito à tributação no Brasil, desde 2017 vem reconhecendo a *bitcoin* e as demais *altcoins* como ativos financeiros. Isso ocorre porque se faz necessária, e ao mesmo tempo obrigatória, a declaração dessas equiparando-as a ativos financeiros.<sup>35</sup>

Essa equiparação se dá em "bens e direitos" como "outros bens" e a declaração, em si, deve se realizar pelo valor de aquisição das criptomoedas, uma vez que não há controle governamental da emissão ou mesmo cotação dessas.

Dessa forma, as moedas digitais configuram-se com uma espécie de mercadoria, com lampejos de ativo financeiro somente no que concerne à tributação no imposto de renda, mais uma vez o caráter singular se faz presente.

Ainda quanto à possibilidade de aplicação da regulação japonesa no território brasileiro, um ponto no qual a fiscalização é de suma importância, é a

---

<sup>34</sup> CVM. Orientações para administradores de fundos de investimento. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2018/20180112-1.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>35</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. **Imposto sobre a Renda da Pessoa Física**. Brasília, 2018, p. 182-183. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

controle da atuação das *exchanges*. Vários são os casos de fraudes e furtos envolvendo essas empresas que prestam o serviço de compra e venda das criptomoedas, como já exposto no item anterior.

É possível observar, tendo como base a experiência japonesa que nem só o registro das *exchanges* é necessário para uma regulação efetiva. Vale ressaltar ainda que é preciso o governo estar presente com uma fiscalização no sentido de controle transacional, mas não restritivo. Isso deve ocorrer porque tais empresas movimentam grandes valores o que acaba por ser tornar um atrativo para cibercriminosos.

Nesse sentido de ciberataques, ainda carece de meios para responsabilização e rastreamento dos praticantes de tais atos ilícitos, uma vez que dada a operacionalização totalmente descentralizada das transações efetuadas. Por mais que exista a *blockchain* atuando como registro público das transações realizadas através das confirmações dos mineradores, é quase que impossível se rastrear as movimentações efetuadas entre carteiras de moedas digitais.

É nesse contexto que a importância de um maior controle no âmbito das *exchanges* ganha destaque. Desse modo, haveria uma forma de verificação quando das transações internas, evidenciando uma barreira aos cibercriminosos. Com esse mesmo intuito, o projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados e tem a pretensão de enfrentar essa questão, não obtém êxito em sua totalidade, embora já signifique um avanço no debate.

Mais especificamente no tocante ao PL 2.303/15, têm-se, inicialmente, tímidas modificações nas leis 12.865/13 (arranjos de pagamentos) e 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), assim como no CDC. Após aprovação do substitutivo, alargou-se a abrangência das alterações, chegando assim a expressas definições, ao CP e às leis 1.521/51, 6.385/76 e 6.404/76.

Em sua propositura, o foco do projeto não passava de meras alterações, que à primeira vista poderia transparecer uma apenas uma forma de iniciar o que ele viria se tornar.

A alteração na lei dos arranjos de pagamentos, veio para incluir como competência do Bacen, mediante diretrizes do CMN, aqueles arranjos que fossem baseados em criptomoedas ou programas de milhagens aéreas. Por sua vez, na lei dos crimes de lavagem de dinheiro, a ideia era dar especial atenção à comunicação de operações financeiras efetuadas com as moedas digitais. Para finalizar, no que se refere ao CDC, o objetivo foi dar a essas operações financeiras um respaldo pela ótica da proteção e defesa do consumidor.



Essas alterações mostram que a verdadeira pretensão, assim como expressa nas justificativas do PL 2.303/15, era de introduzir as criptomoedas no mundo jurídico de modo a, de fato, regulamentá-las em momento posterior. Isso ocorre porque, por exemplo, ficaria a cargo do CMN direcionar o que seria efetivamente de competência do Bacen. Assim, apenas essa menção não seria de tamanho rigor necessário para com as movimentações em questão.

Colocando a atribuição de regulação no âmbito do CMN, traria à tona a hipótese do atendimento de interesses particulares na aprovação do projeto de lei. De modo que essa abertura a posteriores alterações, única e exclusivamente, pelo Poder Executivo, evidencia a possibilidade de se haver manipulações por interesses que explícitos na discussão do PL 2.303/15.

Com a aprovação do substitutivo ocorreu uma mudança nesse cenário. O primeiro ponto necessário de análise é a definição de alguns termos de grande relevância para o debate. Na tentativa de se definir o que seriam as moedas digitais, acabou-se por entender que elas são representações digitais de valor que funcione como meio de pagamento, ou unidade de conta, ou reserva de valor e que não tenham curso legal no país ou no exterior.

Tal definição, além de esvaziar o real sentido das criptomoedas, acaba por delimitar o seu âmbito. Ao dizer que elas são forma de pagamento, unidade de conta ou reserva de valor, foi extraído um dos principais instrumentos delas, qual seja, a *blockchain*. Instrumento esse no sentido de utilidade prática e funcional.

A *blockchain* já foi definida aqui como um livro público de registros, por meio do qual as transações feitas são registradas e assim suscetíveis de confirmação pelos mineradores. Existe uma imensidão de utilidades práticas ligada a ela, que inclusive já são exploradas, mas não foram consideradas pelo PL 2.303/15.

As possibilidades da *blockchain* vão muito além de apenas servir para as moedas digitais. Na contemporaneidade, já se fala em contratos inteligentes por intermédio dela, em compartilhamento seguro de dados médicos confidenciais, em sistemas bancários mais robustos quanto à proteção, valendo-se desse sistema, dentre outros.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> FÁBIO, André Cabette. Os vários usos possíveis da blockchain, segundo a presidente do FMI. **Nexo Jornal**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/16/Os-v%C3%A1rios-usos-poss%C3%ADveis-da-blockchain-segundo-a-presidente-do-FMI>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

Assim, a definição trazida pelo PL 2.303/15 não expressa toda a real amplitude da utilidade trazida pelas moedas digitais. Isso se demonstra na medida em que não houve um cuidado técnico-legislativo ao se tentar abarcar as possibilidades estruturais dessa tecnologia.

Outro ponto a se destacar ainda quanto à definição é a questão de que o projeto expressamente expõe que para caracterizar as criptomoedas é necessário que elas não tenham curso legal no país ou no exterior.

Esse ponto se torna interessante na medida em que países como o Japão e até mesmo a Alemanha já estudam a possibilidade de se aceitar a *bitcoin*, mais famosa e valorizada moeda digital, como moeda de curso legal, equivalente aos meios legais de pagamento.<sup>37</sup> Tal fato demonstra total descompasso do projeto de lei com as posturas mundiais.

A descaracterização proposta pelo PL 2.303/15 acaba por esvaziar ainda mais o sentido em si por ele mesmo tratado. Ou seja, toda a tentativa dele de regulamentar as moedas digitais em âmbito nacional, se esvai enquanto ele mesmo restringe somente a algumas e, no tocante às outras, tem-se a regulação fadada a uma espécie que não de sua natureza peculiar.

Tratando agora do CP, a alteração mais significativa trazida pelo projeto de lei se funda nos crimes contra a fé pública. Na proposta, o crime de emissão de título ao portador sem permissão legal (artigo 292, do CP)<sup>38</sup> passa a ter dois parágrafos, específicos quanto às moedas digitais.

O projeto expõe de forma a ampliar esse crime a ponto de criminalizar a atividade das *exchanges* não licenciadas. Como visto, essas casas de câmbio têm a função de converter as criptomoedas para as moedas de curso legal e vice-versa. Criminalizar tais condutas vai ao encontro das posturas mundiais, como a japonesa. Sendo necessária ainda a regulação do licenciamento, a concessão de permissão, a qual traz benefícios e proteção aos usuários dos serviços.

---

<sup>37</sup> DE, Nikkilesh. Germany Won't Tax You for Buying Coffee With *Bitcoin*. **Coindesk**. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/germany-considers-crypto-legal-equivalent-to-fiat-for-tax-purposes>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>38</sup> “Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago: Pena. Detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único. Quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos neste artigo incorre na pena de detenção, de quinze dias a três meses, ou multa.”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 31 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev 2019.

Cabe aqui mencionar uma ressalva quanto à adequação típica do crime de emissão de título ao portador sem permissão legal. No que se refere ao elemento normativo do tipo (sem permissão legal) é importante esclarecer que nesse deve haver dolo. Esse elemento subjetivo do tipo, no caso específico, não abre margem à possibilidade de dolo eventual, somente na forma direta.

Dessa forma, é necessário que o sujeito ativo do crime tenha a vontade de emitir, intermediar troca, armazenar para terceiros ou realizar troca por moeda de curso legal no país ou moeda estrangeira, criptomoeda que não seja emitida pelo Bacen.

Assim, tem-se que a atividade das *exchanges* não licenciadas fica abarcada pelo PL 2.303/15 de modo a criminalizá-las. Trata-se de um ponto positivo da proposta, uma vez que traz uma maior proteção aos usuários dos serviços das *exchanges*. Um avanço também no controle necessário para a efetivação do licenciamento dessas.

O licenciamento não é a solução para todas as questões imposta pela regulação, mas já é um começo imprescindível à manutenção e preservação dos direitos e deveres dos usuários das moedas digitais.

Aliás, ainda quanto às alterações trazidas pelo PL 2.303/15 no tocante às leis 1.521/51, 6.385/76 e 6.404/76, é preciso esclarecer seus escopos. Em relação à primeira, a lei dos crimes contra a economia popular, o projeto prevê caracterizar como crime a obtenção de ganhos ilícitos em detrimento de uma coletividade de pessoas, mediante especulação, artifício ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Desse modo, o projeto de lei pretende ampliar o rol já existente na lei, quais sejam, especulações ou processos fraudulentos. Assim, com a nova proposta de redação, seria possível abarcar as práticas de ilícitos executadas por intermédio das moedas digitais.

Com relação à segunda, a lei dos mercados de valores mobiliários, o projeto atribui à CVM a função de instituir ambiente de testes de novas tecnologias e inovações em produtos e serviços no mercado de valores mobiliários. Isto é, cabe a ela a propagação e difusão novas tecnologias e inovações, em seu âmbito, abarcando aqui as criptomoedas.

Essa atribuição, na sua área, foi exposta ainda na forma de possibilidade de concessão de permissão de atividades afins. Assim, entende-se que a CVM ficaria, somente no que lhe couber, responsável pelo licenciamento de empresas exploradoras de produtos e serviços no mercado de valores mobiliários.

No que se refere à terceira, a lei das sociedades por ações, o projeto trata da CVM e faculta a ela a possibilidade de dispensa de certas exigências para companhias de médio e pequeno porte. Mais uma vez presentes incentivos à busca por novas tecnologias e inovações.

Diante disso, o PL 2.303/15 busca uma maior proteção e regulação das moedas digitais em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Para alcançar essa consonância ele se vale de alterações em diversas, além de também trazer definições importantes, mesmo que falhas em alguns pontos, para o entendimento dessas novas questões que surgem com as criptomoedas.

Em meio a todo esse contexto de trabalho propositivo do Poder Legislativo, o Poder Executivo também se movimenta através do Bacen e da CVM. Ambos se manifestam por intermédio de notas e comunicados oficiais sobre as criptomoedas desde o início do ano de 2014.

A primeira vez que o Bacen se manifestou publicamente, em fevereiro do referido ano, a respeito das moedas digitais foi para, segundo ele, esclarecer sobre os riscos decorrentes da aquisição dessas.<sup>39</sup> Em nota à imprensa, fez-se uma distinção das moedas eletrônicas, tratadas pela lei 12.865/13, as quais se caracterizam por serem recursos armazenados em sistemas de natureza eletrônica.

Além disso, essa nota, ainda que de forma branda, se propôs a enunciar ditas características das criptomoedas, tais como, ausência de garantia ou não emissão por autoridade monetária, possibilidade de utilização para atividades ilícitas e risco de perda patrimonial significativa nas *exchanges*. Ao final, ainda foi passado que o uso das moedas digitais no Brasil não oferecia riscos ao Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Dessas colocações do Bacen, primeiramente, é possível extrair um importante avanço no sentido de distinção das moedas eletrônicas. Esse passo frente a uma delimitação teórica do objeto de estudo mostra certa preocupação técnica necessária para o tratamento prático dos possíveis problemas que podem surgir.

Em outro momento, quando da menção dos riscos, houve acerto ao se alertar da possibilidade de cometimento de crimes por intermédio das criptomoedas, uma vez que, como já tratado, na época em questão essa realidade era ainda

---

<sup>39</sup> BACEN. BC esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/14946>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

mais desconhecida em termos quantitativos e mesmo qualitativos. O pouco de conteúdo produzido que se tinha era ainda incipiente no Brasil.

Passados 3 anos sem manifestação alguma do Bacen, ele novamente surge com uma proposta então diferente da sua primeira, nota à imprensa. Em 16 de novembro de 2017, ele emite um comunicado oficial (Comunicado 31.379)<sup>40</sup> para alertar sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das moedas digitais.

No Comunicado 31.379/17, tentou se retomar o já dito anteriormente especificamente quanto às atividades ilícitas, à possibilidade de perda de todo o capital investido dada a variação de preço, e a não autorização ou supervisão do próprio Bacen. Enquanto que também se buscou fazer uma comparação com os organismos internacionais de controle, nos quais, de acordo com ele, em sua maioria ainda não foi identificada necessidade de regulação.

O governo brasileiro, nesse sentido, não observa riscos relevantes ao SFN de modo a se colocar em posição de alerta. Entretanto, deixou claro que permanece atento às discussões e utilizações das criptomoedas em seu território e em âmbito internacional.

Um ponto a se destacar no comunicado oficial é o de que foi expressamente dito que o valor das moedas digitais decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor. Essa informação, em um primeiro momento, pode parecer alarmante e assim o foi em sua maioria, mas não passa de uma decorrência da plena executividade delas e do seu sistema descentralizado, considerando o princípio da liberdade econômica.

Juntamente com o Comunicado 31.379/17, foi disponibilizado pelo Bacen um conjunto de perguntas frequentes que se propõe a responder as questões mais recorrentes sobre o tema.<sup>41</sup> Elas tratam da conceituação, regulação, funcionamento, utilização, riscos, transferências e investimentos. As respostas com possuem uma carga técnica mais simples e acabam por não conseguir expressar, em sua totalidade, a dimensão do que vem a ser e necessita que seja tratada sobre o tema.

---

<sup>40</sup> BACEN. Comunicado nº 31.379, de 16/11/2017. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>41</sup> BACEN. Moedas Virtuais. FAQ. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq\\_moedasvirtuais](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq_moedasvirtuais)>. Acesso em: 24 fev. 2019.

O Bacen, assim, busca não se fechar às inovações tecnológicas e financeiras e ao mesmo tenta criar uma barreira para se resguardar no tocante ao SFN. Dessa forma, após longo período sem se manifestar oficialmente sobre o assunto, o Comunicado 31.379/17 veio para tentar trazer uma alerta de que as moedas digitais estão cada vez mais ganhando espaço no território brasileiro.

Outra prova dessa ampliação em âmbito nacional é a CVM, que concomitantemente com o Bacen se manifestou por intermédio de nota<sup>42</sup> e também com um conjunto de perguntas frequentes sobre as criptomoedas.<sup>43</sup>

Na nota da CVM, o foco recaiu sobre as *Initial Coin Offerings* (ICOs), que seriam meios de captação pública de recursos por intermédio da emissão de moedas digitais como contrapartida.<sup>44</sup>

Essa visão voltada para as ICOs se deu devido ao crescente número de fraudes e esquemas de pirâmides constatados.<sup>45</sup> Além desses riscos, ainda foram elencadas ações de lavagem de dinheiro, riscos cibernéticos, operacionais, bem como de liquidez das criptomoedas emitidas.

Os riscos aqui se potencializam a partir do momento em que tais crimes se consomem e tentam camuflar suas ofensas ao SFN. A CVM ao se voltar para a inibição de tais práticas ilícitas, resguarda a privacidade enquanto direito personalíssimo daqueles que se veem fraudados com esquemas criminosos como esses podem se mostrar.

Vale ressaltar que ICOs não é sinônimo de fraude ou sistema de pirâmides, ocorre que no mesmo sentido de avanço das criptomoedas alguns se aproveitam da situação e acabam por cometer tais crimes. Enquanto há violações de princípios de ordem constitucional, existe o aproveitamento para a prática de ilícitos que atentam até mesmo contra a ordem financeira.

---

<sup>42</sup> CVM. Initial Coin Offerings (ICO). Nota. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>43</sup> CVM. Initial Coin Offerings (ICO). FAQ. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171116-1.html>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>44</sup> Modo de arrecadar fundos para financiar o desenvolvimento de projetos, com os quais se cria e emite "tokens" (através da blockchain) para uma campanha inicial. Cf. ROBERTO, Enrico; MONTEIRO, Renato Leite. LUZ, Luis Felipe Baptista; HORTA, Luciana Simões Rebello. **A Regulação de ICOs e Criptomoedas no Brasil**. Disponível em: <<http://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2017/11/ICOs-e-Bitcoins.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>45</sup> CVM. Suspensão de títulos para empresa de mineração de *Bitcoin*. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2018/20180228-1.html>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

## Conclusão

Ao longo deste texto, procurou-se demonstrar se o PL 2.303/15 contribui, ou não, para uma maior proteção e regulação do uso das moedas digitais no Brasil, tendo como base a experiência do Japão e os princípios constitucionais brasileiros de privacidade e liberdade, por intermédio de uma análise detida de todos os componentes dessa relação.

Partindo da hipótese de que a possível proteção almejada pelo projeto de lei, no sentido de que tal regulação apenas atenda a interesses particulares, buscou-se entender as justificativas apresentadas, bem como todo o contexto nacional em face das criptomoedas.

Desde o surgimento da *bitcoin*, que se confunde com a própria origem moedas digitais, questões vêm a colocando à prova no que se refere à operacionalidade e mesmo desenvolvimento no campo técnico.

Esses problemas, ou muito deles, ainda, não possuem resoluções definidas e sólidas, dada a dinamicidade das relações envolvidas. Aliado ao conjunto sistemático da *bitcoin*, surge como acessório, mas que depois se descobre uma imensidão de utilidades práticas distintas daquela para a qual foi criada, a *blockchain*.

Em meio a todas essas ligações, de maneira natural, juntamente com as questões técnicas já tratadas se torna possível vislumbrar uma equidade quando da liberdade e privacidade.

Os princípios constitucionais que até parecem conflitantes em certos momentos, se desvelam como de suma importância para o entendimento dos contornos jurídicos e políticos das moedas digitais em território nacional.

Surge então, no âmbito brasileiro, o PL 2.303/15, que busca positivar uma regulação com base em experiências internacionais, mas que acaba por não conseguir respaldar e realçar toda a importância do tema.

Considerando a experiência japonesa no que concerne às criptomoedas, é possível perceber que nem mesmo o local onde se originou toda a problemática possui as todas as soluções. Quanto à regulação, o governo japonês iniciou com poucas alterações legislativas, mas, após o crescimento da utilização em seu território, foi necessário ampliar a abrangência desses pontos regulamentados. Ocorre que, mesmo assim, ainda existem questões não solucionadas no que tange à efetividade e segurança.

Com base nisso e para além do PL 2.303/15, o Brasil ainda se mostra ativo e alerta às mudanças no mundo das moedas digitais, uma vez que o Bacen e

a CVM buscam sempre, por intermédio de notas e comunicados oficiais, alerta e esclarecer seu posicionamento a respeito delas.

Por vezes tais entendimentos podem ser ou parecer antagônicos. Daí então emerge a hipótese sustentada para a resolução da questão-problema levantada. Os interesses particulares na elaboração e desenvolvimento do projeto de lei se sobrepõem a uma maior proteção e regulação efetiva das criptomoedas em território nacional.

Assim, valendo-se dos princípios constitucionais brasileiros de privacidade e liberdade e da experiência japonesa, o PL 2.303/15 acaba por não abarcar tamanha utilidade das moedas digitais, mas sim por refletir interesses privados das instituições envolvidas, em especial dos conglomerados bancários.

## Referências

- ANTONPOULOS, Andreas M. **Mastering bitcoin**: unlocking digital crypto-currencies. Dez. 2014. Disponível em: <<https://unglueit-files.s3.amazonaws.com/ebf/05db7df4f31840f0a873d6ea14dcc28d.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BACEN. BC esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/14946>>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- BACEN. Comunicado nº 31.379, de 16/11/2017. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- BACEN. Moedas Virtuais. FAQ. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/Pre/bc\\_atende/port/moedasvirtuais.asp](http://www.bcb.gov.br/Pre/bc_atende/port/moedasvirtuais.asp)>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- BALDUCCINI, Bruno, *et al.* **Bitcoins** - os lados desta moeda. **Revista dos Tribunais - RT**, São Paulo, ano 104, vol. 953, p. 19-33, mar. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2019.



- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 31 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 12 de Setembro de 1990. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.265, de 23 de Abril de 2014.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 24 de Abril de 1998. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de Março de 1998.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 04 de Março de 1998. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.865, de 09 de Outubro de 2013.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de Outubro de 2013. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. **Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.** Brasília, 2018. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.303, de 08 de Julho de 2015.** Câmara dos Deputados, Poder Legislativo, Brasília, 08 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1361896.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.303, de 08 de Julho de 2015.** Substitutivo. Câmara dos Deputados, Poder Legislativo, Brasília, 13 dez. 2017. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1632751](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co dteor=1632751)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

- COLEMAN, Lester. Japan ends 8% Consumption Tax on *Bitcoin* today. **Cryptocoins News**. Disponível em: <<https://cryptocoinsnews.com/japan-ends-8-consumption-tax-on-bitcoin-today/>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- COMO o mundo está lidando com as moedas digitais. **Thomson Reuters**. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/financeiras/blog/como-o-mundo-esta-lidando-com-as-moedas-digitais.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- CVM. Initial Coin Offerings (ICO). FAQ. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171116-1.html>>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- CVM. Initial Coin Offerings (ICO). Nota. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- CVM. Orientações para administradores de fundos de investimento. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2018/20180112-1.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- CVM. Suspensão de títulos para empresa de mineração de *Bitcoin*. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2018/20180228-1.html>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- DE, Nikkilesh. Germany Won't Tax You for Buying Coffee With *Bitcoin*. **Coindesk**. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/germany-considers-crypto-legal-equivalent-to-fiat-for-tax-purposes>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- DEEP web. **Olhar Digital**. Disponível em: <[https://olhardigital.com.br/fique\\_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120](https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120)>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- FÁBIO, André Cabette. Os vários usos possíveis da blockchain, segundo a presidente do FMI. **Nexo Jornal**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/16/Os->

v%C3%A1rios-usos-poss%C3%ADveis-da-blockchain-segundo-a-presidente-do-FMI>. Acesso em: 17 fev. 2019.

FEBRE do ouro digital no Japão faz valor da *bitcoin* disparar no mundo.

**G1 - Economia**. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/febre-do-ouro-digital-no-japao-faz-valor-do-bitcoin-disparar-no-mundo.ghtml>>.

Acesso em: 17 fev. 2019.

HARASIC, Vesna. It's Not Just About the Money: A Comparative Analysis of the Regulatory Status of *Bitcoin* Under Various Domestic Securities Laws. **American University Business Law Review**. v. 3:3, 2014. Disponível em: <<http://www.aublr.org/wp-content/uploads/2017/03/Volume3Issue3.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

JAPÃO aprova regulamentação da *bitcoin* como mercadoria. **G1 -**

**Tecnologia e Games**. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/japao-aprova-regulamentacao-do-bitcoin-como-mercadoria.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

KAKAVAND, Hossein; DE SEVRES, Nicolette Kost; CHILTON, Bart. The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies. **SSRN**. 05 jan. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2849251>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. Saraiva: São Paulo, 2011.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na Deep Web: Avanço da criminalidade virtual. **Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim**, São Paulo, ano 24, vol. 125, p-337-354, nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O'LEARY, Rachel Rose. Japan issues Licenses for 11 *Bitcoin* Exchanges. **Coindesk**. Disponível em: <<http://coindesk.com/japans-finance-regulator-issues-licenses-for-11-bitcoin-exchanges/>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

- PREÇO de Mercado (USD). **Blockchain**. Disponível em:  
<<https://blockchain.info/pt/charts/market-price?timespan=all>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- ROBERTO, Enrico; MONTEIRO, Renato Leite. LUZ, Luis Felipe Baptista; HORTA, Luciana Simões Rebello. **A Regulação de ICOs e Criptomoedas no Brasil**. Disponível em:  
<<http://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2017/11/ICOs-e-Bitcoins.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Cinco faces da Liberdade de Expressão no Marco Civil da Internet. *In*. DE LUCCA, Newton, *et al* (Org.). **Direito & Internet III** – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Misses, 2014.
- UMPIERES, Rodrigo Tolotti. *Exchange* japonesa perde R\$ 1,7 bilhão no maior roubo de criptomoedas da história. **InfoMoney**. Disponível em:  
<<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/japao-aprova-regulamentacao-do-bitcoin-como-mercadoria.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- VARGAS, Diogo. Facção de SP está por trás de sequestro com pedido de resgate em *Bitcoins*. **Diário Catarinense - DC**. Santa Catarina, 02 maio 2017. Disponível em:  
<<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/05/facao-de-sp-esta-por-tras-de-sequestro-com-pedido-de-resgate-em-bitcoins-em-florianopolis-9784765.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes Informáticos**: conforme a Lei nº 12.737/2012. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

## Testes genéticos preditivos: estudo da insuficiência legislativa brasileira à luz do Direito Comparado (\*)

Predictive genetic tests: research on the brazilian insufficient legislation based on Comparative Law

Prueba genética predictiva: estudio de insuficiencia legislativa brasileña a la luz del Derecho Comparado

**Anna Karoliny Alexandre Fonseca<sup>1</sup>**

**Margareth Vetis Zaganelli<sup>2</sup>**

**Matheus Lopes Dezan<sup>3</sup>**

---

(\*) Recibido: 21 agosto 2019 | Aceptado: 05 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

- <sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora da Sociedade de Debates da Universidade Federal do Espírito Santo (SDUFES), grupo de trabalho da Liga Universitária de Direito da UFES (LUDUFES). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas. [annakarolinyf-@hotmail.com](mailto:annakarolinyf-@hotmail.com)
- <sup>2</sup> 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](mailto:mvetis@terra.com.br)
- <sup>3</sup> Bacharelado em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial (DRIA). Membro do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN). [matheus.ldezan@gmail.com](mailto:matheus.ldezan@gmail.com)

**Sumário:** Introdução. **1.** Genética, sociedade pós-genômica e testes genéticos preditivos. **2.** Importância da tutela jurídica dos testes genéticos preditivos. **3.** Estudo de legislação internacional. **4.** Estudo de legislação nacional. – Referências bibliográficas. – Referências legislativas. – Conclusão.

**Resumo:** Este artigo tem por escopo apresentar o quadro legislativo brasileiro regulatório dos testes genéticos preditivos e da matéria genética, a fim de elencar os bens jurídicos a serem tutelados pelo direito material nacional, por meio de metodologia de natureza exploratória e pesquisa comparativa, bibliográfica e documental. Escolhem-se esses elementos com base em legislação internacional de países de civil law, quais sejam a França, a Alemanha e Portugal, que contam com sólida experiência na regulação do assunto, e que se mostram como elementos comparativos, exemplificativos e sugestivos de produção legislativa. Por fim, evidencia os efeitos da falta de legislação específica para as relações interpessoais juridicizadas.

**Palavras-Chave:** bioética, sociedade pós-genômica, testes genéticos preditivos, direito comparado, lege ferenda, direito e literatura.

**Abstract:** The article aims to present the Brazilian regulatory framework on genetic predictive tests and on genetic matter, in order to catalogue the legal assets to be protected by the law. These elements are chosen based on international law of civil law countries – namely France, Germany and Portugal – which have shown huge regulatory experience, reason why they outstand as good comparative, illustrative and suggestive legislative models. The article also wants to demonstrate the effects of the lack of specific rules.

**Keywords:** bioethics, post-genomic society, predictive genetic tests, comparative law, lege ferenda, law and literature.

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo presentar el marco regulatorio brasileño para las pruebas genéticas predictivas y los asuntos genéticos, con el fin de enumerar los activos legales a proteger por la ley material nacional. Estos elementos se eligen con base en el derecho internacional de países de derecho civil, a saber, Francia, Alemania y Portugal, que tienen una sólida experiencia en la regulación del tema, y que se muestran como elementos comparativos, ejemplares y sugestivos de producción legislativa. Finalmente, destaca los efectos de la falta de

legislación específica sobre las relaciones jurídicas interpersonales.

**Palabras Clave:** bioética, sociedad postgenética, prueba genética predictiva, derecho comparado, *lege ferenda*, derecho y literatura.

---

## Introdução

Este artigo compreende explanação acerca do panorama em que se insere o estudo contemporâneo dos testes genéticos preditivos, segue para abordagem valorativa do quadro legislativo brasileiro em matéria de bioética e finda-se apresentação do conteúdo de direito material estrangeiro e nacional. Para tanto, elenca-se como chave da crítica presente a insuficiência legislativa brasileira para regular a realização de e o cuidado para com os testes genéticos preditivos nas relações jurídicas da vida civil. O objetivo do estudo é elencar os objetos a serem contemplados por normas que se pretendam à tutela dos testes genéticos preditivos, por meio de metodologia de natureza exploratória e pesquisa comparativa, bibliográfica e documental.

Entende-se por teste genético preditivo, com base em definição extraída de recomendação oficial fornecida pela Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano, que pertencera ao Ministério da Saúde – extinta mediante revogação da portaria que a instituía por meio da Portaria nº 1.679, de 28/08/03, embora posteriormente consolidada, como se verá mais para frente – a análise das características genéticas individuais com finalidade de detectar

anormalidades e deficiências, incluindo o status de portador, responsáveis pela determinação de doenças ou condições associadas a anomalias do desenvolvimento físico e mental, ou ainda [...] [de] identificar a suscetibilidade a uma determinada doença ou condição (2003, p.5).

Ressalte-se que, segundo Silvia Salardi, em *Determinism and Free Will in the Age of Genetics*, realizam-se testes genéticos preditivos, majoritariamente, em pessoas assintomáticas e que os testes predizem a suscetibilidade à doenças genéticas, apenas, e não a certeza de manifestação da doença (2012, p. 1); há a possibilidade de o indivíduo portar os dados hereditários para a doença, mas nunca a manifestar.

## 1. Genética, sociedade pós-genômica e testes genéticos preditivos

O descobrimento das leis de hereditariedade pelo monge agostiniano Gregor Johann Mendel (1822-1884), austríaco, desperta a formação da ciência genética, ramo da biologia que estuda a transmissão de caracteres hereditários e os efeitos deles sobre os seres vivos. Neste artigo, abordar-se-ão as intersecções entre ciência biológica e ciência jurídica quando da necessidade de produção normativa para regulamentação da realização de testes genéticos preditivos.

Por essas vias, novos *paradigmas científicos* (KUHN, 2011) se consolidaram nas áreas do conhecimento, sobretudo quando da passagem do século XX para o século XXI, momento em que, por influência das operações de pesquisa ministradas, a genética passa a ser vista como o domínio do saber cujo progresso (o que inclui o desenvolvimento das biotecnologias, da engenharia genética, das terapias gênicas e dos testes genéticos preditivos, objeto deste estudo, entre outros) melhor impulsiona o bem estar e reduz as complicações da vida humana, motivo pelo qual se diz ser esta a *era da genética*, em que pese, também, aludir à *sociedade pós-genômica*.

Falar sobre a capacidade do homem de operar com a genética, portanto, demanda que se fale, também, da iniciativa *Human Genome Organization (HUGO)*, ou *Projeto Genoma Humano*, em português, começada formalmente em 1990 e concluída em 2003, e que obteve êxito na tarefa de mapear e de identificar os genes humanos (aproximadamente todos os 20.500 que compõe o DNA) e o sequenciamento dos nucleotídeos do DNA (3 bilhões), armazenando a informação em bancos de dados e desenvolvendo ferramentas de análise desses dados, como consta no *Human Genome Project Information Archive*.

No plano da literatura de ficção científica, o autor inglês Aldous Huxley, ainda nos anos 30, escreveu e publicou a obra *Brave New World*, ou, em tradução para o português, *Admirável Mundo Novo*. Já no primeiro capítulo, o autor insere o leitor no ambiente instado no livro: uma sociedade na qual a ciência ganha sobressalente relevância sobre os aspectos subjetiva e naturalmente humanos. Huxley escreve:

'We also predestine and condition. We decant our babies as socialized human beings, as Alphas or Epsilons, as future sewage works or future...' He was going to say future World Controllers, but correcting himself, said 'future Directors of Hatcheries' instead (HUXLEY, 2018, p.10).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Tradução nossa: "nós também predestinamos e condicionamos. Nós decantamos nossos bebês como seres humanos socializados, como Alfas ou Ípsilons, como futuros trabalhadores ou



No livro em discussão, a sociedade em que vive Bernard Marx (o protagonista da distopia) é pautada no uso da inseminação artificial como substitutiva da reprodução orgânica, o sexo recreativo é incentivado desde a infância, e os bebês – com características físicas dadas mediante sua *casta* social – são mantidos em câmaras para controle de gostos e aptidões:

Described the artificial maternal circulation installed on every bottle at metres II2; showed them the reservoir of blood-surrogate, the centrifugal pump that kept the liquid moving over the placenta and drove it through the synthetic lung and waste-product filter. Referred to the embryo's troublesome tendency to anaemia, to the massive doses of hog's stomach extract and foetal foal's liver with which, in consequence, it had to be supplied (HUXLEY, 2018, p. 9).

Ainda que a obra seja vista por muitos estudiosos como crítica da sociedade capitalista, percebe-se preocupação – por parte do autor – em ensaiar os riscos do uso ilimitado dos mecanismos científicos.

Como na obra de Huxley, o elemento *imprevisibilidade* associado à condição de vida humana é, cada vez mais, reduzido e desconsiderado – ainda que não anulado – pela solidificação dos conhecimentos em genética.

Nesse seguimento, associa-se à amenização da imprevisibilidade aquilo que Erving Goffman, estudioso da ação humana, chama de *momentos não extraordinários*, quais sejam aqueles momentos e aquelas situações em que não se fazem presentes os elementos problemáticos e imprevisíveis da vida, responsáveis por tornar árduo o cálculo para escolha das ações individuais. Para o autor,

há muitas boas razões para considerarmos confortável esse caráter não extraordinário e desejá-lo, privando-nos voluntariamente de apostas práticas com seus riscos e oportunidades - estas simplesmente porque muitas vezes estão relacionadas ao risco. Isto é uma questão de segurança (2011, p. 166 - 167).

De tal forma, é em momentos ordinários que há administração racional, maximamente previsível, do curso e dos eventos da vida, e é neste sentido que aponta a genética e, com especial atenção neste trabalho, os testes genéticos preditivos: atenuam-se as imprevisibilidades e propicia-se o exercício do *controle racional*, na terminologia de Goffman.

Há, portanto, afastamento entre o pensamento que considera benéfica a consolidação de sociedade científica e o pensamento que demanda restrições e limitações ao uso da ciência na sociedade. Ambos os

---

futuros...' Ele ia dizer futuros controladores do mundo, mas se corrigiu e disse 'futuros diretores de incubação'".

posicionamentos, contudo, compartilham a assunção da existência de uma sociedade pós-genômica, aquela em que o conhecimento e o domínio das informações subjetivas hereditárias lança nova perspectiva sobre os problemas mais diversos do cotidiano.

Importante notar, entretanto, que não se há de falar em certeza, em *previsibilidade absoluta* ou em *determinismo genético* como limitadores da autodeterminação. Segundo concepção apresentada por Silvia Salardi (2012, p. 65), a ciência, da forma como é estruturada hoje, não comporta a racionalidade e o conhecimento plenos, mas abre espaço para que a incerteza seja considerada nos modelos cognoscentes. Como assenta o escritor russo Ievguêni Zamiátin, na distopia *Nós*, escrita nos anos 20: “[...] O homem é como um romance: até a última página não se sabe como vai terminar” (ZAMIÁTIN, 2017, p. 220). É por essa perspectiva que se entende que, no romance da ciência, o homem é o protagonista e nós, protagonistas e leitores, aguardamos pelo surpreendente desfecho.

São inegáveis, portanto, os impactos de cunho ético, social e legal, levando a divergentes posicionamentos e debates ainda intermináveis acerca dos limites da ciência, o que faz bem-vinda a tutela jurídica para essa matéria, como se verá a seguir.

## **2. Importância da tutela jurídica dos testes genéticos preditivos**

Ao Direito interessa contemplar matérias variadas que sejam de relevância social, motivo pelo qual se regulam as relações interpessoais. Não é por outra razão que deve ser do interesse do legislador brasileiro legislar sobre os testes genéticos preditivos.

São influenciados pelos resultados de testes genéticos preditivos e pela possibilidade de realizá-los de forma ordenada e segura juridicamente o planejamento familiar, o planejamento financeiro individual ou familiar, o acesso aos sistemas de saúde público e privado, as relações de emprego e de filiação societária etc. Ainda, há de se falar em tutela jurídica dos direitos personalíssimos associados aos dados genéticos, da intimidade genética, da discriminação, da liberdade de ciência ou não dos resultados dos testes genéticos preditivos e do sigilo dos dados coletados para fins medicinais ou para fins de pesquisa.

Como defendem João Golçalves Barbosa Neto e Marlene Braz (2005, p. 205), deve-se dedicar atenção aos testes genéticos porque “os testes pré-natais para defeitos congênitos são bem-difundidos e têm grande utilização” e também porque “o segmento de testes para doenças que eclodirão na vida

adulta [...] deverá experimentar uma demanda crescente e conseqüente pressão dos custos sobre o sistema de saúde e seguradoras”.

Tomemos como exemplo a possibilidade de discriminação com base em características genéticas. No momento em que um indivíduo opta por saber seu mapa genético, essa informação pode ser canalizada como uma fonte de preconceito, como casos que foram vedete nos últimos tempos.

Com o conhecimento do perfil genético, planos de saúde podem ser recusados. Isto é, caso um indivíduo necessite de um seguro saúde e a seguradora dispuser de informações sobre predisposição do indivíduo a determinadas doenças – que podem demandar um tratamento de alto custo – a seguradora pode se recusar a firmar o contrato, ficando desamparada jurídica e biologicamente a pessoa que ansiava firmar o contrato. Semelhantes casos se verificam em admissão em empregos e em filiações, como se mostrará a seguir.

Há, no Brasil, um caso que ganhou notoriedade no início dos anos 2000. Uma atleta de onze anos, que já havia se destacado em diversas competições de vôlei, foi convocada para disputar uma vaga na seleção brasileira. Na fase de testes físicos, foi comprovado que a criança possuía traço de anemia falciforme, uma doença muito comum no país e que acomete, sobretudo, negros e pardos (DINIZ; GUEDES. 2007). Contudo, possuir o traço e possuir a doença são completamente diferentes. Estudos recomendam que portadores da anemia falciforme não pratiquem atividades físicas que exigem muito esforço físico. A atleta citada possuía apenas o traço, e foi desvinculada da seleção.

Um dos fatores que imperam quando se fala de legislação brasileira no assunto é a falta ou a insuficiência dela. Não há no ordenamento brasileiro lei ou texto normativo que tutele casos como esse de forma satisfatória. Por esse motivo, faz-se necessário analisar a legislação internacional.

A Alemanha, tomada, aqui, como exemplo, possui a Lei de Diagnóstico Genético, que dispõe sobre os testes genéticos para fim de pesquisa e sobre as análises genéticas para fins de detecção de características. O § 4º da lei, explicita:

Niemand darf wegen seiner oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person, wegen der Vornahme oder Nichtvornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse bei sich oder einer genetisch

verwandten Person oder wegen des Ergebnisses einer solchen Untersuchung oder Analyse benachteiligt werden.<sup>5</sup>

Com isso, tematiza sobre a discriminação e versa que ninguém deve sofrer preconceito pelas suas características genéticas provenientes ou não dos testes ou análises genéticas.

Da completez da legislação alemã sobre o assunto, a mesma lei dispõe, ainda, sobre as relações com as seguradoras. O §18 prescreve que a seguradora não pode, antes ou após a conclusão do contrato, exigir a realização de testes genéticos e exigir a comunicação de resultados ou dados de exames genéticos já realizados. A lei põe a salvo a comunicação de doenças pré-existentes.

No que tange à relação de emprego, o §21 enuncia que o empregador não pode discriminar trabalhadores em um acordo ou medida por causa de suas características genéticas. Além disso, os funcionários não são obrigados a relatar resultados de análises feitas e não podem ser obrigados a realizar nenhum tipo de teste genético.

Portanto, sabe-se que a discriminação genética é uma, apenas, das situações de fragilidade jurídica que acontecem no Brasil e que a legislação disponível atualmente não é específica, deixando questões da vida civil não seguradas pelo direito nacional.

### **3. Estudo de legislação internacional**

A compreensão dos desafios legislativos a serem enfrentados pelo direito e pelo legislador brasileiros demanda que se observem as soluções normativas apresentadas por países de tradição civilista (*civil law*), com vistas a fazer útil ao caso pátrio a robusta e ampla experiência jurídica internacional de regulamentação da matéria genética.

#### **3.1. Legislação francesa**

Tem início o tratamento das questões bioéticas no ordenamento jurídico francês no ano de 1994, quando aprovadas as leis de bioética (*lois de bioéthique*), destacando-se, para os fins deste trabalho, as leis de n° 94-653 e de n° 94-654, ambas de 29 de julho de 1994, (esta revista em 2004 pela lei n° 2004-800, de 6 de agosto).

---

<sup>5</sup> Tradução nossa: “(1) ninguém deve ser discriminado pelas suas características genéticas ou de uma pessoa geneticamente relacionada, com a finalidade de realizar ou não o teste ou análise genética de si mesmo ou de pessoa relacionada, ou do resultado de tal exame ou análise”.

Pela lei n° 94-653, consagram-se a primazia e o respeito da pessoa humana no artigo 16 do Código Civil francês, quando disposto que “la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”<sup>6</sup>.

Simultaneamente, por efeito dessa lei, o artigo 16-1 positiva i) que há, para todos, o direito ao respeito de seus corpos, ii) que o corpo humano é inviolável e iii) que o corpo humano, seus elementos e seus produtos não podem ser objeto de um direito patrimonial (“chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial.”<sup>7</sup>).

No artigo 16-10, modificado pela lei 2004-800, supracitada, prescreve-se que “l’examen des caractéristiques génétiques d’une personne ne peut être entrepris qu’à des fins médicales ou de recherche scientifique”<sup>8</sup>, pelo que fica claro que os testes genéticos, preditivos ou não, limitam-se às finalidades médicas ou científicas, sendo vedados aos interesses distintos.

Constam no artigo 16-10, *in fine*, as exigências formais – *regras de boa prática*, nos termos da lei vigente – a serem observadas para que se informem o consentimento expresso do paciente – revogável a qualquer momento, sem forma exigida em lei – e a finalidade e a natureza do exame de material genético a ser realizado.

Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l’examen, après qu’elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l’examen. Il est révoqué sans forme et à tout moment.<sup>9</sup>

Para regular a matéria, o Decreto de 27 de maio de 2013 (JORF n° 0130 de 7 de junho de 2013, página 9469, texto n° 14) define as regras de boa prática aplicáveis ao exame de características genéticas de uma pessoa para fins

---

<sup>6</sup> Tradução nossa: “a lei garante a primazia da pessoa [humana], veda qualquer atentado à dignidade dessa pessoa e garante o respeito do ser humano desde o começo de sua vida”.

<sup>7</sup> Tradução nossa: “cada um tem direito ao respeito de seu corpo. O corpo humano é inviolável. O corpo humano, seus elementos e seus produtos não podem constituir objeto de direito patrimonial”.

<sup>8</sup> Tradução nossa: “considera-se rigorosa a opção do legislador francês. O exame de características genéticas de uma pessoa não pode ser realizado senão para fins médicos ou de pesquisa científica”.

<sup>9</sup> Tradução nossa: “o consentimento expresso da pessoa deve ser recolhido por escrito previamente à realização do exame, após ser devidamente informado sobre sua natureza e sobre sua finalidade. O consentimento menciona a finalidade do exame. Ele é revogável sem forma e a qualquer momento”.

medicinais. A seguir, discorre-se brevemente sobre elementos constantes no Decreto e selecionados, neste artigo, com finalidade exemplificativa, mas não exaustiva, haja vista que a extensão material do texto legal em análise excede o espaço disponível neste trabalho.

Conforme o Decreto, há de haver ponderação dos impactos do resultado do exame sobre os cuidados médicos a serem tomados (devem ser adequados à pessoa e ao estilo de vida dela) e das consequências psicológicas da realização ou da abstenção da realização do exame, bem como devem ser observados o contexto familiar do paciente, a existência ou não de planejamento familiar e a possibilidade de realizarem-se exames menos onerosos e capazes de auferir diagnóstico igual.

Quanto ao prescritor, exige-se que seja um médico geneticista ou um médico conhecedor dos quadros clínico e familiar do paciente e capaz de interpretar o resultado, havendo, ainda, obrigação de que o responsável pela prescrição esteja acompanhado de equipe de geneticistas. É lícito prescrever exame genético a pessoas sintomáticas ou assintomáticas, capazes ou relativamente capazes, desde que devidamente representadas.

O consentimento do paciente deve ser registrado de forma escrita, livre (não viciada), clara, expressa (não tácita, consequentemente) e revogável a qualquer momento. Nele devem constar a natureza e a indicação do exame, bem como apresentar a técnica que será utilizada e a seleção de genes que será analisada para que seja feita a identificação de doenças específicas. Dito outra forma, elencam-se, primeiro, as doenças para análise.

Resguarda-se ao paciente o direito de dispensar a ciência do resultado dos exames realizados (“la liberté et le droit de chacun de recourir ou non à l'examen et d'en connaître ou non les résultats”<sup>10</sup>).

Por fim, destaque-se que o Decreto decide que a divulgação do resultado deve ser acompanhada da informação das consequências emergentes para o indivíduo e para a família e que ao médico prescritor surge o dever de orientar o paciente no concernente aos auxílios profissionais a serem buscados, quais sejam médicos especialistas, médicos generalistas, fisioterapeutas, psicólogos, assistentes sociais etc.<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Tradução nossa: “a liberdade e o direito individual de recorrer ou não ao exame e de conhecer ou não resultados”.

<sup>11</sup> Texto original: “des médecins spécialistes, des médecins généralistes, des kinésithérapeutes, des psychologues, des assistants de service social...”.

Pelo artigo L1133-4-1 do Código de Saúde Pública francês, a solicitação de exame de material genético próprio ou de terceiros em condições não estabelecidas pela lei deve ser punida à luz do artigo 226-28-1 do Código Penal francês (valor estabelecido de 3.750 euros).

Encerra-se o estudo dos dispositivos franceses pela análise conjunta dos artigos L1141-1 do Código de Saúde Pública e L133-1 do Código dos Seguros (em tradução livre<sup>12</sup>), que proíbem às entidades privadas – companhias de seguro ou “organismos que propõem garantia de riscos de invalidez”, nos termos da lei – armazenar ou exigir informações sobre resultados de testes genéticos de qualquer pessoa, mesmo que haja consentimento mútuo de contratado e de contratante (faz-se nula a cláusula contratual que dispuser nesse sentido). A contravenção a esse tipo penal implica em aprisionamento pelo tempo de um ano e em multa de 15.000 euros, conforme o artigo 226-25 do Código Penal.

### 3.2. Legislação alemã

O legislador germânico, ao considerar os eventos componentes da história alemã recente, não dispensa atenção à matéria de bioética. Estudos mostram que na Operação *Reinhardt*, realizada durante o governo nazista, aproximadamente 1.5 milhões de judeus foram assassinados em apenas 100 dias, como relata em Lewi Stone, em *Quantifying the Holocaust: Measuring murder rates during the Nazi genocide*.

Havendo em sua história um dos maiores genocídios do mundo, a Alemanha hodierna procurou criar leis que impedissem, com rigor, uma nova ocorrência nas proporções nazistas, motivo pelo qual o legislador alemão optou por dedicar atenção à matéria bioética. Destacam-se, neste artigo, a *Präimplantationsdiagnostikgesetz*, *Embryonenschutzgesetz* e a *Gendiagnostikgesetz*, tratada anteriormente nesse trabalho.

Em 2011, após prologada deliberação, a lei de diagnóstico genético pré-implantação (*Präimplantationsdiagnostikgesetz*) foi aprovada. Comenta o jornalista Paul de Maeyer:

O texto (*Bundestagsdrucksache* 17/5451) permite submeter embriões concebidos *in vitro* a uma pesquisa genética ou “*screening*” quando há um alto risco de transmissão, de pais para filhos, de graves doenças hereditárias ou malformações comprovadas, a possibilidade de um aborto espontâneo ou de que a criança nasça morta. Os elementos-chave para permitir que o PID são a gravidade da doença ou defeito genético e o critério de probabilidade. Para não incorrer em abusos, o projeto de lei, assim que aprovado, prevê uma

---

<sup>12</sup> Em francês, “Code Des Assurances”.

consulta especialista obrigatória, a aprovação de um comitê disciplinar e o consentimento por escrito da mulher. O teste é realizado apenas em centros aprovados. No caso de um resultado “positivo”, o embrião “defeituoso” não é transferido para o útero da mãe, mas destruído (MAEYER, 2011).

Nesse sentido, entende-se haver a permissão da realização de testes genéticos preditivos na hipótese de fertilização *in vitro*, quando há grande possibilidade de a criança ser acometida por doenças genéticas graves ou nascer morta ou de a mãe sofrer aborto espontâneo.

Em sequência, observar-se-á que existe, desde 1990, na Alemanha, legislação específica para a proteção ao embrião (*Embryonenschutzgesetz*).

A lei referida veda (com pena de privação de liberdade de, no máximo, um ano ou de multa) a engenharia genética para escolha do sexo do embrião em seu terceiro parágrafo, ao dispor que

Wer es unternimmt, eine menschliche Eizelle mit einer Samenzelle künstlich zu befruchten, die nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom ausgewählt worden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Dies gilt nicht, wenn die Auswahl der Samenzelle durch einem Arzt dazu dient, das Kind vor der Erkrankung na einer Muskeldystrophie vom Typ Duchenne oder einer ähnlich schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Erbkrankheit zu bewahren, um die dem Kind drohende Erkrankung von der nach Landesrecht zuständigen Stelle als entsprechend schwerwiegend anerkannt worden ist.<sup>13</sup>

Contudo, a lei põe a salvo os casos em que a escolha do sexo do embrião ocorre para impedir que a criança seja acometida por Distrofia Muscular de Duchenne ou por doença hereditária sexualmente transmitida de similar gravidade.

O §3ºa, I, da *Präimplantationsdiagnostikgesetz*, prevê pena de prisão de até um ano ou de multa para quem faz o teste genético pré-implantação antes de sua transferência intrauterina. O inciso III dispõe que o diagnóstico genético pré-implantação deve ser realizado:

1. nach Aufklärung und Beratung zu den medizinischen, psychischen und sozialen Folgen der von der Frau gewünschten genetischen Untersuchung von Zellen der Embryonen, wobei die Aufklärung vor der Einholung der Einwilligung zu erfolgen hat;

---

<sup>13</sup> Tradução nossa: “quem fertilizar artificialmente um óvulo humano com um espermatozoide selecionado de acordo com a informação genética nele contida será punido com privação de liberdade de até um ano ou multa. Isto não se aplica se a seleção do espermatozoide for realizada por um médico a fim de proteger a criança de ter distrofia muscular de Duchenne ou uma doença hereditária sexualmente transmitida similarmente grave”.



2. nachdem eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission an den zugelassenen Zentren für Präimplantationsdiagnostik die Einhaltung der Voraussetzungen des Absatzes 2 geprüft und eine zustimmende Bewertung abgegeben hat und;

3. durch einen hierfür qualifizierten Arzt in für die Präimplantationsdiagnostik zugelassenen Zentren, die über die für die Durchführung der Maßnahmen der Präimplantationsdiagnostik notwendigen diagnostischen, medizinischen und technischen Möglichkeiten verfügen.<sup>14</sup>

Isto é, o diagnóstico genético pré-implantação deve ser realizado, em primeiro lugar, depois de a mulher ser informada e aconselhada sobre as consequências médicas, psicológicas e sociais do exame. Além disso, ela deve dar seu consentimento. Em segundo lugar, deve ser realizado somente após apreciação por parte de um comitê de ética interdisciplinar nos centros de testes genéticos credenciados e após ter sido apresentada classificação positiva na avaliação de cumprimento de requisitos. Em terceiro lugar, deve ser realizado por médico competente e em um ambiente com as condições necessárias para realizar o procedimento.

Em seu §5º, a mesma lei positiva, a alteração artificial de células germinativas humanas como sendo punível com prisão de até cinco anos ou multa para quem alterar artificialmente a informação genética de uma célula germinativa humana<sup>15</sup>. É também punido quem usa este tipo de célula modificada artificialmente para fertilização. Vale ressaltar que a tentativa também é punível.

I. Wer die Erbinformation einer menschlichen Keimbahnzelle künstlich verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft;

II. Ebenso wird bestraft, wer eine menschliche Keimzelle mit künstlich veränderter Erbinformation zur Befruchtung verwendet;

III. Der Versuch ist strafbar.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Tradução nossa: “1. Após informar e aconselhar sobre as consequências médicas, psicológicas e sociais do diagnóstico genético das células embrionárias desejadas pela mulher, que devem ser esclarecidas antes que o consentimento seja obtido; 2. Depois de um comitê de ética interdisciplinar nos centros de testes genéticos pré-implantação competentes ter cumprido os requisitos do §2º e ter tido uma avaliação afirmativa, e; 3. Por um médico qualificado em centros competentes para realização deste tipo de diagnóstico genético, com as necessárias instalações diagnósticas, médicas e técnicas para realizar o procedimento”.

<sup>15</sup> Célula que dá origem aos gametas.

<sup>16</sup> Tradução nossa: “I. Quem alterar artificialmente a informação genética de uma célula da linhagem germinativa humana será punido com privação de liberdade de até cinco anos ou multa; II. Também é punido quem usa célula germinativa humana com informação genética artificialmente modificada para fertilização; III. A tentativa é punível”.

Constata-se, por essas vias, que a Alemanha só permite a realização de testes genéticos em casos específicos de fertilização *in vitro* quando há risco para a mãe e para a criança, e não dispõe acerca das variações que esses diagnósticos podem ter.

### 3.3. Legislação portuguesa

São de interesse do estudo do direito bioético comparado a Lei de n° 12/2005 e o Decreto-Lei de n° 131/2014 portugueses. Aquela dispõe sobre as informações genéticas pessoais e sobre as informações de saúde, bem como sobre os testes genéticos preditivos, tema deste trabalho. Este, em sequência, regulamenta a Lei acima referida naquilo que diz respeito à “realização de testes genéticos [e] [...] [às] regras de proteção da informação genética, em termos de acesso, segurança, confidencialidade e sigilo dos dados”.

A preocupação do legislador lusitano recai, especialmente, sobre a proteção da informação genética – definida, no artigo 6º, inciso 1, como “a informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas” –, sobre a não discriminação e sobre a intimidade genética.

Nesse sentido, merecem atenção os princípios norteadores do trato com a informação genética, elencados pelo acima referido Decreto-Lei 131/2014, quais sejam “a) primado da pessoa; b) equidade e acesso aos cuidados de saúde; c) prática ética; d) transparência; e) qualidade laboratorial; f) uso das melhores práticas científicas; g) proporcionalidade e h) responsabilidade social”.

Afere-se a postura protetiva de intimidade a partir do inciso 7 do artigo 6º da Lei 12/2005, que impõe que a relação entre médico e titular da informação genética deve ser revestida por “regras deontológicas de sigilo profissional dos médicos e dos restantes profissionais de saúde”. É nesse mesmo sentido que opera o artigo 20 do Decreto-Lei 131/2014, responsável por proibir “a divulgação a terceiros de informação genética relacionada com a saúde do respetivo titular”.

A regulamentação do consentimento do paciente é contida no artigo 9º, 2, por determinação de que os testes genéticos realizados em pessoas saudáveis só podem ser feitos com autorização por escrito e expressa do paciente, mediante prescrição de médico geneticista e seguidos de aconselhamento genético.

A Lei – artigo 9º, 4 – dispõe que a comunicação dos resultados dos testes genéticos deve ser feita ao paciente cuja informação genética fora analisada e veda a comunicação a terceiro não autorizado, “incluindo a médicos ou

outros profissionais de saúde de outros serviços ou instituições ou da mesma consulta ou serviço mas não envolvidos no processo de teste dessa pessoa ou da sua família.” Adicionalmente, a lei determina que é condição para a realização do teste a avaliação psicológica e social do paciente antes e após a comunicação do resultado (inciso 7).

O artigo 10º, inciso 3, da Lei 12/2005 conceitua “testes genéticos preditivos” como aqueles que “permitam a detecção de genes de susceptibilidade, entendida como uma predisposição genética para uma dada doença com hereditariedade complexa e com início habitualmente na vida adulta.”

A proteção dos dados genéticos contra seguradoras é apresentada no artigo 12, que veda às companhias de seguros a exigência de informações genéticas ou de realização de testes genéticos como critério aceitação de segurados.

Semelhante postura pode ser verificada quando da proibição da exigência de apresentação de resultados de testes genéticos para fins de contratação laboral (artigo 13, 1), mesmo que com consentimento mútuo (inciso 2) excetuando-se casos em que dada condição genética possa afetar a segurança ou apresentar riscos ao trabalhador (inciso 3).

#### **4. Estudo de legislação nacional**

A atenção do legislador brasileiro para matéria de genética, embora questionada por flagrantes incompletude e lacunas, pode ser verificada na Constituição Federal de 1988, quando o artigo 225, §1º, II declara ser de interesse estatal a fiscalização das entidades “dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético”. Ademais, o inciso V do mesmo artigo atende à bioética pela disposição de que é função do Estado “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Ademais, é exemplo de atuação governamental sobre os testes genéticos o trabalho da Comissão instituída em 2001 – porém extinta mediante revogação da portaria que a instituiu por meio da Portaria nº 1.679, de 28/08/03, em 2003 – pelo qual se publicaram recomendações para a realização de testes genéticos, as quais se coadunam com a posição internacional exposta neste trabalho. Essas recomendações, embora destituídas de valor vinculante, servem de baliza ao legislador e ao profissional da área médica, e, por isso, não dispensam atenção.

Destacam-se as orientações de que a realização dos testes genéticos preditivos ocorram “após orientação [médica] apropriada, e sempre precedidos pela assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido,

pelo próprio indivíduo ou por seu representante legal”; de que os testes “sejam realizados com finalidade médica”; de que “seja vedada a solicitação de testes genéticos como pré-requisito para admissão e contratação” e de que “seja vedada a comunicação dos resultados de testes genéticos a qualquer outra pessoa”.

Comissão semelhante foi criada em 2003, por meio da portaria nº 1.679/GM, alterada pela Portaria nº 2.702/GM, em 2004, e aprovada pela portaria nº 277/GM, de 2005, que instituiu Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano, para a qual se delegaram as funções de

I - realizar o levantamento das normas e dos procedimentos referentes ao acesso e uso do genoma humano existentes nos diversos níveis normativos e propor a revisão daquelas de interesse deste Ministério; II - propor a inclusão de procedimentos, diagnósticos e terapêuticos, nas ações e serviços prestados pelo SUS; III - propor normas e regulamentos relativos a atividades que envolvam o acesso e uso do genoma humano; IV - propor áreas prioritárias para a pesquisa na área de genética humana; V - apoiar tecnicamente atividades destinadas a oferecer subsídios ao acesso e uso do genoma humano, em especial aquelas desenvolvidas no âmbito do Ministério da Saúde; VI - subsidiar os órgãos e entidades da administração pública na discussão do tema e nos processos de tomada de decisão; VII - subsidiar a participação do Ministério da Saúde nos colegiados interministeriais relacionados ao assunto; VIII - promover debates, eventos e consultas públicas sobre o tema; IX - revisar seu Regimento Interno; e X - publicar, na forma de relatório e recomendações, o resultado de suas atividades.

É de valia, ainda, dizer que o Brasil conta com lei de proteção de dados (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), que insere o dado genético como *dado pessoal sensível*, motivo pelo qual há de se falar em tutela dos dados genéticos, mesmo que com baixa densidade normativa (como é o caso de toda a matéria genética nas codificações brasileiras):

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

### **Considerações Finais**

Este artigo, por fim, conclui que as relações jurídicas da vida privada não contam com amparo normativo suficiente ao seu bom desenvolvimento, seguro juridicamente e efetivo, muito embora estejam – essas relações – presentes no cotidiano nacional e em expansão. Portanto, sugere-se ao Poder

Legislativo criar regras que regulem a matéria, que prevejam os ilícitos oriundos de sua contravenção e que condigam com o perfil do povo brasileiro, aceitando como exemplo inicial, mas a ele não se limitando, as normas de direito internacional.

Por esse motivo, elencam-se, exemplificativamente, como objetos a serem tutelados 1) a exigência de consentimento prévio e revogável, 2) a liberdade do paciente para escolher tomar ciência ou não do resultado dos testes, 3) o sigilo dos dados genéticos, incomunicáveis a terceiros sem a autorização do portador desses dados, 4) o acompanhamento psicológico do paciente, 4) a exigência de realização de testes genéticos para a filiação ou para a realização de vínculos empregatícios, 5) a qualificação do prescriptor do testes genético, 6) a qualificação da instituição responsável por realizar os testes etc.

Ainda, é imperioso que essa atividade normativa observe e resguarde os direitos da personalidade, em paridade com os direitos constitucionais à dignidade e à intimidade e com os princípios da dignidade humana e da primazia da pessoa humana, assegurados desde a concepção.

### Referências Bibliográficas

- BRAZ, Marlene; BARBOSA NETO, João Golçalves. Bioética, testes genéticos e a sociedade pós-genômica. In: BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland (org.). **Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. cap. 9, p. 195-218. ISBN 978-85-7541-540-5. DOI 10.747/9788575415405. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/wnz6g/epub/schramm-9788575415405.epub>>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- GOFFMAN, Erving. **Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face**. Petrópolis: Vozes, 2011.
- HUMAN GENOME PROJECT INFORMATION ARCHIVE 1990-2003*. U.S. DOE Human Genome Project. Disponível em: <[https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human\\_Genome/index.shtml](https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/index.shtml)> Acesso em: 23 jun. 2019.
- DINIZ, Debora.; GUEDES, Cristiano. **Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil**. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(3):501-520,2007.
- HUXLEY, Aldous. *Brave New World*. Londres: Vintage Classics, 2018.
- KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

- MAYER, Paul de. **Alemanha:** diagnóstico genético pré-implantação se torna lei. ZENIT, Roma, 13 de julho de 2011. Disponível em: <<https://pt.zenit.org/articles/alemanha-diagnostico-genetico-pre-implantacao-se-torna-lei/>> Acesso em: 24 mai. 2019.
- SALARDI, Silvia. *Determinism and Free Will in the Age of Genetics: Theoretical-Legal Concerns About Predictive Genetic Tests*. **Filozofija i Društvo**, Milão, v. 23, n. 4, p. 57-70, 2012.
- STONE, Lewi. *Quantifying the Holocaust: Measuring murder rates during the Nazi genocide*. Estados Unidos, 02 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/theconversation.com/amp/quantifying-the-holocaust-measuring-murder-rates-during-the-nazi-genocide-108984>> Acesso em: 30 mai. 2019.
- ZAMIÁTIN, Ievguêni. **Nós**. São Paulo: Aleph, 2017.

### Referências Legislativas

- ALEMANHA. *Embryonenschutzgesetz*, de 13 de novembro de 1990. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>> Acesso em: 24 mai. 2019.
- ALEMANHA. *Gendiagnostikgesetz*, de 31 de julho de 2009. Disponível em: <[https://www.gesetze-im-internet.de/gendg/\\_\\_21.html](https://www.gesetze-im-internet.de/gendg/__21.html)> Acesso em: 20. jun. 2019.
- ALEMANHA. *Präimplantationsdiagnostikgesetz*, de 12 de abril de 2004. Disponível em: <<https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/054/1705451.pdf>> Acesso em: 24 mai. 2019.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 227, de 22 de fevereiro de 2005. Aprova o Regimento Interno da Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt0277\\_22\\_02\\_2005.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt0277_22_02_2005.html)>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Brasília, DF, ago 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia, Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano. **Informação Genética Testes Genéticos – Recomendações**. Brasília, 30 de julho de 2003.

FRANÇA. *Code Civil*, de 21 de março de 1804. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. *Code Pénal*, de 1 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. *Code de la Santé Publique*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. Lei nº 94-653, de 29 de julho de 1994. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=0D4A6A000EF1CE848ABE6FC8A8AE1316.tplgfr29s\\_1?cidTexte=JORFTEXT0000000549619&dateTexte=19940730](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=0D4A6A000EF1CE848ABE6FC8A8AE1316.tplgfr29s_1?cidTexte=JORFTEXT0000000549619&dateTexte=19940730)> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. *Arrêté, JORF* nº0130 de 7 junho 2013 p. 9469 texto nº 14, de 27 de maio de. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027513617&categorieLien=id>> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. Lei nº 94-654, de 29 de julho de 1994. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000000549618>> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. Lei nº 2004-800, de 06 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000000441469>> Acesso em: 23 jun. 2019.

FRANÇA. *Code des Assurances*, de 13 de julho de 1930. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984>> Acesso em: 23 jun. 2019.

PORTUGAL. Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro de 2005. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/>-

[/search/624463/details/normal?p\\_p\\_auth=fRoJFS0H](/search/624463/details/normal?p_p_auth=fRoJFS0H)> Acesso em: 23 mai. 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei n° 131/2014, de 29 de agosto de 2014.  
Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/56384883>>  
Acesso em: 23 mai. 2019.



**“Bendito seja o fruto”: a perspectiva ecofeminista das formas de dominação da mulher e da natureza na ótica da série televisiva “*The Handmaid’s Tale*”<sup>(\*)(\*\*)</sup>**

**“Bendito seja o fruto”: the ecofeminist perspective on women’s domination forms and nature from “*The Handmaid’s Tale*” tv series**

**"Bendito seja o fruto": la perspectiva ecofeminista sobre las formas de dominación de la naturaleza y de las mujeres de la serie de televisión “*The Handmaid’s Tale*”**

**Nariel Diotto<sup>1</sup>**

**Angelita Woltmann<sup>2</sup>**

---

(\*) Recibido: 27 agosto 2019 | Aceptado: 10 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

(\*\*) O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

<sup>1</sup> Mestranda em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social (UNICRUZ). Especialista em Direito Constitucional (FCV). Bacharela em Direito (UNICRUZ). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais da UFSM, da Comissão de Estudos em Direito dos Animais do Canal Ciências Criminais e do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos da UNICRUZ. Colaboradora dos PIBIC’s “A Condição Sociocultural da Mulher e o Feminismo Negro” e “Tolerância, educação e igualdade na construção do bem comum” (GPJUR/UNICRUZ), Bolsista CAPES. Advogada.  
[nariel.diotto@gmail.com](mailto:nariel.diotto@gmail.com)

<sup>2</sup> Autora da pesquisa. Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) na linha de pesquisa "Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização". Mestre em Integração Latino-Americana pelo Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) na linha de pesquisa "Direito da Integração". Especialista em Direito Constitucional aplicado pela Universidade Franciscana (UFN). Especialista em Bioética pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). cursou os módulos do doutorado em Ciências Jurídicas, na área de Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Atualmente, é professora das disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Extensão em Direito do Curso de Direito da Universidade Franciscana

**Tiago Anderson Brutti<sup>3</sup>**  
**Elizabeth Fontoura Dorneles<sup>4</sup>**

---

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. A lógica da dominação sob a perspectiva ecofeminista. 3. A memória constitucional do Estado laico no Brasil e sua relação com a ficção e suas discrepâncias em “The Handmaid's Tale”. – Considerações Finais. – Referências.

**Resumo:** O presente ensaio buscar aprofundar o estudo jurídico, filosófico e social, das formas de dominação do meio ambiente e

---

(UFN). É pesquisadora junto à ao GPDA-UFSM (Grupo de Estudo em Direito dos Animais). É professora extensionista e atua e tem experiência na área do Direito Público - Constitucional, Internacional e Administrativo com ênfase nas temáticas envolvendo novos direitos; ou direitos especiais (bioética, biodireito, novas tecnologias, cibercrimes, ambiental e consumidor), direitos humanos e vulnerabilidade, direito, educação & arte (cinema e literatura, em especial) e metodologia científica. Atuou por um longo período como coordenadora de Trabalho de Conclusão do Curso de Direito na UNIME - Lauro de Freitas e na UNICRUZ - Cruz Alta. É coordenadora e colaboradora em diversos projetos de pesquisa e extensão. Possui registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS 61.713), atuando na área de direito & saúde.

[awoltmann@gmail.com](mailto:awoltmann@gmail.com) | [awoltmann@ufn.edu.br](mailto:awoltmann@ufn.edu.br)

- <sup>3</sup> Orientador do trabalho. Doutor em Educação nas Ciências - Filosofia pela UNIJUÍ; pós-doutor em Filosofia pela UNIOESTE; mestre em Educação nas Ciências - Direito UNIJUÍ; bacharel em Filosofia pela UNIJUÍ; bacharel em Direito pelo IESASA; especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNICRUZ; atua como professor, pesquisador e extensionista na UNICRUZ, particularmente no Curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social – Mestrado.

[tbrutti@unicruz.edu.br](mailto:tbrutti@unicruz.edu.br)

- <sup>4</sup> Possui graduação em Licenciatura Plena em Letras pela Associação de Professores de Cruz Alta (1977), mestrado em Letras pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1999) e doutorado em Letras pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005). Atualmente é professora da Universidade de Cruz Alta, no PPG Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social. Tem experiência na área de Letras, com ênfase em Teorias do Texto e do Discurso, atuando principalmente nos seguintes temas: discurso, história, identidade, língua e literatura, cultura, política e movimentos sociais. Membro dos Grupos de pesquisa GEPELC - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Linguagem e Comunicação, liderado por Carla Rosane Tavares Alves, GEPAD liderado por Solange Mitman e do Grupo Oficinas de AD: conceitos em movimento, liderado por Maria Cristina Leandro Ferreira. Possui experiência em gestão da Educação Superior.

[edornelles@unicruz.edu.br](mailto:edornelles@unicruz.edu.br)

das mulheres, relacionando ambas as opressões, sob o olhar da ficção, especificamente, da série estadunidense “*The Handmaid’s Tale*”, inspirada em livro de mesmo nome. Analisa-se, entre outros aspectos, a dualidade da existência no planeta, onde predomina o homem (em geral, branco), *cis* e dominante, que de forma antropocêntrica, ao longo da história, exerce sua força sobre “coisas” que considera inferiores (mulheres, animais e natureza) e, nesse passo, ancora-se na religião, normalmente, cristã. O estudo é crítico, sob o ponto de vista dos Direitos Humanos e do ecofeminismo e da laicidade do Estado, focando na vulnerabilidade histórica das mulheres, animais e ambiente, não abordando aspectos popularmente defendidos por liberais, que, em geral, permeiam o assunto.

As principais bases teóricas utilizadas foram Maria Mies e Vandana Shiva, que estudam as desigualdades estruturais a nível mundial, as quais permitem o domínio da mulher e dos recursos naturais pelo homem, visando a obtenção de proventos econômicos distribuídos de maneira desigual e a exploração da natureza de forma indiscriminada. Também foi usada a obra da brasileira Daniela Rosendo, que trata do ecofeminismo animalista, um estudo que questiona as relações de subordinação existentes entre homens e mulheres e homens e animais, fazendo um contraponto entre sexismo e especismo. A autora María Tardón Vigil contribuiu com seu estudo sobre as características androcêntricas do mundo, que transformam a cultura em uma crise ecológica, destacando o papel das mulheres como criadoras de conhecimento e guardiãs da biodiversidade. E, por fim, Ivone Gebara traz um questionamento sobre as instituições ecofeministas, propondo uma reflexão sobre as formas de repensar o conhecimento e a religião.

**Palavras-Chave:** ecofeminismo, Estado laico, ambiente, *The Handmaid's Tale*.

**Abstract:** The present essay seeks to deepen the juridical, philosophical and social study of the forms of domination of the environment and of women, relating both oppressions, under the look of fiction, specifically, of the American series "The Handmaid's Tale", inspired by a book by the same name. The duality of existence on the planet is dominated by the predominance of the man (generally white), *cis* and dominant, who in anthropocentric way, throughout history, exerts its force on "things" which he considers inferior (women, animals, and nature) and, at this stage, anchored in religion, usually Christian. The study is critical from the point of view of human rights and ecofeminism and the laity of the state, focusing on the historical vulnerability of women, animals and the environment, not

addressing aspects popularly defended by liberals, which generally permeate the subject. The main theoretical bases used were Maria Mies and Vandana Shiva, who study the structural inequalities in the world, which allow the dominance of women and natural resources by men, aiming to obtain unequally distributed economic profits and the exploration of nature. indiscriminately. Also used was the work of Brazilian Daniela Rosendo, which deals with animalist ecofeminism, a study that questions the relationships of subordination existing between men and women and men and animals, making a counterpoint between sexism and speciesism. Author María Tardón Vigil contributed her study of the androcentric characteristics of the world, which transform culture into an ecological crisis, highlighting the role of women as knowledge creators and guardians of biodiversity. And finally, Ivone Gebara brings a question about ecofeminist institutions, proposing a reflection on ways to rethink knowledge and religion.

**Keywords:** ecofeminism, Laic State, environment, The Handmaid's Tale.

**Resumen:** Este ensayo busca profundizar el estudio jurídico, filosófico y social de las formas de dominación del medio ambiente y la mujer, relacionando ambas opresiones, bajo los ojos de la ficción, específicamente, de la serie estadounidense *"The Handmaid's Tale"*, inspirada en libro del mismo nombre. Entre otros aspectos, analizamos la dualidad de la existencia en el planeta, donde predomina el hombre (generalmente blanco), *cis* y dominante, que históricamente ha ejercido su fuerza sobre "cosas" que considera inferiores (mujeres, animales y naturaleza) y en este punto está anclado en la religión normalmente cristiana. El estudio es crítico desde el punto de vista de los derechos humanos y el ecofeminismo y el secularismo del estado, centrándose en la vulnerabilidad histórica de las mujeres, los animales y el medio ambiente, sin abordar aspectos popularmente defendidos por los liberales, que generalmente impregnan el tema. Las principales bases teóricas utilizadas fueron Maria Mies y Vandana Shiva, quienes estudian las desigualdades estructurales en todo el mundo, que permiten el dominio de las mujeres y los recursos naturales por parte de los hombres, con el objetivo de obtener ganancias económicas desigualmente distribuidas y la exploración de la naturaleza. indiscriminadamente También se utilizó el trabajo de la brasileña Daniela Rosendo, que trata sobre el ecofeminismo animalista, un estudio que cuestiona las relaciones de subordinación existentes entre hombres y mujeres y hombres y animales, haciendo un contrapunto entre sexismo y especismo. La autora María Tardón

Vigil contribuyó con su estudio de las características androcéntricas del mundo, que transforman la cultura en una crisis ecológica, destacando el papel de las mujeres como creadoras de conocimiento y guardianes de la biodiversidad. Y finalmente, Ivone Gebara plantea una pregunta sobre las instituciones ecofeministas, proponiendo una reflexión sobre las formas de repensar el conocimiento y la religión.

**Palabras clave:** ecofeminismo, Estado laico, medio ambiente, *The Handmaid's Tale*.

---

## 1 Considerações Iniciais

Parece um tanto estranha a proposta de unir a causa feminista aos propósitos ambientais. Superficialmente, pode ser. Mas ao ser intensificada, a pesquisa sobre as formas de opressão e dominação, demonstra muitas semelhanças. A partir desses estudos, iniciados na década de 70, quando pautas ecológicas passaram a ser parte do cotidiano de mulheres feministas, o movimento desprende-se em uma nova vertente, denominada ecofeminismo. O ecofeminismo é uma das vertentes do feminismo (movimento que hoje entende-se não ser uno, mas pautar causas de diferentes grupos de mulheres, a exemplo do feminismo negro e interseccional), e sua militância compreende a atuação das mulheres contra as formas de opressão, não apenas das próprias mulheres, mas de todo o meio ambiente.

O que defende o ecofeminismo é que, um grupo social que foi historicamente oprimido e dominado (como as mulheres), é capaz de melhor entender a opressão, sofrida por outros grupos e seres, assim como o meio ambiente e os animais. Entende-se que enquanto houver uma forma de opressão, existirão todas as demais e, para que isso tenha um fim, é necessário quebrar essa lógica da dominação. Para isso, o movimento ecofeminista, que envolve pesquisa, debate e militância, tem um importante papel para a busca da equidade entre esses atores.

Associado a isso, trazem-se alguns versículos bíblicos, existentes há milhares de anos, e seguidos pela sociedade cristã, que segue a Bíblia Sagrada, os quais demonstram, inequivocamente, a doutrina da dominação e opressão de outros seres: mulheres, animais e meio ambiente. No próprio livro de Gênesis, capítulo que fala da criação, expressa-se que a mulher foi feita da costela do homem, assim como a natureza e animais foram feitos

para servir ao homem. Diante disso, instalou-se uma cultura religiosa, que além de subjugar mulheres e natureza, tornou isso comum e naturalizado.

Por meio de pesquisa bibliográfica, e usando-se o método hipotético dedutivo, a problemática de pesquisa a ser respondida com este ensaio, é em que medida a cultura religiosa nas sociedades patriarcais contribui para que a dominação e exploração de mulheres e meio ambiente continue se perpetuando.

Para tanto, são propostos alguns objetivos, a saber: a) realizar um breve relato sobre o surgimento do Estado laico brasileiro, com o intuito de inserir a trama de *The Handmaid's Tale*; b) entender o movimento ecofeminista e suas características; c) compreender a lógica da dominação sob a perspectiva ecofeminista como intuito de encontrar maneiras de buscar a equidade entre os seres vivos.

O convívio sem dominante e nem dominado é um dos objetivos do projeto ecofeminista, onde deve haver complementação e nunca exploração. Para tanto, o cultivo de relações colaborativas, é capaz de reestruturar as noções de dominação e de poder, que ao usarem da violência, tornam-se destrutivas. Reestruturar essas relações irá permitir que os propósitos dos grupos (dominante e dominados), estejam na igualdade política, econômica e social, e deixem de basear-se na exploração.

## 2 A lógica da dominação sob a perspectiva ecofeminista

*“E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo réptil que se move sobre a terra.*

*E criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou, macho e fêmea os criou.*

*E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre todo animal que se move sobre a terra.”*

*(Trecho retirado da Bíblia Sagrada, em Gênesis, 1; 26-28).*

Parece um tanto estranho falar sobre a dominação da natureza por uma ótica feminista. Afinal, qual seria a relação existente entre a questão ambiental com um movimento que busca a libertação do gênero feminino? A principal palavra que une esses dois aspectos, resume-se, simplificada, à opressão. A opressão sofrida pelas mulheres está muito relacionada com a

opressão do meio ambiente.

Há uma lógica de dominação. De um lado, persiste a figura de um ser superior e dominante: o homem, branco, cristão, *cis*. Do outro lado, estão todos os seres passíveis de dominação: a mulher, enquanto “sexo frágil”, os negros, historicamente escravizados, os animais, vistos como objeto disponível ao bel prazer humano, e todo o meio ambiente, o qual é visto como origem de recursos, os quais são explorados indistintamente para, única e exclusivamente, satisfazer as necessidades humanas.

Rosendo (2012, p. 25) explica o feminismo como “um movimento pelo fim da opressão sexista, com o intuito de eliminar quaisquer fatores que contribuam para a dominação contínua e sistemática das mulheres pelos homens”. Embora o movimento tenha iniciado como objetivo de, exclusivamente, tratar a questão de gênero e como ocorre a opressão em face do feminino, com o tempo, passou-se a observar o quanto a libertação das mulheres está relacionada com as “múltiplas opressões, para além da opressão sexista, tais quais o racismo, classismo, heterossexismo, geracionismo, etnocentrismo etc”. A partir desse entendimento, surgiu uma corrente calcada no feminismo ecológico, um movimento social e político protagonizado por mulheres, que buscou, além de lutar contra a opressão do gênero, lutar contra a opressão da natureza. Rosendo (2012, p. 25-26) complementa:

Segundo Warren, o feminismo ecológico iniciou como movimento político na década de 1970, quando a feminista francesa Françoise d’Eaubonne cunhou o termo *ecological feminism*, em 1974, para chamar a atenção do potencial das mulheres na promoção de uma revolução ecológica. O termo ecofeminismo abrange diversas posições, nem todas compatíveis entre si, e surge a partir de diferentes correntes do feminismo, seja liberal, marxista, socialista etc.

A filosofia ecofeminista expõe que os temas que auxiliam no entendimento da opressão podem ser englobados pela pauta feminista, tendo em vista que há o questionamento sobre a dominação sofrida por vários grupos e seres, o que permite que haja um entendimento maior sobre a lógica da dominação.

Salleh (2013, p. 13) explica que desde a década de 1970, muitas mulheres de diversos locais do globo passaram a elaborar respostas feministas ecológicas aos impactos provocados ao meio ambiente pela modernidade. As transformações ocorridas desde a Segunda Guerra Mundial (a exemplo do surgimento de bens de consumo rentável, energia nuclear e pesticidas agrícolas). O pensamento ecofeminista abarcou pensamento de ética ecológica, pensamento social e político, estudos de gênero, humanidades e meio ambiente.

A autora Ivone Gebara (2000, p. 18) entende que o ecofeminismo, enquanto pensamento e movimento social, contempla basicamente a conexão entre a exploração da natureza e a exploração das mulheres dentro de um sistema de hierarquia patriarcal. Deste ponto de vista, o ecofeminismo pode ser considerado um movimento que busca recuperar tanto o ecossistema, quanto as mulheres. Ao falar das mulheres, a autora afirma que estas “fueron relegadas por el sistema patriarcal, y particularmente por la modernidade, a ser fuerza de reproducción de mano de obra – vientres benditos”, assim como a natureza, que “se torno objeto de dominación para el crecimiento del capital”.

Conforme leciona Vigil (2011, p. 535), há um dualismo generalizado que liga mente e corpo, ou seja, existe aqueles que “fazem a civilização” (masculino), e aqueles que “fornecem a reprodução” (feminino), havendo a percepção de que cada grupo deve se dedicar a sua função. Em decorrência disso, historicamente e culturalmente, enquanto o gênero masculino melhora a civilização, a função das mulheres seria melhorar a espécie, fazendo das últimas, subordinadas a primeira. A capacidade de reprodução, de certa forma, acabou trazendo desvantagens para as mulheres, no sentido de que o trabalho reprodutivo e assistencial desenvolve-se quase exclusivamente na esfera doméstica, o que distanciou as mulheres da independência e autonomia. Além disso, essa limitação do gênero feminino a esfera privada, acabou impedindo que a mulher tivesse o prestígio da esfera pública, cujas decisões governam a esfera privada e são tomadas, principalmente, pelo gênero masculino.

Vigil (2011, p. 536) defende que “los conceptos de poder parecen ser siempre vistos desde la dominación, la cual viene respaldada por una serie de justificaciones que favorecen la superioridad masculina sobre la mujer”, ou seja, a dominação está intimamente relacionada com os conceitos de poder, que favorecem a superioridade masculina sobre as mulheres. Além disso, a autora relaciona a possibilidade de reproduzir-se e amamentar com a forma em que as mulheres são inferiorizadas, pois “hay una clara idea de que quien hace las cosas con el cuerpo es inferior”. Nesse aspecto, o ecofeminismo tem como tarefa quebrar essas noções preconcebidas e, em consequência disso, quebrar a lógica de poder dominante no mundo humano. Nesse aspecto, a filosofia ecofeminista abrange não apenas os seres humanos, pois da mesma forma que as mulheres, não há poder inato em relação à natureza.

Rosendo (2012, p. 33), ao fazer uma análise dos estudos da ecofeminista Karen Warren, conceitua o machismo como “o sistema de dominação sistemática das mulheres pelos homens por meio de instituições,



comportamentos e modos de pensamento”, os quais “concedem mais valor, privilégio e poder aos homens do que às mulheres”. Da mesma forma que o machismo, a autora traz o conceito de naturismo, que “se refere à dominação injustificada da natureza”. Esse conceito é usado para definir as formas de discriminação dos humanos sobre os outros terrestres e o meio ambiente. Rosendo (2012, p. 34) complementa:

[...] embora todos os humanos sejam afetados pela degradação ambiental, as mulheres, as pessoas de cor (people of color), as crianças e os pobres, em todo o mundo, sofrem esses danos ambientais desproporcionalmente. Nesse sentido, a natureza ainda é uma questão para as feministas. Assim, partindo do pressuposto de que questões ambientais podem também ser feministas quando de alguma forma afetam as mulheres, Warren vê a necessidade de pensar uma filosofia ecofeminista que se comprometa em abolir a discriminação contra Outros humanos e Outros terrestres.

As palavras de Mies e Shiva (2013, p. 23) acertam, sobre a ligação das mulheres com a causa ambiental, ao afirmarem que a “naturalização da tarefa feminina na reprodução e na vida doméstica aproximou a mulher da natureza”. Unindo a causa feminista a ecologia, “o movimento Ecofeminista traz a relação estreita existente entre a exploração e a submissão da natureza, das mulheres e dos povos estrangeiros pelo poder patriarcal”. Esse movimento é capaz de identificar a hierarquia existente entre os valores patriarcais como a causa principal da dominação tanto das mulheres quanto da natureza.

Associado a isso, houve o advento do capitalismo, onde fora intensificada a exploração das mulheres e da natureza, uma vez que sob a ótica patriarcal, mulheres e natureza não passam de um objeto de exploração e dominação. Em consequência, os mesmos fundamentos que deram início a dominação das mulheres, levaram a exploração do meio ambiente, tornando-os submissos às necessidades humanas. Nesse sentido, Angelin e Schnorrenberger (2017, p. 616) esclarecem a teoria de Gebara:

Gebara aponta que as mulheres mais pobres tem sido as principais afetadas diante de crises ambientais, não pela relação próxima delas com a natureza, mas sim pelas relações de poder exercida pelos homens sobre as mulheres e sobre o meio ambiente natural, que as afasta dos bens ambientais, recaindo sobre seus corpos e suas vidas todas as ameaças e riscos impostos pelo desequilíbrio ecológico e o desenvolvimento que prima apenas pela economia.

Diante desse cenário, questiona-se como foram sendo criados esses mecanismos que fortaleceram a lógica da dominação. Embora não exista uma resposta única, exata e concreta, vários fatores fortalecem o entendimento de que a lógica da dominação foi intensificada devido a

religião. Gebara (2000, p. 91) alude que os fenômenos religiosos e a crescente proliferação de diferentes credos, foi acompanhada de uma espécie de “confusión generalizada a nível de los valores éticos”. A autora critica as religiões secularizadas, fundamentadas pelo sistema patriarcal, mas entende que a ascensão do misticismo e religiões não sistemáticas, que buscam a comunhão com a natureza, abundam novas experiências com o divino. Gebara (2011, p. 92) complementa:

La tradicional necesidad de las religiones – especialmente centradas en la organización del sentido de la vida, la convivencia entre las personas y la búsqueda de salvación – parece sacudida por los desafíos de la forma actual de las relaciones humanas. La religión – fenómeno plural – está siendo utilizada más allá de su finalidad tradicional. Se manifiesta de múltiples y variadas formas, tornándose difícil la delimitación de su sentido y su campo de acción.

As manifestações históricas da religião, acabaram por subjugar a mulher, tratando-a como um ser visivelmente inferior, nascida, bíblicamente, da costela do homem<sup>5</sup>, sendo uma criação divina. Da mesma forma, essa ideia de um Ser Divino, criador de todas as coisas, rebaixou a natureza e todo o meio, igualmente, como uma criação divina. A natureza acabou não sendo um ser autônomo, mas dependente do poder divino e influenciada por ele. Machado (2014, p. 23) expõe:

A ideia de um deus criador de todo o universo rebaixa a natureza para um status de criação e, sendo assim, fica subjugada à vontade divina. A própria natureza, o próprio mundo em que vivemos é um castigo divino (é para onde viemos quando Adão e Eva foram expulsos do Éden); diante disso, a natureza é uma escada para o paraíso, sua imperfeição representa uma provação. Ao mesmo tempo ela [a natureza] é um presente dado ao homem (a meta da criação divina), criada pela suma vontade de deus. Com a fé no milagre e através do poder de deus o homem consegue alterar suas leis [da natureza], seu funcionamento, destruí-la e recondiçioná-la, pois ela não é um ser autônomo, tudo aqui depende do poder divino. A própria Bíblia mostra casos como o episódio de “Jonas e a baleia”, “Abraão”, “a divisão do mar em dois por Moisés”, “a multiplicação do pão”, “a transformação da água em vinho”, “Jesus andando sobre as águas”, etc.

Sendo a natureza vista como mais um objeto criado por Deus e disponível aos homens, acabou tornando-se, igualmente as mulheres, passível de dominação. Um dos livros bíblicos que muito representa a lógica da

---

<sup>5</sup> “Então o SENHOR Deus fez cair um sono pesado sobre Adão, e este adormeceu; e tomou uma das suas costelas, e cerrou a carne em seu lugar; E da costela que o SENHOR Deus tomou do homem, formou uma mulher, e trouxe-a a Adão. E disse Adão: Esta é agora osso dos meus ossos, e carne da minha carne; esta será chamada mulher, porquanto do homem foi tomada.” (BIBILIA SAGRADA, [s.d.], Gênesis 2:21-23).

dominação é Gênesis, que já em seu capítulo primeiro, versículo 27, expõe uma ordem divina: “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo réptil que se move sobre a terra”.

Diante desse cenário, evidencia-se ainda mais a objetualização da natureza que, enquanto criação divina, está sob o domínio dos homens. Assim como a própria mulher que, sem autonomia, surgiu da costela de Adão, o gênero dominante.

Gebara (2000, p. 92) expõe que os movimentos de mulheres e ecológicos questionam cada vez mais as estruturas patriarcais das religiões, pois suas abordagens acabam excluindo particulares – mulheres –, além de objetualizarem a natureza com fins de lucro. Há um esquema hierárquico que reproduz estruturas de relacionamentos que sempre excluem a maioria em benefício de uma minoria elitizada.

Grande parte das estruturas religiosas, bem como a ética que surge delas, está relacionada com uma conduta hierárquica, particularmente masculina, que guia a vida social e familiar. Os deveres religiosos, os relacionamentos entre as pessoas, o domínio do homem no ambiente doméstico e público, foram definidos como comportamentos padrões para toda a sociedade. Gebara (2000, p. 93) aduz que essa visão hierárquica, onde o homem tem poder sobre as coisas, assim como Deus sobre tudo que existe, acaba por perpetuar as formas de dominação. Deus acaba sendo visto como superior aos seres humanos: impõe sua vontade, determina os limites do comportamento humano, “legisla, castiga y salva”. Essa concepção do poder religioso acaba sendo a “base para los pederes jerárquicos que estructuran las relaciones humanas” (GEBARA, 2000, p. 93).

Em que pese predominem aspectos negativos quanto a dominação perpetuada, também, pela manifestação das religiões patriarcais, a religião continua sendo uma espécie de refúgio ante o desespero e a necessidade de segurança e de um caminho de esperança. A apelação a um Deus todo poderoso aparenta ser um último recurso diante das dificuldades do cotidiano.

Saliente-se que não trata, aqui, de impor o distanciamento do ser humano de suas crenças religiosas. Muito pelo contrário, busca-se romper com as religiões nascidas em berços patriarcais, que continuam a dominar não apenas as mulheres e todo o meio ambiente, mas todos os grupos sociais que foram dominados: negros, índios, mulheres, animais, natureza, homossexuais, entre outros. Dessa forma, a partir de uma releitura

ecofeminista das religiões, busca-se aprimorar as relações entre os grupos, ausente a lógica da dominação.

Nessa senda, imperiosa a existência de um Estado Laico, que possibilite as diferentes manifestações das religiões, induzindo, mesmo que lentamente, o rompimento com a hierarquia presente em sociedade, onde um ser – considerado fraco e dominável – é inferiorizado por outro ser – forte e dominante. Laicidade é mais do que neutralidade religiosa nos atos de governo, na criação de leis e políticas públicas, é condição fundamental para a existência de um Estado plural e democrático.

A religião deve ser matéria de ética privada, e políticas públicas referentes ao meio ambiente (e também as mulheres) não devem ser fundamentadas em crenças religiosas sobre a forma de viver, ou como agir. Se assim o fosse, ainda estaria presente a visão de que justifica-se as atrocidades cometidas contra as mulheres, animais e meio ambiente, tendo em vista que são seres considerados inferiores e domináveis.

Nesse sentido, o ecofeminismo vem com a proposta de cuidar do meio ambiente de forma sistêmica, com o intuito de conceber o desenvolvimento sustentável, se baseando em ações concretas capazes de produzir resultados concretos. A partir do combate à dominação de outros grupos sociais e do próprio ambiente, o movimento ecofeminista traz uma proposta baseada na quebra dos ciclos dominantes, entendendo que enquanto existir opressão à um grupo, existirá opressão contra todos os demais grupos vistos como excluídos. Por esta razão, unindo a causa feminista às causas ecológicas, o movimento abrange uma forma mais ampla de resistência aos sistemas hierárquicos, que subjugam a mulher e a natureza, perpetuando a violência e o desprezo, característicos da lógica da dominação.

### **3 A memória constitucional do Estado laico no Brasil e sua relação com a ficção e suas discrepâncias em “*The Handmaid's Tale*”**

*“Bendito seja o fruto” / “Que possa o Senhor abrir”*

*(Saudação e resposta padronizadas entre os habitantes de Gilead, Estado fictício na série televisiva “The Handmaid's Tale”)*

Antes mesmo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Brasil já era considerado um Estado Laico, formalmente, desde o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890 (BRASIL, 1890), de autoria de Ruy Barbosa, que tem reflexos imediatos na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 27 de fevereiro de 1891 (BRASIL, 1891). Assim como a atual, que marcou a transição de uma

ditadura militar para uma democracia repleta de pluralidades, a primeira Constituição Republicana do Brasil protagonizou a transição da forma de governo monárquica para a republicana e trouxe consigo, pela primeira vez, a figura do “Estado Laico”.

A laicidade, a despeito de inúmeras controvérsias fundamentadas na diferença entre a ausência de religião e a pluralidade dela, é assinalada, aqui no Brasil, pela separação entre Igreja e Estado. Assim, a Constituição de 1891, foi pioneira no constitucionalismo brasileiro ao trazer dispositivos como o § 3º do Artigo 72, que estabelecia que “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito *commum*.” (*sic*) (BRASIL, 1891), entre outros que, com o passar dos anos (e das Constituições!) foram sendo reproduzidos e culminaram na afirmação do direito fundamental à liberdade de crença e de consciência, direitos fundamentais dispostos no inciso VI do artigo 5º da Constituição “Cidadã” de 1988, que, além de reafirmar a inviolabilidade de tais liberdades, assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Sobre o Estado Laico, Miranda (2003, p. 409) ensina que:

[...] a liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo), em termos razoáveis.

É comum, portanto, que, ao evoluírem as liberdades – notadamente a religiosa – que as formas de opressão exercidas em um Estado sejam reduzidas. Com a redução da influência da igreja cristã, e a confusão entre seus princípios e os princípios do Estado, no Brasil (e no mundo todo), sem dúvida nenhuma, ampliaram-se os direitos para aqueles seres considerados “inferiores”, na tradição religiosa, seguramente, de opressão. Era comum, no medievo, por exemplo, que mulheres fossem desvalorizadas, subjugadas aos pais e maridos e não lhes fossem dadas quaisquer liberdades. Tanto é verdade que, mesmo quando da “Revolução Francesa” (1789-1799), marco paradigmático na Europa para o aparecimento do Estado Liberal, foi cunhada, em 1789, como um de seus documentos mais importantes, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (FRANÇA, 1789), não referindo aí, a mulher como beneficiada desses direitos. A opressão “era” tão latente que, em 1791 – mesmo ano da proclamação da primeira Constituição Francesa – foi proposta à Assembleia Nacional da França por Marie Gouze (1748 - 1793), que adotou o pseudônimo de “Olympe de Gouges” a

“Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã” (GOUGES, 1791). Em seu preâmbulo, o documento trazia:

As mães, as filhas, as irmãs, representantes da nação, reivindicam constituírem-se em Assembleia Nacional. Considerando que a ignorância, o esquecimento ou o menosprezo dos direitos da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção no governo, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais inalienáveis e sagrados da mulher. Assim, que esta declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; que, sendo mais respeitados, os atos do poder das mulheres e os atos do poder dos homens possam ser a cada instante comparados com o objetivo de toda instituição política; e que as reivindicações das cidadãs, fundamentadas doravante em princípios simples e incontestáveis, sempre respeitem a constituição, os bons costumes e a felicidade de todos. Consequentemente, o sexo superior em beleza e em coragem, em meio aos sofrimentos maternos, reconhece e declara, na presença e sob a proteção do Ser Supremo, os seguintes Direitos da Mulher e da Cidadã. (GOUGES, 1791, p.1).

Por se opor aos homens que encabeçaram a revolução iluminista, em especial, o burguês Robespierre (1758 – 1794), ela foi considerada “contra revolucionária” e acabou sendo morta na guilhotina em 1793. A acusação foi por ser considerada uma “mulher desnaturada”, perigosa demais para a sociedade na qual estava inserida. Infelizmente, nos tempos atuais, depois de tantas conquistas relacionadas à igualdade formal, a mulher ainda é subjugada e oprimida na sociedade em geral – e, absurdamente, em algumas culturas, como, no oriente médio, onde, na Arábia Saudita, por exemplo, sem a permissão do homem (conhecida aqui no Brasil como “outorga uxória”) não podem sequer casar-se, abrir uma conta bancária ou viajar ao exterior, sendo tais informações de conhecimento público, sequer merecendo referência.

Nesse viés, a ficção vivida em “O Conto da Aia” (no original, “*The Handmaid's Tale*”), série televisiva criada por Bruce Miler<sup>6</sup> e lançada em 2017 (IMDB, 2017) encontra espaço social e jurídico, sem referir o amplo aspecto filosófico em que é contextualizada. Não é sem motivo que ganhou o prêmio *Emmy* de melhor série no ano passado (entre outros) e passou a ser citada, recorrentemente, em colunas e artigos críticos nos mais diversos meios de comunicação, merecendo, sem dúvida, ser vista por todos aqueles que pensam sobre o intervencionismo estatal e questionam seus porquês.

---

<sup>6</sup> Que parece ter apreço pela temática dos universos paralelos – afinal, também é autor de *Eureka*, outra série que se passa em um lugarejo marcado por certo “Estado de Exceção”.

Imagine-se, nesse passo, vivendo em um país considerado “democrático” e, depois de vivenciar fatos como a legalização da união entre casais do mesmo sexo<sup>7</sup>, depois de ver o seu Tribunal Constitucional permitir a pesquisa clínica com células tronco embrionárias<sup>8</sup>, adicionar a hipótese de aborto para fetos anencefálicos<sup>9</sup> e estar discutindo a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação<sup>10</sup>, depois de liberar a realização dos eventos denominados “marcha da maconha”<sup>11</sup>, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga, bem como, mostrar-se, cada vez mais pluralista, admitindo a participação de especialistas e da sociedade através de audiências públicas em sede de processos constitucionais importantíssimos, de repente, “sem emitir sinais audíveis e visíveis”, através de algo que realmente pode ser chamado de um “golpe” de Estado, vem a torna-se um Estado fundamentalista cristão. De repente, assim como na “Idade das Trevas”, a bíblia torna-se a “lei maior” e, por conta de um “desastre ambiental” de proporções inéditas, que torna a maioria das mulheres estéreis, fundamenta decisões arbitrárias num suposto interesse público. De repente, numa breve e assustadora mudança de regime, inicia-se um tempo de perseguição e segregação, no qual famílias são separadas e mulheres férteis são literalmente sequestradas para que sejam objetos de servidão reprodutiva de famílias religiosas de uma “casta superior” para que, através de um ritual bizarro, possam, na presença de esposas inférteis, copular com seus maridos, a fim de trazer, novamente, crianças ao mundo. Essa é a realidade distópica e totalitária da fictícia “República” cristã de *Gilead*. Nesse “Estado Novo”, aparecem novas “castas”, introduzidas pelos “Filhos de Jacob”, partido político no poder, que, antes de tudo mudar, era uma organização secreta de cunho religioso. Dentre os atores que figuram na composição ficcional, estão as “aias” (as “handmaid’s”, que dão nome à série), que são mulheres férteis servas de famílias de comandantes, cujas esposas se mostraram incapazes de gerar filhos e cuja sobrevivência depende da “capacidade de procriar” para doar a criança à “família” a qual servem; estão também as “marthas”, outras mulheres que servem às famílias dos comandantes para serviços gerais e, dentre vários outros estereótipos de

---

<sup>7</sup> Consultar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

<sup>8</sup> Consultar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510.

<sup>9</sup> Consultar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.

<sup>10</sup> Consultar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em andamento na corrente data, setembro de 2018.

<sup>11</sup> Consultar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187.

Estados arbitrários, também estão as "tias", mulheres mais velhas, responsáveis pelo treinamento e disciplina de todas as servas que vivem em Gilead. Todas, sem exceção, são mulheres subjugadas pela forma mais sinistra de controle social ao longo dos séculos: a religião. De certa forma, como crítica ao roteiro da série, é até não crível uma sociedade com uma democracia tão estável e ideais liberais sedimentados, como o país, anteriormente conhecido como Estados Unidos da América, aceite tão facilmente "o golpe" e torne-se, com uma contra revolução tão frágil, como na ficção, sob as “novas (?) leis”, o Estado de *Gilead*.

Coincidentemente, a série é adaptada de um livro da romancista canadense Margaret Atwood, lançado em 1985 (ATWOOD, 1985). Fez aniversário de 30 anos – assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fará no próximo 5 de outubro de 2018 – três anos atrás. O Brasil, desde 1890 - com o decreto de Ruy Barbosa, citado acima - é, formalmente, um Estado laico, marcado pela pluralidade religiosa e, cada vez mais, pelo aparecimento de diferentes religiões e crenças que estão presentes não só no dia-a-dia da sociedade, como, principalmente, nas bancadas do Legislativo e nos discursos políticos. Aqui, mesmo que haja uma nítida e crescente ampliação dos direitos fundamentais na esfera das liberdades individuais, há um sopro paradoxal de fundamentalismos religiosos em todas as esferas do Poder, notadamente, no Legislativo. Isso pode ser comprovado por propostas de Emenda Constitucional como a “PEC 99”, de 2011, por exemplo, que autoriza as igrejas a questionarem regras ou leis junto ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011). O deputado que propôs tal Emenda foi o mesmo que apresentou uma das propostas de “cura gay” (“PEC” 234) na Câmara, João Campos (BRASIL, 2013).

A questão problemática que fica é: Será que, mesmo em um Estado que preza pela laicidade, como o Brasil hodierno, a vida humana não estaria, ainda, “sob os olhos Dele” (ou, no original "*Under His Eye*")<sup>12</sup>? E, agregada a esta: Considerando que, muitas das decisões tomadas no cotidiano, pelos seres humanos, são norteadas pelas suas crenças religiosas, não estaria o homem, mesmo diante de um Estado laico, seguindo suas convicções morais, filosóficas, políticas, culturais e sociais, em respeito aos ensinamentos “Dele”?

Sob esta perspectiva - de agir em sociedade conforme as crenças religiosas enraizadas na vivência humana - busca-se entender o papel desenvolvido pela religião na dominação do ambiente e dos seres vivos que nele habitam.

---

<sup>12</sup> Expressão recorrente na série televisiva funciona como um “olá” ao mesmo tempo de um “adeus”.



Considerando, ainda, que a série supracitada trata, em principal instância, da opressão exercida sob as mulheres, busca-se nas teorias ecofeministas expostas na primeira seção desse escrito, uma possível explicação sobre a relação entre a religião e a dominação exercida pelo homem em face das mulheres e do meio ambiente.

### **Considerações Finais**

As contribuições do ecofeminismo, vão muito além de mera teoria de dominação. A proposta ecofeminista engloba aspectos que são, geralmente, ignorados nas políticas públicas e de desenvolvimento e, que transcendem o estudo da condição sociocultural das mulheres, partindo para um estudo referente aos direitos das minorias e da natureza.

O ecofeminismo busca valorizar aquilo que não é considerado relevante economicamente, principalmente os valores das populações invisíveis, questionando a forma que o desenvolvimento e a produtividade são vistos na sociedade patriarcal, os quais seguem os princípios da exploração. Além disso, a teoria critica a perpetuidade dessas formas de dominação que, inconscientemente, são introduzidas na cultura humana. Como exemplo, cite-se as passagens bíblicas que defendem a dominação desses seres, passagens que, na maioria dos casos, são seguidas sem refletir sobre o seu caráter exploratório.

O ecofeminismo vem a contestar a ordem econômica e estrutural da sociedade, dando um novo significado a valores éticos e morais, além de propor uma forma mais igualitária e humanizada de olhar para os diferentes grupos, esquecidos, explorados e, muitas vezes, marginalizados. Desta forma, os ideários ecofeministas contribuem para uma ressignificação do próprio ordenamento jurídico que, igualmente as questões culturais e religiosas, acabam assumindo um caráter de exploração.

Critica-se neste estudo, sem exaurir o tema, portanto, as formas de opressão que originaram a exploração desses seres “dominados” ao longo dos tempos e que muito tem sofrido com lesões constantes em sua integridade e dignidade. Além disso, entende-se, com o auxílio da ficção, ainda, que muitas manifestações religiosas, de cultos calcados no extremo patriarcalismo, ajudaram a fortalecer a lógica da dominação, pois propagam, principalmente em passagens bíblicas, o exercício de domínio sobre mulheres e natureza.

Tendo como amparo a série americana “*The Handmaid’s Tale*”, buscou-se apresentar a semelhança entre ambas as opressões, as quais são objeto de estudo e militância do movimento ecofeminista (ecológico e animalista),

protagonizado por mulheres preocupadas com o ambiente e seu espaço no planeta. O tema aqui discutido, sob a perspectiva da ficção e do ecofeminismo, é uma forma de compreender a lógica da dominação (surgida numa sociedade patriarcal e de tradições religiosas que amparam tal poder), com o intuito de criar, cada vez mais, um debate no âmbito da Academia, para que este cenário seja modificado, e todos os seres dominados, possam ser tratados com equidade, distante de exploração e subordinação, que tanto vem lesando vidas humanas e não humanas<sup>13</sup>.

## Referências

ATWOOD, Margaret. A história da aia. São Paulo: Marco Zero, 1987.

ANGELIN, Rosângela; SCHNORRENBERGER, Neusa. Ecofeminismo e mística religiosa nos movimentos de mulheres Camponesas no Brasil. **Anais do Congresso Latino-Americano de Gênero e Religião**. São Leopoldo: EST, v. 5, 2017. Disponível em: [anais.est.edu.br/index.php/genero/article/download/802/519](http://anais.est.edu.br/index.php/genero/article/download/802/519). Acesso: 02 set. 2018.

BÍBLIA, A. T. Gênesis. In **BÍBLIA**. Português. Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008. p. 202-203.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. **Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-119-a-7-janeiro-1890-497484-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 02 set. 2018.

---

<sup>13</sup> Embora não tenha sido foco do estudo, conferir os estudos abolicionistas calcados no especismo, expressão criada por Richard Ryder em 1970 (SINGER, 2004).

BRASIL. PEC 99/2011. Proposta de Emenda à Constituição. **Acrescenta ao art. 103, da Constituição Federal, o inciso X, que dispõe sobre a capacidade postulatória das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259>. Acesso em: 02 set. 2018.

DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. **SciELO - Scientific Electronic Library Online**, 2013. Disponível em: [https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2013001300002&script=sci\\_arttext&tlng=es](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2013001300002&script=sci_arttext&tlng=es). Acesso: 03 set. 2018.

GEBARA, Ivone. **Intuiciones Ecofeministas**: ensaio para repensar el conocimiento y la religión. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000.

GOUGES, Olympe de. Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. In: **Bibliothèque Jeanne Hersch**. Textes fondateurs. Disponível em: [http://www.aidh.org/Biblio/Text\\_fondat/FR\\_03.htm](http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/FR_03.htm). Acesso: 24 set. 2018.

MACHADO, Luís Guilherme Stender. Homem, religião e natureza: o projeto da filosofia do futuro em Ludwig Feuerbach. **Revista Eletrônica de Pesquisa na Graduação em Filosofia**, v. 7, n. 2, 2014. Disponível em: [https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENES/E/3\\_luismachado.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENES/E/3_luismachado.pdf). Acesso: 02 set. 2018.

MIES, Maria, SHIVA, Vandana. **Ecofeminismo**: teoría, crítica y perspectivas. España: Icaria, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROSENDO, Daniela. **Ética sensível ao cuidado**: Alcance e limites da filosofia ecofeminista de Warren. Florianópolis: UFSC, 2012.

SALLEH, Ariel. Prólogo. In: MIES, Maria, SHIVA, Vandana. **Ecofeminismo**: teoría, crítica y perspectivas. España: Icaria, 2013.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

VIGIL, María Tardón. Ecofeminismo: Una reivindicación de la mujer y la naturaliza. **El Futuro del Pasado**, n. 2, 2011. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3697663.pdf>. Acceso: 01  
set. 2018.

## **Brexit: uma análise acerca da saída do Reino Unido da União Europeia<sup>(\*)</sup>**

### **Brexit: an analysis of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union**

### **Brexit: un análisis de la salida del Reino Unido de la Unión Europea**

**Brenda Castiglioni Pedroza<sup>1</sup>**

**Marcelo Fernando Quiroga Obregón<sup>2</sup>**

---

**Sumário:** Introdução. **1.** Brexit: Breves considerações. **2.** Razões pelas quais os britânicos votaram para a saída do Reino Unido da União Europeia. **3.** Possíveis consequências da saída do Reino Unido da União Europeia. – Considerações finais. – Referências.

---

(\*) Recibido: 05 setiembre 2018 | Aceptado: 15 octubre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> Aluna da Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. [brendacastiglioni@gmail.com](mailto:brendacastiglioni@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direito Internacional e Direito Comunitário pela 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](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a causas e possíveis consequências oriundas da saída do Reino Unido da União Europeia. Ressalta-se que tal movimento fora organizado por parte da sociedade britânica e se denomina Brexit. Para tanto, foi necessário explicar, brevemente, o contexto em que o bloco económico foi criado e o papel do Reino Unido, historicamente, em sua integração. Tem-se que diversos foram os motivos que originaram o Brexit, como por exemplo a soberania política e económica do Reino Unido, a crise de refugiados e também o nacionalismo britânico. Sendo assim, por meio do método dialético, pautado principalmente em notícias jornalísticas e artigos científicos, foram demonstradas as possíveis razões que justificaram a realização de um referendo no qual 52% da população votou pela separação. Ademais, foram também indicadas as prováveis repercussões nos âmbitos sociais, políticos e económicos a partir da saída do Reino Unido da União Europeia.

**Palavras-chave:** Brexit, Reino Unido, União Europeia, Europa, referendo, economia, política, crise migratória, bloco económico, soberania, Inglaterra, Escócia.

**Abstract:** This paper aims to analyse the causes and possible consequences of the UK's departure from the European Union. It should be noted that this movement was organized by British society and is called Brexit. To this end, it was necessary to briefly explain the context in which the economic bloc was created and the role of the United Kingdom, historically, in its integration. There have been many reasons for Brexit, such as the political and economic sovereignty of the United Kingdom, the refugee crisis and also British nationalism. Thus, by means of the dialectical method, based mainly on journalistic news and scientific articles, the possible reasons for holding a referendum in which 52% of the population voted for separation were demonstrated. In addition, the likely social, political and economic repercussions of the United Kingdom's departure from the European Union have also been indicated.

**Key words:** Brexit, United Kingdom, European Union, Europe, referéndum, economy, politics, migratory crisis, economic block, sovereignty, england, Scotland.

**Resumen:** El presente trabajo pretende analizar las causas y posibles consecuencias de la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Cabe señalar que este movimiento fue organizado por la sociedad británica y se llama Brexit. Para ello, era necesario explicar brevemente el contexto en el que se creó el bloque

económico y el papel del Reino Unido, históricamente, en su integración. Ha habido muchas razones para Brexit, como la soberanía política y económica del Reino Unido, la crisis de los refugiados y también el nacionalismo británico. Así, mediante el método dialéctico, basado principalmente en noticias periodísticas y artículos científicos, se demuestra las posibles razones para celebrar un referéndum en el que el 52% de la población votó por la separación. Además, también se indica las probables repercusiones sociales, políticas y económicas de la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

**Palabras clave:** Brexit, Reino Unido, Unión Europea, Europa, referéndum, economía, política, crisis migratoria, bloque económico, soberanía, Inglaterra, Escocia.

---

## Introdução

No dia 23 de junho de 2016, durante o governo do primeiro ministro conservador David Cameron, os ingleses foram à rua para decidir o futuro social e econômico do Reino Unido.

Através de um referendo, a população inglesa poderia escolher entre duas opções: a permanência ou a saída do Reino Unido da União Europeia. Com 51,9% dos votos ganhou a opção que previa a saída do Reino Unido da União Europeia.

Tendo em vista que o Reino Unido é uma das maiores potências ocidentais e, uma vez que a União Europeia é o bloco econômico mais antigo e influente na história da sociedade, torna-se extremamente importante analisar quais são as possíveis razões que levaram a realização do referendo, bem como quais serão os impactos desta medida.

Deste modo, no primeiro capítulo será abordado o contexto histórico da criação do bloco econômico e qual foi o papel desempenhado pelo Reino Unido ao longo dos anos como integrante da União Europeia.

Sabe-se que diversos foram os motivos que levaram a sociedade britânica a decidir pela separação. O enaltecimento pela soberania nacional, a autonomia econômica e política do país, bem como a crise migratória dos refugiados foram motivos que contribuíram para o resultado do referendo.

Sendo assim, no segundo capítulo do presente trabalho serão expostas as razões e fundamentos que levaram ao Reino Unido optar por uma ruptura com o bloco econômico.

Por fim, em que pese à dificuldade de prever as consequências do Brexit, uma vez que é a primeira vez que um país membro decide pela saída do bloco econômico desde a sua criação, serão trazidos os possíveis impactos na economia, na política e na sociedade originados da ruptura do Reino Unido com a União Europeia.

## 1. Brexit: breves considerações

Inicialmente, antes de aprofundar nas causas e, principalmente, nas possíveis consequências da saída do Reino Unido da União Europeia (UE), importante, brevemente, explicar o contexto histórico da criação da UE e a integração do Reino Unido no referido bloco econômico.

O Reino Unido, Estado soberano que conta com estrutura própria e politicamente organizada, é composto pela Inglaterra, Escócia, País de Gales (componentes da Grã Bretanha) e a Irlanda do Norte e fica localizado em frente à costa noroeste do continente europeu.

O Estado foi um dos países membros fundadores da Comunidade Econômica Europeia (CEE), no ano de 1957, que mais tarde veio a ser chamada de União Europeia. A CEE foi criada em um contexto pós-guerras, época na qual os líderes dos países europeus constataram a necessidade de instituir novos mecanismos capazes de evitar um próximo conflito mundial.<sup>3</sup>

A ideia era de que, por meio da criação da CEE - precursora da União Europeia -, fosse possível suscitar a manutenção da paz definitiva no continente europeu. Isto seria feito através da promoção do sentimento de cooperação e unidade entre os países, bem como da fomentação de um sentimento de identidade entre os cidadãos europeus.

Desta forma, a UE foi instituída com dois propósitos basilares: integrar politicamente, socialmente e economicamente os países membros do continente europeu, bem como obstar, por dessa associação, o surgimento de novas rivalidades nacionalistas que culminassem novamente em grandes conflitos.

---

<sup>3</sup> POLON. Luana. **Comunidade Econômica Europeia**. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/comunidade-economica-europeia/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.



A União Europeia, portanto, é um bloco econômico, político e social, criado com a finalidade de integrar os países europeus, por de diversos mecanismos de cooperação entre estes. Atualmente, é composto por vinte e oito estados membros independentes, sendo um deles o Reino Unido.

Conforme já mencionado anteriormente, o Reino Unido ingressou na UE à época CEE em 1957. Contudo parte da população britânica, marcada por características nacionalistas e insatisfeita com o novo modelo político-econômico implantado, questionava a pertinência e as vantagens de se permanecer no bloco.

Tais indagações culminaram, em 05 de junho 1975, a realização de um referendo para definir sobre o futuro dos britânicos na União Europeia. Na época, com quase 70% dos votos, os eleitores votaram pela permanência no bloco.<sup>4</sup>

Ainda que o resultado da votação fosse pela integração, os britânicos nunca aceitaram por completo todas as demandas propostas pelo bloco econômico, como por exemplo, a participação da zona do euro - uma moeda única padronizada - e a participação do acordo de Schengen, que permitia a livre circulação de pessoas entre países europeus, sem a necessidade de passaporte.

Vislumbra-se que, motivados pelo nacionalismo, o Reino Unido sempre preferiu de certo modo estar à margem a UE, nunca abraçando uma identidade europeia, sendo que há décadas o país vem mantendo uma relação complexa com o bloco econômico, permeada pela dicotomia da autonomia e centralização.

Recentemente ressurgiu um movimento político liderado principalmente por políticos nacionalistas britânicos que alegam que a saída do Reino Unido da União Europeia seria vantajosa para os britânicos, sob o argumento de que a UE cresceu demasiadamente nas últimas décadas e exerce cada vez mais controle sobre a vida cotidiana dos britânicos.

Dá-se o nome deste movimento, que defende a saída do Reino Unido da UE, de Brexit, junção em inglês das palavras Britain (Britania) + Exit (Saída).

Devido à constante pressão dos grupos apoiadores do Brexit, principalmente do partido conservador do Reino Unido e do partido

---

<sup>4</sup> GESSAT. Rachel. **1975: Ingleses aprovam ingresso na UE**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/1975-ingleses-aprovam-ingresso-na-ue/a-1226088>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

nacionalista UKIP, nas eleições de 2015 o até então candidato a primeiro ministro, David Cameron, prometeu realizar um novo plebiscito acerca da saída do país da União Europeia se vencesse as eleições parlamentares daquele ano. Sendo assim, cumprindo com sua promessa, no seu mandato em 2016, o premier levou o projeto europeu para voto popular.<sup>5</sup>

Assim como em 1975, em novo referendo realizado em 23 de Junho de 2016, os eleitores do Reino Unido foram convidados a decidir sobre a questão da permanência ou não do país no bloco comum. Contudo, o resultado desta votação foi divergente daquela ocorrida no século 20, vencendo com 51,9% dos votos a opção pela saída dos britânicos da UE.<sup>6</sup>

Sabe-se que a saída de um estado-membro da União Europeia é um direito, desde que realizado referendo popular com maioria dos votos, conforme dispõe o artigo 50 no Tratado da União Europeia, segue: “Qualquer Estado-Membro pode decidir, em conformidade com as respectivas normas constitucionais, retirar-se da União”.<sup>7</sup>

Embora tenha sido realizada a consulta popular em meados de 2016, em Janeiro de 2017 a Suprema Corte do Reino Unido concluiu que o Brexit deveria ser aprovado pelo Parlamento Britânico para entrar em vigor. Sendo assim, somente em Março de 2017, o Estado-membro iniciou o processo formal de saída, seguindo as diretrizes previstas no referido artigo 50 do Tratado da União Europeia.<sup>8</sup>

Por se tratar de um processo extremamente complexo e que afeta diretamente a vida de todos europeus, foi definido que o Reino Unido ainda teria dois anos, após ter ativado oficialmente o procedimento de saída da UE, para deixar o bloco econômico, de modo que, a data oficial para saída do país será no dia 29 de março de 2019.

---

<sup>5</sup> GOVERNO britânico anuncia plebiscito sobre permanência na União Europeia. BBC. dia 20 04 2016. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220\\_uk\\_referendo\\_data\\_fica\\_ue\\_rp](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220_uk_referendo_data_fica_ue_rp)> Acesso em: 14 ago. 2018.

<sup>6</sup> REINO Unido decide deixar a União Europeia em referendo. G1. Dia 24 06 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/reino-unido-decide-deixar-uniao-europeia-em-referendo.html>> Acesso em: 14 ago. 2018

<sup>7</sup> ARTIGO 50.º: As futuras relações entre a UE e o Reino Unido. EUROPARL. Dia 29 03 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/eu-affairs/20170324STO68408/artigo-50-o-as-futuras-relacoes-entre-a-ue-e-o-reino-unido>> Acesso em: 14 ago. 2018.

<sup>8</sup> INÍCIO do Brexit cabe ao Parlamento, decide Suprema Corte no Reino Unido. G1. Dia 24 01 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/inicio-do-brexit-cabe-ao-parlamento-decide-suprema-corte-no-reino-unido.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

Atualmente o Reino Unido está na fase final das negociações sobre a ruptura, entretanto, há ainda muita divergência sobre como essa será realizada. Isto porque, parte dos políticos britânicos defendem que a saída deveria ser leve, com o Reino Unido mantendo um livre comércio com o bloco. Todavia, o outro grupo, liderados pelo partido conservador, preferem um Brexit mais firme, que significaria o total rompimento com a UE.<sup>9</sup>

Pressionados pelos membros do Congresso, em 12 de julho de 2018, o governo britânico, liderados pela premier, apresentou sua proposta de saída da União Europeia. O projeto contempla a criação de uma zona de livre comércio com a UE, com certa harmonização reguladora entre o bloco e o Reino Unido, além da aprovação, pelo parlamento britânico, de leis e normas europeias que fossem entrar em vigor no Reino Unido.<sup>10</sup>

Contudo, esse novo acordo regulatório e econômico não se mostrou suficiente para os membros do Conselho da União Europeia, bem como desagradou parte da população britânica que votou favorável a saída do país do RU e o Partido Conservador que defende um Brexit mais incisivo.

Destaca-se também que, no dia 23 de julho de 2018, milhares de manifestantes britânicos, a favor da permanência na União Europeia, foram as Rua de Londres requerendo a convocação de um segundo referendo acerca da proposta apresentada pela primeira ministra.<sup>11</sup>

Já na reta final do procedimento, pode-se concluir que a primeira-ministra, Theresa May, ainda não conseguiu encontrar uma proposta que seja capaz de, simultaneamente, contemplar os desejos dos grupos políticos presentes no Congresso, da população britânica, e que seja também aceitável para os negociadores do Conselho da UE.

Ademais, importante mencionar que, dois anos após o resultado do referendo, foi divulgado no dia 17 de julho de 2018, o resultado de um levantamento encomendado pelo jornal The Independent no qual apontou

---

<sup>9</sup> BREXIT: o que ainda está em discussão sobre o 'divórcio' do Reino Unido e da União Europeia. BBC. Dia 04 12 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42220992>> Acesso em: 14 ago. 2018.

<sup>10</sup> REINO Unido publica documento com propostas para laços com UE após Brexit. GLOBO. Dia 12 07 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/reino-unido-publica-documento-com-propostas-para-lacos-com-ue-apos-brexite-22878231>> Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>11</sup> MILHARES de pessoas exigem em Londres um segundo referendo sobre o 'Brexit'. G1. Dia 23 06 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/milhares-de-pessoas-exigem-em-londres-um-segundo-referendo-sobre-o-brexite.ghtml>> Acesso em: 15 ago. 2018.

que atualmente 51% dos britânicos são favoráveis a permanência no bloco econômico, enquanto 41% mantem o apoio ao Brexit.<sup>12</sup>

Ainda não é possível afirmar qual será a posição adotada pela primeira ministra em relação à União Europeia nos próximos meses. Mas o que definitivamente já pode ser antevisto é que, independentemente do caminho escolhido, será improvável agradar a totalidade da população britânica.

Diante o exposto, pode-se afirmar que o Brexit, por se tratar de um processo extremamente complexo, não só repercutirá na política, como também na economia e no cotidiano da sociedade britânica. Isso porque a Inglaterra pertence à União Europeia há mais de 60 anos, sendo um dos países mais influentes do bloco de modo que o impacto de sua possível saída deste torna-se inevitável.

## **2. Razões pelas quais os britânicos votaram para a saída do reino unido da união europeia**

Conforme já mencionado no tópico anterior, nos últimos anos os britânicos vêm discutindo acerca da permanência do Reino Unido na União Europeia. Diversos são os motivos que justificam o surgimento deste debate, sejam eles de caráter econômico, migratório ou histórico. Neste tópico serão abordadas algumas das possíveis razões que contribuíram para o surgimento do movimento político-social denominado Brexit.

### **2.1. Do nacionalismo britânico**

Como abordado anteriormente, desde a criação da União Europeia é possível perceber que, diferentemente do que ocorre em países europeus como Alemanha e França, os britânicos jamais se sentiram, por completo, partes integrantes do bloco econômico, de modo que o resultado favorável do plebiscito demonstra um sentimento de nacionalismo compartilhado entre muitos britânicos em relação a essa organização.

Sabe-se que o Reino Unido, devido seu contexto histórico, político e econômico e, por possuir uma geografia diferente dos demais países europeus, foi capaz de alçar a condição de maior império do mundo no século XIX. Ademais, à época da Revolução Industrial, foi o primeiro país a se industrializar em todo mundo.

---

<sup>12</sup> PESQUISA aponta que mais da metade dos britânicos não quer o Brexit. ESTADÃO. Dia 17 12 2017. Disponível em: < <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-aponta-que-mais-da-metade-dos-britanicos-nao-quer-o-brexit,70002123276> > Acesso em: 15 ago. 2018.

Atualmente, é um dos únicos países europeus governados por um sistema parlamentar e uma monarquia constitucional e, conforme pesquisa realizada pelo Fundo Monetário Internacional no ano de 2018, possui a quinta maior economia do total mundial, com a quantia de 2,94 trilhões de dólares.<sup>13</sup>

Constata-se que o Reino Unido, tendo em vista seu contexto histórico político e econômico, sempre demonstrou consideráveis distinções com os países vizinhos europeus.

Tais peculiaridades afastaram os britânicos do resto do continente e, embora após sessenta anos pertencendo ao mesmo bloco econômico e, conseqüentemente, compartilhando diversas experiências com os países membros, ainda é presente no Reino Unido uma exaltação dos valores nacionais e da defesa da autonomia e soberania britânica.<sup>14</sup>

Marcado por um nacionalismo exacerbado, os britânicos dividem um sentimento de identidade somente entre seus próprios componentes e, por isso, não se reconhecem como integrantes de tudo aquilo que representa a União Europeia.

É possível inferir, portanto, que a forma pelo qual o país foi se desenvolvendo durante a história justifica o distanciamento cultural e social existente do povo britânico dos outros países europeus e, por conseguinte, a preferência destes em não mais pertencer no bloco econômico.

## 2.2. Da crise migratória

Além do enaltecimento do nacionalismo britânico, a crise imigratória também foi uma das razões fomentadoras do surgimento do movimento separatista. Sabe-se que nas últimas décadas o número de refugiados migrando para os países europeus aumentou demasiadamente. Tem-se como causa principal às guerras e conflitos armados nos países de origem.

Diante das guerras existentes, os refugiados, principalmente da África e do oriente médio, em busca de segurança e melhores qualidades de vida, optam por fugir de seus países natais em direção ao continente europeu, que conta com países desenvolvidos e estruturados economicamente.

---

<sup>13</sup> AS maiores economias do mundo em 2018. TERRESTRES. Dia 01 05 2018. Disponível em: < <https://www.forte.jor.br/2018/05/01/as-maiores-economias-do-mundo-em-2018/>> Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>14</sup> IANDOLI. Rafael. **Brexit: por que nacionalismo e nostalgia pesaram mais do que o sonho de integração.** Disponível em: < <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/06/25/Brexit-por-que-nacionalismo-e-nostalgia-pesaram-mais-do-que-o-sonho-de-integra%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 15 ago. 2018.

Somente no período de 2015 e 2016 mais de um milhão de refugiados ingressaram no continente europeu, sendo esta uma das maiores crise migratórias ocorridas em toda história ocidental.<sup>15</sup>

Devido desta enxurrada de imigrantes, em 2015 os estados-membros pertencentes ao bloco econômico desenvolveram um mecanismo de recolocação, no qual os países se comprometeriam a espalhar os refugiados que, na sua maioria, estavam vivendo na Grécia e na Itália, em outros países pertencentes à União Europeia. Tal determinação irritou a sociedade britânica que acreditava que a imigração traria diversos malefícios àquele país.<sup>16</sup>

Ainda que fosse definido que nenhum refugiado seria realocado no Reino Unido, o país, por fazer parte da União Europeia, deveria financiar, através do pagamento de impostos, o projeto de reassentamento dos imigrantes no resto do continente europeu.

Desta forma, visando colocar em prática o plano de reassentamento, somente no período de 2015 a 2017 foram destinados 17,7 mil milhões de euros do orçamento da União Europeia para fazer face à crise migratória. Tem-se que parte desta quantia injetada pertencia ao Reino Unido, o que fomentou ainda mais o discurso separatista.<sup>17</sup>

Ademais, há outros efeitos colaterais provenientes da imigração em massa que desagradam à população britânica. O argumento é que a crise de refugiados além de gerar uma pressão adicional sobre o estado assistencialista britânico, também compromete a segurança nacional, afeta o mercado de trabalho e influencia a cultura britânica e o idioma. Estes fatores expostos fortaleceram a campanha pelo Brexit.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> CHEGADA de refugiados e migrantes na Europa em 2015 passa de 1 milhão. G1. Dia 22 12 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/chegada-de-refugiados-e-migrantes-na-europa-em-2015-passa-de-1-milhao.html>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>16</sup> A crise da migração. COMISSÃO EUROPEIA. 05 07 2017. Disponível em: <<http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/migration-crisis/pt/>> Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>17</sup> A crise da migração. COMISSÃO EUROPEIA. Dia 05 07 2017. Disponível em: <<http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/migration-crisis/pt/>> Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>18</sup> BAGUS. Philipp. **As causas do Brexit, a história da União Europeia e suas duas ideologias conflitantes**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=2449>> Acesso em: 16 ago. 2018.

Os defensores do movimento separatista alegam que o país, por ser integrante do bloco econômico, não é capaz de ter um controle efetivo sobre suas próprias fronteiras.

Diante desta facilidade na entrada de milhares de imigrantes no Reino Unido, e por entenderem que a migração só traz malefícios a sociedade britânica, parte da população justifica a saída do Reino Unido da União Europeia sob o argumento da ausência de fiscalização nas fronteiras britânicas e, por conseguinte, da crise migratória.

### **2.3. Da soberania política e econômica**

Além da questão da imigração, outro argumento usado pelos defensores do Brexit é que o Reino Unido perdeu sua autonomia política e econômica, principalmente após a transferência praticamente integral da União Europeia para Bruxelas, assim como pela adoção da União Europeia de uma nova política de redistribuição de riquezas por toda a Europa.<sup>19</sup>

Um dos fundamentos é de que a tomada de decisões da União Europeia, que ocorre na cidade de Bruxelas, capital da UE, é completamente antidemocráticas. Isto porque somente o órgão executivo do bloco econômico, a Comissão Europeia, cujos membros não são eleitos diretamente, pode propor um projeto de lei.

Por conseguinte, o Parlamento Europeu também se mostra um órgão desprovido de poder, uma vez que os próprios parlamentares, que são eleitos pelo povo e deveriam representar a sociedade legislativamente, como já visto, possuem iniciativa legislativa.

Frente a este cenário, a população britânica afirma não se sentir representada pela União Europeia, haja vista que os as exigências daquela sociedade raramente são consideradas pelo órgão executivo da UE, justamente por não serem governantes eleitos pelo povo.<sup>20</sup>

Sendo assim, o movimento a favor do Brexit defende a soberania do Parlamento britânico em Westminster sobre as decisões tomadas em Bruxelas, o que claramente só pode ser feito caso haja o rompimento com o bloco econômico.

---

<sup>19</sup> BAGUS, Philipp. **As causas do Brexit, a história da União Europeia e suas duas ideologias conflitantes**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=2449>> Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>20</sup> IDEM

Já em relação à economia, sabe-se que a economia britânica de hoje é muito mais criativa e dinâmica que a da época em que país integrou o bloco econômico. Ocorre que o excesso de regulações burocráticas impostas por Bruxelas, bem como a forma centralizada e a longa duração das negociações de acordos comerciais na UE, acaba sendo um impasse para o desenvolvimento econômico do país.

Uma vez que o Reino Unido é um membro da União Europeia e, devido a este fator, é mitigada a sua liberdade de negociação de acordos separadamente do resto do bloco, é possível vislumbrar a diminuição de competitividade do país-membro no cenário econômico mundial e um atraso na assinatura de acordos comerciais bilaterais benéficos àquele país.

Somado a este fator, tem o fato de que, após a crise financeira de 2008, os países integrantes do bloco econômico foram obrigados a custear, cada vez mais com o dinheiro de impostos de seus cidadãos, orçamentos da União Europeia.<sup>21</sup>

Tal exigência criou uma situação injusta entre seus membros, em que os países com economias mais fortes, sendo um deles o Reino Unido, sustentam os outros países integrantes do bloco economicamente mais fracos e endividados, como Espanha, Portugal, Grécia e Itália.

Segundo dados da própria União Europeia, em 2014 o Reino Unido contribuiu com € 11,3 bilhões à UE, o que corresponde a 0,52% de seu rendimento nacional bruto. Em contrapartida, as despesas do bloco com o país foram de € 6,9 bilhões, ou 0,32% do rendimento bruto.<sup>22</sup>

Toda essa conjuntura política e econômica fomentaram o discurso de que o Reino Unido estava sendo extremamente prejudicado ao integrar o bloco econômico. Com a saída do Reino Unido da União Europeia, em tese, a população britânica terá muito mais autonomia e liberdade para solucionar os problemas de seus interesses, não precisando mais dar satisfações a uma entidade estrangeira que, muitas vezes, não observa as peculiaridades daquela população.

### **3. Possíveis consequências da saída do reino unido da união europeia**

---

<sup>21</sup> BAGUS. Philipp. **As causas do Brexit, a história da União Europeia e suas duas ideologias conflitantes**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=2449>> Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>22</sup> VEJA 5 possíveis impactos econômicos da saída do Reino Unido da UE. G1. Dia 24 06 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/veja-4-possiveis-impactos-economicos-da-saida-do-reino-unido-da-ue.html>> Acesso em: 16 ago. 2018.



As consequências do Brexit são difíceis de prever uma vez que é a primeira vez que algum país membro decide sair do bloco econômico desde sua criação. Contudo, já é possível observar alguns impactos na economia, na política e na sociedade do Reino Unido e dos países europeus.

Os efeitos mediatos foram diversos. No dia seguinte ao referendo, a libra esterlina registrou uma forte queda, assim como o dólar australiano e o dólar neozelandês. A bolsa e o mercado mobiliário sofreram uma forte queda naquela semana, por isso, o governo britânico abaixou as taxas de juros e fez empréstimos bancários para conter uma possível perda de capitais.<sup>23</sup>

Ademais, foi criado no Reino Unido, o Ministério da Saída da União Europeia que emprega pelo menos 300 pessoas para tratar exclusivamente do assunto. Na política, o primeiro-ministro britânico, David Cameron, que era favorável a permanência do Reino Unido, renunciou ao cargo tendo sido substituído por Theresa May.<sup>24</sup>

Já as consequências em longo prazo, ainda que sejam de certa forma desconhecidas já são possíveis de serem previstas. Será exposto neste capítulo os possíveis reflexos oriundos da saída do Reino Unido da União Europeia do ponto de vista econômico, político e social.

### 3.1. Independência escocesa

A saída do Reino Unido da União Europeia também reacendeu a polêmica no tocante à independência escocesa. Isto porque, historicamente, grande parte dos escoceses sempre defenderam a saída da Escócia do Reino Unido, o que resultou, no ano de 2014, a realização de um referendo que propunha a independência daquele país. Na época, com uma mínima diferença nos votos, os eleitores votaram pela permanência da Escócia no Reino Unido.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, em relação ao Brexit, segundo os dados de pesquisas do Economist, os escoceses são relativamente mais favoráveis ao lado da

---

<sup>23</sup> BEZERRA. Juliana. **Brexit**. Disponível em: < <https://www.todamateria.com.br/brexit/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

<sup>24</sup> IDEM

<sup>25</sup> ESCÓCIA diz 'não' à independência e se mantém no Reino Unido. G1. Dia 19 09 2014. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/escocia-diz-nao-independencia-e-se-mantem-no-reino-unido.html>> Acesso em: 17 ago. 2018.

permanência do Reino Unido na União Europeia, sendo 54% favoráveis à permanência versus 44%.<sup>26</sup>

Contudo, o referendo foi realizado com toda população do Reino Unido, não somente com a Escócia, sendo definida a saída do Reino Unido do bloco econômico. Sendo assim, uma vez que a Escócia integra o Reino Unido e, ainda que a maior parte de sua população discorde do Brexit, o país teria que deixar o bloco europeu. Tal situação culminou na atual discussão acerca do direito a liberdade de escolha daquela população.

Acerca do tema, a primeira ministra escocesa, Nicola Sturgeon, líder do Partido Nacional Escocês, afirmou que: “(...) o povo escocês deveria ter o direito de escolher entre o Brexit ou converter-se em um país independente, capaz de traçar seu próprio caminho e gerar uma verdadeira colaboração com iguais além dessas ilhas.”<sup>27</sup>

Inconformados com o resultado do Brexit e diante da perspectiva de que a região fique fora da União Europeia, em março de 2017, o Parlamento escocês apoiou o projeto, proposto pela Nicola, de realização de um segundo referendo para promover a independência do país do Reino Unido. A primeira ministra defendeu que:

A Escócia, como o resto do Reino Unido, se encontra em uma encruzilhada, quando amanhã se ativar o Brexit, haverá uma mudança inevitável para a Escócia, com um impacto no comércio, nos investimentos, no nível de vida e na natureza da sociedade em que vivemos. Tais mudanças não deveriam ser impostas acima da Escócia. O povo escocês deveria ter o direito de escolher entre o Brexit ou converter-se em um país independente, capaz de traçar seu próprio caminho e gerar uma verdadeira colaboração com iguais além dessas ilhas.<sup>28</sup>

Temendo esta possibilidade da ocorrência de um novo referendo de independência escocesa, a primeira-ministra britânica, Theresa May,

---

<sup>26</sup> LANG. João Pedro. **Brexit: o início do fim da União Europeia?** Disponível em: <<http://mercadopopular.org/2016/06/brexit-o-inicio-do-fim-da-uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

<sup>27</sup> PARLAMENTO escocês aprova referendo sobre independência do país do Reino Unido. AGÊNCIA BRASIL. Dia 28 03 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-03/parlamento-escoces-aprova-referendo-sobre-independencia-do-pais-do>> Acesso em 17 ago. 2018.

<sup>28</sup> PARLAMENTO escocês aprova referendo sobre independência do país do Reino Unido. AGÊNCIA BRASIL. Dia 28 03 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-03/parlamento-escoces-aprova-referendo-sobre-independencia-do-pais-do>> Acesso em 17 ago. 2018.

prometeu a concessão de mais competências e autonomia para a Escócia, incluindo a Escócia nas atuais negociações com o Reino Unido.

Sendo assim, em junho de 2017, a primeira ministra escocesa anunciou que, visando se concentrar em garantir um acordo do Brexit para a Escócia que mantenha a região no mercado único europeu, seria melhor congelar o processo de independência escocesa, conforme:<sup>29</sup>

Quero tranquilizar as pessoas de que nossa proposta não é para um referendo agora ou antes, mas sim dar-lhes uma escolha no final do processo do Brexit quando uma maior clareza surgir. Estou, portanto, confirmando hoje que, depois de ter ouvido e refletido, não procuraremos apresentar a lei para um referendo de independência neste momento.

Ainda não fora definido qual será o futuro do país, mas o que já se pode afirmar é que, no fim desse processo, ou o povo da Escócia optará pelo pacote do Brexit do governo do Reino Unido, ou escolherá a independência. Independente do resultado, a certeza é que os impactos, em todos os âmbitos, serão de grande proporção para todos os membros do Reino Unido.

### **3.2. Reflexos econômicos**

Já em relação à economia, têm-se diversas previsões que apontam que o Brexit trará efeitos financeiros negativos para o Reino Unido bem como para a União Europeia.

Importante apontar que, a partir do momento em que o Reino Unido deixar o bloco econômico, este não mais gozará dos benefícios e privilégios de fazer comércio dentro da área comum. Isto porque, somente os membros do bloco possuem certas facilidades e vantagens de comercializar com os outros países.<sup>30</sup>

Deste modo, o Reino Unido terá que renegociar todos os tratados comerciais já firmados com os países membros da União Europeia, o que pode significar em perdas econômicas, aumento de tributação na comercialização e principalmente maior burocracia nas negociações internas.

---

<sup>29</sup> ESCÓCIA congela referendo de independência até conclusão do Brexit. AGÊNCIA BRASIL. Dia 28 06 2017. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-06/escocia-congela-referendo-de-independencia-ate-conclusao-do-brexit>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

<sup>30</sup> O que é a união europeia. EURODICAS. Dia 16 11 2017. Disponível em: < <https://www.eurodiclas.com.br/uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

Além disso, com a saída da União Europeia, o Reino Unido também não participará mais das negociações da criação de uma área de livre comércio entre a União Europeia e os Estados Unidos, que se for concretizada será extremamente benéfico para os países membros do bloco econômico, justamente porque o Estados Unidos é uma das maiores potências econômicas mundiais.<sup>31</sup>

Já nos próximos anos, por não mais fazer parte do bloco econômico, o país também pode experimentar desvalorização de sua moeda, aumento da inflação, recessão econômica, queda na renda per capita, entre outros problemas graves.

Ademais, posto que haverá um fechamento das fronteiras britânicas, possivelmente as mercadorias produzidos no Reino Unido devem ficar mais caros e, conseqüentemente, menos competitivos no mercado europeu.

E, uma vez que os principais parceiros comerciais do Reino Unido são justamente os países membros da União Europeia, o Fundo Monetário Internacional previu que devido à redução da competitividade dos ingleses, haverá um encolhimento de até 9,5% no PIB britânico.<sup>32</sup>

Já no ponto de vista da União Europeia, a saída do Reino Unido da União Europeia também não é positiva economicamente e a enfraquece como bloco econômico. Isto porque, o Reino Unido tem uma das economias mais fortes e dinâmicas da Europa. Somente em 2014, o Reino Unido contribuiu com 11,3 bilhões de euros à UE, o segundo maior valor oferecido pelos países-membros.<sup>33</sup>

Ao lado dos países como Alemanha e França, o Reino Unido é um dos pilares da economia do bloco econômico, de modo que a consequência da saída deste do bloco implica no compartilhamento desta responsabilidade financeira entre os outros países. Neste sentido, o Professor Otto Nogami afirma:

Toda a estrutura da UE está baseada na Alemanha, França e Reino Unido. Na medida em que se tira um deles, a estrutura fica capenga. São as três economias mais fortes e representativas, e tirar uma delas pode desestabilizar a economia da União Europeia. Todo o peso acaba recaindo

---

<sup>31</sup> PRADO. Ana. **Entenda o que é o Brexit**. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-o-que-e-o-brexit/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

<sup>32</sup> VEJA 5 possíveis impactos econômicos da saída do Reino Unido da UE. G1. Dia 24 06 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/veja-4-possiveis-impactos-economicos-da-saida-do-reino-unido-da-ue.html>> Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>33</sup> IDEM

sobre a Alemanha, porque hoje a França está totalmente desestabilizada. O que não se sabe é até que ponto a Alemanha teria condições de carregar todo o continente nas costas, economicamente falando.<sup>34</sup>

Importante também consignar que, para compensar esse rombo no orçamento europeu, o Reino Unido será forçado a pagar uma multa caríssima. O valor ainda não fora definido nas negociações, mas especula-se que esta ficará bem alta: entre 60 e 100 bilhões de euros, um impacto enorme nas finanças do Estado.<sup>35</sup>

### 3.3. Repercussões na imigração

Em que pese não ser possível dizer quais serão consequências exatas em relação à imigração, é provável que, após a finalização do Brexit, ocorra um aumento no controle na entrada de estrangeiros no Reino Unido.

Como já mencionado anteriormente, posto que o Reino Unido era integrante da União Europeia, foi imprescindível que o país recebesse uma parcela dos refugiados que estavam migrando para a Europa. Esta enxurrada de imigrantes no Reino Unido foi uma das principais razões para a ocorrência do Brexit. Com a saída definitiva do país do bloco econômico, este contará com mais liberdade e autonomia para regulamentar a entrada de imigrantes.

Desta forma, o Reino Unido possivelmente se tornará um país mais fechado, com políticas migratórias mais restritivas. Contudo essa limitação não será adstrita aos refugiados. Tem-se que, provavelmente, tais restrições também atingirão os imigrantes europeus, cidadãos que nos dias de hoje, devido aos acordos firmados entre membros do bloco econômico, ainda possuem certa facilidade de ingressar no Reino Unido.

Vale ressaltar que, atualmente, cerca de três milhões de imigrantes europeus de países-membros da União Europeia vivem no Reino Unido. Para os 3,2 milhões de europeus que já vivem ou trabalham lá, o governo

---

<sup>34</sup> VEJA 5 possíveis impactos econômicos da saída do Reino Unido da UE. G1. Dia 24 06 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/veja-4-possiveis-impactos-economicos-da-saida-do-reino-unido-da-ue.html>> Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>35</sup> MACHADO. Bruno. **Quais as consequências da saída do Reino Unido da União Europeia?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-as-consequencias-da-saida-do-reino-unido-da-uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

prometeu a possibilidade de candidatura a um visto permanente, todavia não demonstrou como este procedimento poderia ser realizado.<sup>36</sup>

Sendo assim, insatisfeita com a lacuna existente acerca dos imigrantes europeus que vivem no Reino Unido, a União Europeia exigiu a primeira ministra britânica que apresentasse medidas mais claras e ambiciosas a respeito do futuro dessa população e seus direitos.<sup>37</sup>

Ainda não se sabe ao certo como ficará a situação dos imigrantes europeus residentes na terra da rainha, se estes terão que retornar aos seus países de origem ou se terão direito a um visto permanente. Contudo, em relação aos refugiados de guerras, a realidade já é mais cruel e definitiva, uma vez que estes, possivelmente, com o bloqueio de fronteiras, não conseguirão mais buscar abrigo nas ilhas britânicas.

### 3.4. Outros prováveis impactos

Além das principais repercussões apontadas acima, indispensável trazer também outros possíveis efeitos oriundos da saída do Reino Unido da União Europeia.

Em relação ao mercado de trabalho, segundo pesquisa da Confederação da Indústria Britânica, 40% dos empresários locais já estão sentindo impactos negativos nos investimentos em seus negócios após o referendo. Isto porque, com uma política de imigração mais restritiva, já é possível vislumbrar, por exemplo, a falta mão de obra na construção civil e na agricultura, setores que mais empregam imigrantes.<sup>38</sup>

Já quanto à legislação britânica, sabe-se que com o rompimento entre o país e o bloco econômico, muitas leis europeias que atualmente são vigentes no Reino Unido podem perder a validade, o que ocasionaria uma lacuna legislativa.

Visando evitar um caos na legislação britânica, a primeira-ministra Theresa May propôs a seguinte situação: o Reino Unido absorveria todas as normas da UE e, após um período de transição, cada uma delas seria avaliada,

---

<sup>36</sup> CUNHA. Carolina. Brexit: **Reino Unido decide deixar a União Europeia**. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/brexit-reino-unido-decide-deixar-a-uniao-europeia.htm>> Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>37</sup> MACHADO. Bruno. **Quais as consequências da saída do Reino Unido da União Europeia?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-as-consequencias-da-saida-do-reino-unido-da-uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

<sup>38</sup> MACHADO. Bruno. **Quais as consequências da saída do Reino Unido da União Europeia?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-as-consequencias-da-saida-do-reino-unido-da-uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

atualizada ou revogada – mas sem necessariamente consultar o Parlamento. Contudo, tais medidas se mostram contrárias à tripartição de poderes e usurparia as competências legislativas do Congresso britânico.<sup>39</sup>

Ademais, a vitória do Brexit pode estimular a realização de referendos em outros países membros do bloco econômico e se as sociedades optarem pela saída dos países membros da União Europeia, isto enfraqueceria o bloco econômico podendo, inclusive, ocasionar o fim do bloco econômico.

A partir do exposto, pode-se afirmar que ainda não é possível visualizar, com certeza, as consequências provenientes da saída do Reino Unido da União Europeia, haja vista que as negociações entre o país e o bloco econômico ainda estão ocorrendo. Contudo, já é possível prever alguns possíveis impactos na economia, política e sociedade, ocasionados pelo resultado favorável do referendo.

### **Considerações finais**

Como se pode perceber o resultado favorável à saída do Reino Unido na União Europeia não fora uma surpresa para os países integrantes do bloco econômico, assim como já era esperado para a sociedade britânica. Desde a criação do bloco o Reino Unido jamais se sentiu, por completo, parte integrante do bloco econômico.

Somado a este fator, a crise migratória dos refugiados – e o plano de reassentamento, bem como a ausência de autonomia política e econômica, levaram grande parte dos britânicos a votarem a favor do Brexit.

As consequências com a saída do Reino Unido da União Europeia, ainda que sejam apenas previsões, podem ser alarmantes. Como visto no decorrer do trabalho, o Brexit influenciará na vida dos imigrantes que atualmente vivem no Reino Unido e dos refugiados que estão fugindo das guerras em seus países natais. Também intervirá no cotidiano dos britânicos, na economia daquele país, assim como nas finanças do Reino Unido.

Poderá também ocasionar um movimento separatista da Escócia da União Europeia e, em no pior dos cenários, até mesmo um possível fim do bloco econômico.

Assim, conclui-se este trabalho afirmando que, independentemente do resultado das atuais negociações existentes entre a primeira ministra

---

<sup>39</sup> MACHADO. Bruno. **Quais as consequências da saída do Reino Unido da União Europeia?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-as-consequencias-da-saida-do-reino-unido-da-uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

britânica e o Conselho da União Europeia, os impactos desta não atingirá só o cotidiano dos europeus integrantes do bloco econômico e britânicos, como também influenciará na sociedade, econômica e política ocidental.

## Referências

- A crise da migração. COMISSÃO EUROPEIA. 05 07 2017. Disponível em: <<http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/migration-crisis/pt/>> Acesso em: 16 ago. 2018.
- ARTIGO 50.º: As futuras relações entre a UE e o Reino Unido. EUROPARL. Dia 29 03 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/eu-affairs/20170324STO68408/artigo-50-o-as-futuras-relacoes-entre-a-ue-e-o-reino-unido>> Acesso em: 14 ago. 2018.
- AS maiores economias do mundo em 2018. TERRESTRES. Dia 01 05 2018. Disponível em: <<https://www.forte.jor.br/2018/05/01/as-maiores-economias-do-mundo-em-2018/>> Acesso em: 15 ago. 2018.
- BAGUS. Philipp. **As causas do Brexit, a história da União Europeia e suas duas ideologias conflitantes.** Disponível em: <<https://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=2449>> Acesso em: 16 ago. 2018.
- BEZERRA. Juliana. **Brexit.** Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/brexit/>> Acesso em: 17 ago. 2018.
- BREXIT: o que ainda está em discussão sobre o 'divórcio' do Reino Unido e da União Europeia. BBC. Dia 04 12 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42220992>> Acesso em: 14 ago. 2018.
- CHEGADA de refugiados e migrantes na Europa em 2015 passa de 1 milhão. G1. Dia 22 12 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/chegada-de-refugiados-e-migrantes-na-europa-em-2015-passa-de-1-milhao.html>>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- CUNHA. Carolina. **Brexit: Reino Unido decide deixar a União Europeia.** Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/brexit-reino-unido-decide-deixar-a-uniao-europeia.htm>> Acesso em: 18 ago. 2018.
- ESCÓCIA congela referendo de independência até conclusão do Brexit. AGÊNCIA BRASIL. Dia 28 06 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-06/escocia->



congela-referendo-de-independencia-ate-conclusao-do-brexit>.  
Acesso em: 17 ago. 2018.

ESCÓCIA diz 'não' à independência e se mantém no Reino Unido. G1. Dia 19 09 2014. Disponível em: <  
<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/escocia-diz-nao-independencia-e-se-mantem-no-reino-unido.html>> Acesso em: 17 ago. 2018.

GESSAT. Rachel. **1975: Ingleses aprovam ingresso na UE.** Disponível em: < <https://www.dw.com/pt-br/1975-ingleses-aprovam-ingresso-na-ue/a-1226088>> Acesso em: 14 ago. 2018.

GOVERNO britânico anuncia plebiscito sobre permanência na União Europeia. BBC. dia 20 04 2016. Disponível em: <  
[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220\\_uk\\_referendo\\_data\\_fica\\_ue\\_rp](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220_uk_referendo_data_fica_ue_rp)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

IANDOLI. Rafael. **Brexit: por que nacionalismo e nostalgia pesaram mais do que o sonho de integração.** Disponível em: <  
<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/06/25/Brexit-por-que-nacionalismo-e-nostalgia-pesaram-mais-do-que-o-sonho-de-integra%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 15 ago. 2018.

INÍCIO do Brexit cabe ao Parlamento, decide Suprema Corte no Reino Unido. GLOBO. Dia 24 01 2017. Disponível em: <  
<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/inicio-do-brexit-cabe-ao-parlamento-decide-suprema-corte-no-reino-unido.html>>  
Acesso em: 14 ago. 2018.

LANG. João Pedro. **Brexit: o início do fim da União Europeia?** Disponível em: < <http://mercadopopular.org/2016/06/brexit-o-inicio-do-fim-da-uniao-europeia/>> Acesso em: 17 ago. 2018.

## **RESEÑA BIBLIOGRÁFICA**

**Memoria histórica  
Derecho UNC  
25 años formando abogados<sup>(\*)</sup>**

**Historical memory  
Faculty of Law UNC  
25 years training lawyers**

**Jorge Luis Salazar Soplapuco<sup>1</sup>**

---

Reseña bibliográfica a cargo de:

**Pedro Donaires Sánchez**

Director de *Derecho y Cambio Social*  
[director@derechocambiosocial.com](mailto:director@derechocambiosocial.com)

SALAZAR SOPLAPUCO, J.L.: *Memoria histórica. Derecho UNC. 25 años formando abogados*, Lima: Ed. Grijley E.I.R.L., 2019; 200 páginas.  
ISBN: 978-9972-04-651-3

---

Esta obra fue elaborada y publicada con ocasión de haber cumplido 25 años de creación y funcionamiento, la Carrera Profesional de Derecho; y, 16 años, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca – UNC.

---

<sup>(\*)</sup> Recibido: 12 noviembre 2019 | Aceptado: 30 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.

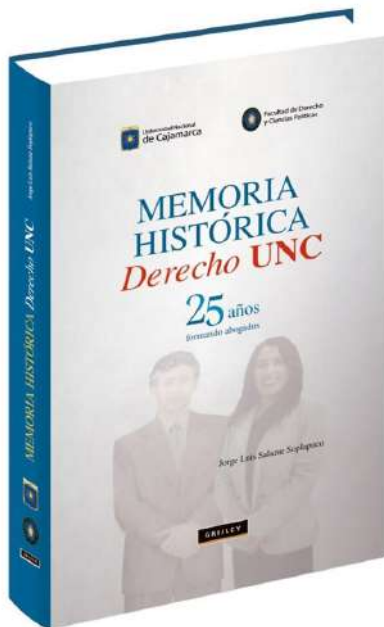


Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

<sup>1</sup> Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

Se trata de un trabajo que recoge una valiosa experiencia sobre la gestación, alumbramiento y crecimiento de una institución académica que está llamada a responder a las necesidades de una sociedad hambrienta de justicia, proveyéndoles de hombres de derecho que se distingan por una excelencia técnica-científica y una integridad moral incuestionable.

El autor de la obra, no es un mero investigador de los actos y procesos que ahora reconstruye por escrito, antes de ello, es uno de los protagonistas de la



experiencia referida; su testimonio es una fuente histórica primaria del tema que contiene el libro. Si a esto se le agrega el análisis y la interpretación de los acontecimientos históricos relatados, que hace el propio testigo con una especial maestría, nos encontramos frente a una obra de gran valor académico.

En mi calidad de docente, me tocó el privilegio de ser copartícipe de esta experiencia, en algún tramo de la línea de tiempo de esta historia. En esta condición, pude identificar dos factores (seguramente al lado de otros) que contribuyeron a gatillar la creación de la

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC.; y por consiguiente, a la consolidación de la carrera de Derecho: *i)* el carácter distinguido de los jóvenes estudiantes; y, *ii)* la adopción de una filosofía de cambio.

Sobre lo primero, al poco tiempo de mi ingreso a la Escuela Académica Profesional de Derecho, como docente invitado (marzo, 1997), me encontré con unos jóvenes estudiantes deseosos de agotar todas las posibilidades de adquisición de conocimientos técnicos, científicos y filosóficos, sin prejuicio alguno; y con un afán de ser protagonistas de luchas (personales y sociales) en las que querían canalizar su sensibilidad ante la injusticia e hipocresía (esto último: incongruencia entre lo que se dice 'teóricamente' y lo que se hace en realidad).

Este espíritu de conciencia y compromiso juvenil aspirante a ser un arquitecto de la propia personalidad y a la vez actor social y la punta de lanza, no de las cosas hechas sino de los desafíos por hacer, me conmovió grandemente.

Recordé que las grandes revoluciones y los cambios trascendentales (político-sociales y espirituales), fueron históricamente promovidos por los jóvenes; pues

ellos son los elementos más enérgicos y promisorios de cualquier sociedad por su inclinación natural a la búsqueda de lo nuevo y al cuestionamiento del presente; así como por su vigor, su vitalidad y la capacidad de enfrentar nuevos desafíos en el proceso dinámico y evolutivo de la vida.

En cuanto a lo segundo, la adopción de una filosofía de cambio, observé receptividad y apertura para llevar adelante la adquisición de conocimientos y la puesta en práctica de éstos, atendiendo a las necesidades individuales y colectivas actuales. Un cambio de modelos mentales. En este sentido, caló profundamente la idea de que, toda institución humana está sujeta a la ley de la decadencia y el cambio; pues las pautas legales, y las teorías políticas y económicas han sido diseñadas únicamente para proteger los intereses de la humanidad como un todo; así, cuando pierden esta virtud, tienen que ser relegadas al lugar de las pautas y doctrinas obsoletas.

Este impulso natural de los jóvenes generó un movimiento que tuvo varias vertientes, una de las cuales, en parte, dio lugar a la aparición de la *Revista Jurídica Cajamarca*, publicación telemática que actualmente continúa como *Derecho y Cambio Social*, con una cobertura iberoamericana; y otra, respecto del tema de la consolidación de la Escuela Profesional de Derecho que había sido creada en enero de 1992.

Como bien describe el autor de la obra, esta Escuela fue adscrita a la Facultad de Ciencias Sociales que a su vez fue convertida en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, cuya decanatura era ocupada, mayormente, por un sociólogo debido al predominio de los componentes de Ciencias Sociales.

Esta situación impedía que la carrera de Derecho escalase a mayores niveles de desarrollo inherentes a su naturaleza, lo cual dio lugar a que, el referido movimiento de estudiantes llevase adelante la separación de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Facultad de la que era parte, para dar lugar a una nueva facultad; esto es, la actual Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Los detalles de todo este proceso están plasmados en la obra objeto de esta reseña.

En cuanto al papel de los jóvenes en los procesos de transformación, a propósito de lo que acabo de relatar, no puedo dejar de referirme a la situación actual del sistema de administración de justicia en nuestro país: está atravesando por una grave crisis a causa de la corrupción que compromete a varios de sus componentes, lo cual es muy lamentable; sin embargo, corroborando la idea de que son los jóvenes los promotores del cambio, nos alegra el papel positivo que vienen cumpliendo muchos magistrados jóvenes, como jueces y fiscales que con valentía e integridad, están haciendo frente a esa corrupción para combatirla.

Volviendo al autor del libro que nos ocupa y a la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC., también debo destacar el especial acompañamiento que él siempre ha brindado, y sigue brindando a los jóvenes estudiantes de esta Facultad, en sus anhelos de alcanzar la excelencia académica y profesional.

El Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco es docente ordinario desde su ingreso el año 1995, por consiguiente, como ya se dijo, es uno de los protagonistas y testigo valioso del crecimiento de esta Facultad, máxime si se tiene en cuenta que ocupó distintos cargos académicos dentro de ella, llegando incluso, a ser su actual Decano.

Como bien destaca el Dr. Sarmiento, en el *prólogo* del libro: el Dr. Salazar se distingue por sus publicaciones literarias, investigativas y humanísticas como director y articulista de la revista de investigación jurídica *Quaestio Iuris*, por su calidad de prosista en sus cuentos *Aramy*, *Los niños de plomo*, *El precio de mi silencio*; y, en su obra poética: *Tras el siglo de la eterna soledad*.

El contenido de la obra se reparte de la siguiente manera: la *presentación* corre a cargo del Rector de la UNC. Dr. Angelmiro Montoya Mestanza, quien recuerda que en julio de 2018, la Universidad, logró su Licenciamiento Institucional por parte de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria – SUNEDU, marcando un hecho trascendental en la historia de las universidades públicas del norte del país; tiene, asimismo, un *prólogo* redactado por el historiador Dr. Julio Sarmiento Gutiérrez, quien resalta que el autor de la obra ordena los diferentes hitos del proceso histórico de la Facultad con una reflexión crítica y creativa de reconocimiento a las generaciones de docentes, discentes y exalumnos, que, en intensas jornadas, laboraron y laboran para que esta unidad académica tenga el prestigio que ostenta; luego, el propio autor también hace una breve *presentación*, poniendo de relieve que han sido 25 años de constante trabajo por mejorar el proceso de enseñanza y aprendizaje, formando abogados que están contribuyendo al desarrollo, la democracia y la justicia en el país.

El cuerpo principal de la obra ha sido ordenado en siete capítulos: cap. I.- Fundación de la UNC y antecedentes; cap. II.- 1992, Creación de la Carrera de Derecho en la UNC; cap. III.- Gestación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; cap. IV.- 25 años de Carrera, 16 años de Facultad; cap. V.- Signos distintivos y tradiciones de la Facultad; cap. VI.- Derecho, arte, cultura, aportes y responsabilidad social; cap. VII.- Egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; y, finalmente, tiene una nutrida *Referencia bibliográfica*.

Una actividad primordial de toda universidad es la investigación. En esta línea, nos informa el autor, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC.,

desde su origen, cuenta con un Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas – IIJUP, el mismo que tiene el encargo de integrar la actividades de investigación de la Facultad, facilitando la presencia de docentes investigadores extranjeros a fin de que realicen pasantías de capacitación a favor de los docentes y estudiantes, realizando concursos anuales de investigación jurídica; promoviendo la publicación de revistas de investigación tanto de los docentes como de los estudiantes; alentando y garantizando que las actividades de investigación en sus distintas manifestaciones, sean realizadas respetando unos protocolos mínimos.

Otro aspecto importante del desarrollo institucional universitario es la existencia y funcionamiento de una unidad académica de posgrado; pues bien, la institución que ahora celebra su 25 aniversario, cuenta con una Unidad de Posgrado en Derecho con programas de Maestría y Doctorado en Derecho.

Por último, la obra del Dr. Salazar contiene un registro detallado de los alumnos egresados que a la fecha, se desempeñan como jueces, fiscales, notarios públicos, defensores del pueblo, registradores, árbitros, decanos de colegio de abogados y facultad de derecho, alcaldes y regidores, funcionarios de entidades públicas y privadas, docentes universitarios y abogados litigantes en la región de Cajamarca y en el país entero, lo cual pone en evidencia la contribución de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC., al desarrollo de la sociedad. Todos estos datos y la interpretación de su sentido y alcance aparecen en esta nueva publicación.

Lima, noviembre de 2019

Pedro Donaires

Director de *Derecho y Cambio Social*

## Direito marítimo ambiental (\*)

Environmental maritime law

Derecho ambiental marítimo

Marcelo F. Quiroga Obregón<sup>1</sup>

---

### Resenha da obra:

QUIROGA OBREGÓN, M.F.: *Direito marítimo ambiental*.  
Belo Horizonte. Minas Gerais: Editora FORUM, Primeira edição,  
2020; 185 páginas.  
ISBN: 978-85-450-0594-0

---

A legislação ambiental em geral, e marítima em particular, é construída através da elaboração de normas internacionais, internalizadas no ordenamento jurídico dos respectivos Estados e transformados em normas com *status* de leis ordinárias. Este procedimento é possível e permitido pela ordem constitucional

---

(\*) Recibido: 9 diciembre 2019 | Aceptado: 11 diciembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



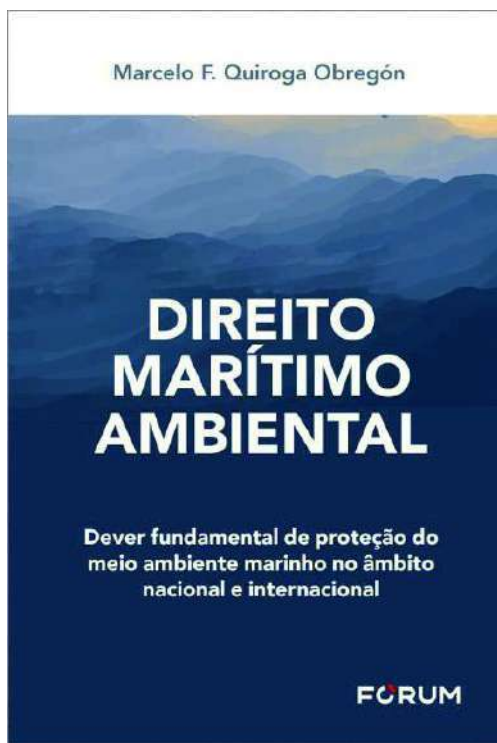
Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

<sup>1</sup> Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória FDV-ES, 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, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo UFES, 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.  
[mfqobregon@yahoo.com.br](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)



dos mesmos devido à necessidade assumida internamente de proteção do meio ambiente, assim como a tomada de consciência da preservação do mesmo, até porque, no caso brasileiro, existe uma previsão constitucional no seu artigo 225, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para presentes e futuras gerações.

A preocupação da sociedade internacional com a deterioração do meio ambiente marinho, como consequência da poluição ou depredação do mesmo através de uma sucessão de incidentes, tais como o derramamento de óleo por navios durante o transporte marítimo e outras formas de descarga de substâncias nocivas lançadas ao mar, compeliram para que fossem elaboradas normas e



regulamentos, através de Convenções internacionais e ratificadas pelos Estados membros da comunidade internacional de maneira solidária.

Em 24 de fevereiro de 1958, a Assembleia Geral das Nações Unidas convoca a Primeira Conferência sobre Direito do Mar através da Resolução 1105 (XI), com a participação de 86 países, propondo uma discussão não somente de caráter jurisdicional dos espaços marítimos e de domínio soberano e absoluto do Estado ribeirinho sobre estes espaços marítimos.

Os trabalhos foram divididos inicialmente em cinco Comissões, mas, por decisão dos

convencionais, uma delas foi extinta. Cada uma destas quatro Comissões deveria tratar sobre um tema específico e, na conclusão dos trabalhos, elaborariam individualmente uma Convenção, até a elaboração definitiva da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar, conhecida também como a *Convenção de Montego-Bay*.

A partir de então, considera-se válido um corpo normativo internacional regulador do direito marítimo internacional. Com suporte nessas diretrizes, avalia-se a responsabilidade civil das pessoas físicas e jurídicas na prevenção de acidentes ambientais nos espaços marítimos.

Para a compreensão do regime da responsabilidade civil objetiva, em caso de dano ambiental por derramamento de óleo, este instrumento internacional levou em conta as suas conseqüências imprevisíveis, prevendo diferentes formas de ressarcimento para as vítimas. Portanto, a norma internacional reconhece a importância das conseqüências do dano ambiental e para evitar que ocorra a impunidade deste tipo de crime, que afeta à sociedade no seu conjunto, é reconhece a necessidade da imputação da respectiva responsabilidade, exigindo o cumprimento dos deveres jurídicos, com a aplicação de sanções, para a efetivação dos direitos das pessoas numa sociedade organizada.

A intensificação do intercâmbio comercial e a exploração de fontes de energia, tais como o petróleo e as suas diferentes formas de distribuição no mercado interno e internacional, através do uso do transporte marítimo, como um procedimento logístico, passou a ser uma preocupação para a sociedade, devido a uma sucessão de catástrofes ambientais ocorridas por derramamento de óleo causadas por navios petroleiros. Esta situação compeliu as autoridades nacionais e os organismos internacionais, iniciar a elaboração de normas a fim de prevenir a poluição por navios, concretizada pela Convenção Internacional para Prevenção de Poluição por Navios – MARPOL 73/78, que entrou em vigor no Brasil em 1996, promulgada pelo decreto nº 2.508, de 04 de março de 1998.

Do mesmo modo, ponderamos sobre a aplicação de sanções para os infratores, poluidores ou depredadores, que não cumpram com as disposições previstas nos ordenamentos internos e internacionais que tem por objetivo a proteção e preservação do meio ambiente marinho.

Por outro lado, com a evolução da sociedade com os processos de industrialização em permanente efervescência, surge uma sociedade altamente consumista, motivo pelo qual aumentou a exploração de recursos naturais e a necessidade maiores fontes energéticas, com a finalidade de satisfazer as necessidades do mercado de consumo.

É neste cenário que o petróleo e seus derivados se transformaram nas fontes de energia mais utilizadas na atualidade, dando lugar ao desenvolvimento de meios sofisticados para seu transporte, tais como navios especializados de grande tonelagem, com capacidade para transportar enormes quantidades de óleo ao redor do mundo.

Assim, o transporte de óleo a bordo de navios demonstrou seu lado negativo quando, por diferentes motivos, acidentes provocando poluição marinha foram acontecendo de maneira desproporcional, ao derramar enormes quantidades de óleo e substâncias nocivas e danosas nos diferentes espaços marítimos com graves conseqüências para os ecossistemas marinhos. Esses eventos são causa de riscos à saúde humana e danos aos recursos e à vida marinha.

Estes incidentes exigiram das autoridades a elaboração urgente de uma regulamentação visando a tomada de medidas preventivas, com o intuito de evitar esses desastres ecológicos, por meio de elaboração de normas para a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental dos agentes poluidores, exigindo a obrigação do cumprimento dos deveres jurídicos e a aplicação de sanções a fim de evitar a impunidade dos responsáveis pelo fato criminoso.

Santa Lucia, Vitória, Dezembro 2019

Marcelo F. Quiroga Obregón

Autor da obra

## La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: análisis y descripción metodológica – jurisprudencial (\*)

Functional administrative responsibility derived from  
government control:  
analysis and methodological description - jurisprudence

Juan José Díaz Guevara<sup>1</sup>

---

Reseña bibliográfica a cargo de:

**Pedro Donaires Sánchez**

Director de *Derecho y Cambio Social*

[director@derechocambiosocial.com](mailto:director@derechocambiosocial.com)

DÍAZ GUEVARA, J.J.: *La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: análisis y descripción metodológica – jurisprudencial*, Lima: Ed. Instituto Pacífico S.A.C., Primera edición, 2019; 331 páginas.  
ISBN 978-612-322-182-9

---

En el panorama de la producción de doctrina jurídica sobre auditoría gubernamental o de estado, en nuestro medio, se observa que en las décadas pasadas, esta producción ha sido muy pobre; por ello, en el tiempo actual,

---

(\*) Recibido: 19 octubre 2019 | Aceptado: 26 noviembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. enero 2020.



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

<sup>1</sup> [jjdiazg@gmail.com](mailto:jjdiazg@gmail.com)

nos complace que haya salido a luz la presente obra, resultado de un trabajo de investigación sobre la responsabilidad administrativa funcional determinada en el control gubernamental.

Debido al funcionamiento cada vez más complejo del aparato estatal, por una parte; y a la mayor incidencia de actos de corrupción, a todos los niveles de la administración, en el ejercicio de la función estatal, por otro lado; el derecho, hoy más que nunca, está llamado a afinar los mecanismos de control gubernamental dentro del marco del estado constitucional de derecho.



El estado de derecho es la expresión fidedigna de la democracia y los gobiernos democráticos; las autoridades y los funcionarios públicos no pueden apartarse de él, sin una consecuencia jurídica en la forma de una sanción.

Decía el maestro Alzamora Valdez, que la sanción, como elemento integrante del orden jurídico, constituye un factor necesario para evitar que se produzca la negación del derecho, el “no-derecho”, puesto que sin ella, las frecuentes violaciones de aquél, llevarían a su desaparición.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la propia sanción está sometida al estado de derecho, lo que significa que su aplicación debe darse dentro de los cauces del debido proceso o procedimiento, luego de haberse desplegado la actividad probatoria que permite, como bien dice el autor de la obra que nos ocupa, desvirtuar uno de los principios básicos de los sistemas procesales punitivos: la presunción de inocencia.

El autor, Juan José Díaz Guevara, es Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSM; Especialista en Procedimiento Administrativo Sancionador por la Universidad de Valladolid, España; Gerente en la Contraloría General de la República del Perú; Exmagistrado del Ministerio Público, certificado por la Academia de la Magistratura, con reconocida experiencia en el sector público y el sistema nacional de control; docente universitario, autor de libros y artículos en materia jurídica y de gestión pública; a la fecha, miembro del consejo editorial de la revista

*Derecho y Cambio Social*. Sin duda, tiene el perfil de un profesional calificado para abordar con solvencia el tema de la obra: la responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental.

La dispersión temática del libro es la siguiente: consta de una *Introducción* en la que el autor resalta, entre otros aspectos, el hecho de que el desarrollo de la auditoría de estado, no ha tenido un proceso continuo de revisión crítica de su metodología desde un punto de vista estrictamente jurídico pese a su estrecha relación con el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Así, aquella se habría convertido en un isla jurídico-normativa familiarizada más con conceptos contables o presupuestarios, incluso de ingeniería, ignorando que nuestro sistema de control en su metodología, a la actualidad, dista mucho de ser un mero tribunal de cuentas; pues en ella incluso se busca alcanzar fines de justicia administrativa al poner en marcha un procedimiento administrativo sancionador de naturaleza especial.

Consta de nueve capítulos: **cap. I.-** El control gubernamental en el Perú: una aproximación en su descripción histórica y metodológica; **cap. II.-** La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: concepto y fundamentación constitucional y legal; **cap. III.-** La infracción por responsabilidad administrativa funcional: elementos constitutivos, mecanismos, eximentes y atenuantes; **cap. IV.-** Marco procedimental para la determinación de responsabilidad administrativa funcional: antecedentes, principios y órganos intervinientes; **cap. V.-** Régimen de improcedencia del Procedimiento Administrativo Sancionador – PAS por responsabilidad administrativa funcional: prescripción, caducidad, queja por defecto de tramitación y medidas preventivas; **cap. VI.-** La suficiencia probatoria en el PAS por responsabilidad por responsabilidad administrativa funcional; **cap. VII.-** Infracciones por responsabilidad administrativa funcional: su especificidad vía reglamento y criterios jurisprudenciales; **cap. VIII.-** Noción ontológica de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional; y, **cap. IX.-** Visión de un nuevo modelo de control gubernamental para el fortalecimiento del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional: una aproximación.

La información contenida en estos capítulos permite al lector ponerse al día en el estado de la materia. El autor invita a reflexionar sobre el desarrollo de la doctrina con base a una revisión reflexiva y crítica, destacando por ejemplo, el desarrollo que ha tenido el derecho penal como molde o paradigma para la evolución del procedimiento administrativo sancionador. Citando a Belén Marina Jalvo, nos recuerda que existe una innegable identidad ontológica entre las infracciones administrativas y los delitos.

Haciendo una descripción puntual de estas unidades conceptuales, el autor se detiene a reflexionar por un lado, sobre la injerencia que tiene el control gubernamental (auditoría de estado) en la activación de ambos escenarios de represión; y por otro, a cuestionar que pese a esa injerencia, cómo es posible que esta vinculación no haya sido materia de estudio por la doctrina jurídica; pues, es más que evidente que el control gubernamental siendo un control de legalidad de los actos públicos puede determinar responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales por parte de los funcionarios y servidores públicos auditados, cuando constate en el proceso la transgresión del ordenamiento jurídico.

En este sentido, a efectos de aliviar este olvido doctrinario, la obra expone en un contexto histórico, los orígenes del control gubernamental en Perú, para luego describir las diversas clases de control que existen en la actualidad, identificando sus cambios metodológicos, entre otros aspectos; y haciendo una definición de cuál es el producto de auditoría que constituiría una mejor fuente de imputación para un adecuado procesamiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional.

Dentro del plano de la descripción metodológica y jurisprudencial del procedimiento administrativo sancionador bajo competencia de la Contraloría General de la República –CGR, a razón de la modificación de la Ley 27785 por la Ley 29622, el autor reflexiona sobre este tipo de control remontándose inclusive a la época del gobierno militar de Juan Velasco Alvarado a tenor de los alcances del Decreto Ley 19039, poniendo al descubierto sus características especiales, sus defectos o contradicciones a fin de formular propuestas de reforma encaminadas a garantizar la legalidad de la gestión pública, por un lado; y por otro, a promover la inversión estatal que se supervisa; en suma, fomentar la cultura del control estatal de modo responsable.

De igual modo, sustenta la necesidad de convertir al procedimiento sancionador de la CGR en un procedimiento especial que debe ser fortalecido apartándose de determinados lineamientos garantistas de la Ley 27444 que, según la opinión del autor, le son incompatibles. Luego, hace una razonable crítica, con base en criterios doctrinales, a la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el expediente n.º 020-2015-PI/TC, en la que el Tribunal Constitucional del Perú, pese a reconocer la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la CGR y de la inhabilitación administrativa que puede derivar de ella, declaró la inconstitucionalidad de las infracciones contenidas en el artículo 46 de la Ley 27785 modificada por la Ley 29622, rompiendo así un frente de lucha contra la corrupción; y, desplegando un

manto de impunidad sobre los ya sancionados y desvirtuando los cargos que pesan sobre los procesados a la fecha.

Cierra el contenido del libro, una profusa y muy bien seleccionada bibliografía que comprende la diversidad de materias que confluyen en mayor o menor medida para abordar adecuadamente el tema de control gubernamental y la responsabilidad administrativa funcional.

Sin duda alguna, el libro *“La responsabilidad administrativa funcional derivada del control gubernamental: análisis y descripción metodológica – jurisprudencial”*, de Juan José Díaz Guevara, editada y publicada por el Instituto Pacífico S.A.C., en su primera edición de 3000 ejemplares, constituye no solo un reconocimiento expreso del rol de la Contraloría General de la República en su lucha contra la corrupción, sino que además constituye un serio aporte, que marca un hito en la producción de una obra especializada sobre el control gubernamental desde una perspectiva predominantemente jurídica que, entendemos, será bien acogida por todos aquellos que buscan consolidar sus conocimientos sobre este tema.

Para corroborar esta última apreciación, de manera casi inmediata a la presentación pública del libro, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República del Perú - CGR, acaba de emitir la Resolución N.º 0029-2019-CG/TSRA-SALA ÚNICA, resolviendo una impugnación dentro del Expediente N.º 1371-2017-CG/INSS, con fecha 21 de noviembre de 2019, invocando en uno de sus considerandos el criterio doctrinal plasmado por el autor.

Finalmente, en lo personal, me siento muy complacido de hacer esta recensión por el hecho de que, el autor de la obra, fue mi alumno en el pregrado de la Facultad de Derecho, hace algunos lustros atrás; en ese entonces, ya se avizoraba su férrea personalidad de investigador nato; y ahora me alegra su consolidación como tal.

Lima, noviembre de 2019

Pedro Donaires

Director de Derecho y Cambio Social



Editada en la ciudad de Lima, Perú.

Publicada en línea el 1ro. de enero de 2020.